



Bureau de la concurrence
Canada

Competition Bureau
Canada

FUSIONS – LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

SEPTEMBRE 2004

Canada

AVANT-PROPOS	1
PARTIE 1 – DÉFINITION D’UNE FUSION*	1
CONTRÔLE	2
INTÉRÊT RELATIVEMENT IMPORTANT.....	2
<i>Transactions devant faire l’objet d’un avis</i>	2
<i>Acquisition d’actions avec droit de vote</i>	3
<i>Actions sans droit de vote et titres convertibles</i>	4
<i>Acquisitions d’éléments d’actif</i>	4
<i>Accroissement de l’« intérêt » dans une entreprise</i>	4
<i>Autres considérations</i>	4
PARTIE 2 – SEUIL DE L’ENTRAVE À LA CONCURRENCE	5
APERÇU	5
DIMINUTION DE LA CONCURRENCE	7
EMPÊCHEMENT DE LA CONCURRENCE	7
SEUIL DE SENSIBILITÉ	8
PARTIE 3 – DÉFINITION DU MARCHÉ	10
APERÇU	10
DÉFINITION DU MARCHÉ DU PRODUIT	12
DÉFINITION DU MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE.....	14
<i>Concurrence étrangère</i>	16
<i>Établissement des limites géographiques</i>	16
PARTIE 4 – PART DE MARCHÉ ET CONCENTRATION	17
PARTICIPATION AU MARCHÉ PAR RÉACTION DE L’OFFRE	18
CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ.....	19
PARTIE 5 – EFFETS ANTICONCURRENTIELS	22
EFFETS UNILATÉRAUX	25
<i>Entreprises se distinguant principalement par leurs produits</i>	26
<i>Entreprises se distinguant principalement par leur capacité</i>	27
EFFETS COORDONNÉS.....	27
PARTIE 6 – ACCÈS	31
CONDITIONS DE L’ACCÈS	32
<i>Délai</i>	32
<i>Probabilité</i>	32
<i>Suffisance</i>	33
TYPES D’ENTRAVES À L’ACCÈS	34
<i>Entraves réglementaires</i>	34

<i>Coûts irrécupérables</i>	34
<i>Autres facteurs dissuasifs</i>	36
PARTIE 7 – POUVOIR COMPENSATEUR	36
PARTIE 8 – L’EXCEPTION D’EFFICIENCE	37
APERÇU	37
GAINS EN EFFICIENCE	39
<i>Types de gains en efficacité généralement pris en compte dans l’analyse comparative</i>	40
Gains touchant l’efficacité de la production.....	40
Gains touchant l’efficacité dynamique.....	41
Déductions de gains en efficacité.....	41
<i>Types de gains en efficacité généralement exclus de l’analyse comparative</i>	42
EFFETS ANTICONCURRENTIELS	42
<i>Effets sur les prix</i>	43
Perte touchant l’efficacité de la répartition des ressources (perte sèche).....	43
Effets sur la redistribution	44
<i>Effets sur des aspects autres que les prix</i>	44
Diminution du service, de la qualité et du choix.....	44
Perte touchant l’efficacité de la production	45
Perte touchant l’efficacité dynamique.....	45
L’ANALYSE COMPARATIVE	45
PARTIE 9 – DÉCONFITURE DE L’ENTREPRISE	46
DÉCONFITURE DE L’ENTREPRISE ET ÉLÉMENTS D’ACTIF SORTANTS	46
SOLUTIONS DE RECHANGE À LA FUSION	48
<i>Acquisition par un acheteur préférable sur le plan de la concurrence</i>	48
<i>Réduction des activités</i>	49
<i>Liquidation</i>	49
PARTIE 10 – FUSIONS VERTICALES	49
ENTRAVES ACCRUES À L’ACCÈS.....	50
EFFETS COORDONNÉS FACILITÉS PAR L’INTÉGRATION VERTICALE	51
PARTIE 11 – FUSIONS EN CONGLOMÉRAT	51
ANNEXE I : RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES SUR LES COÛTS	
IRRÉCUPÉRABLES	53
ÉLÉMENTS D’ACTIF PARTICULIERS AU MARCHÉ ET APPRENTISSAGE.....	53
DIFFÉRENCIATION DE PRODUITS.....	54
COMPORTEMENT STRATÉGIQUE	55

AVANT-PROPOS

Le Bureau de la concurrence (ci-après « le Bureau ») émet ces lignes directrices en vue de fournir des conseils généraux sur son approche analytique adoptée lors de l'examen des fusions. Elles décrivent, dans la mesure du possible, la façon dont le Bureau mènera ses analyses des transactions de fusion. Étant donné que la législation sur les fusions s'applique à une grande variété de circonstances factuelles, ces lignes directrices ne peuvent s'appliquer de façon rigide. À ce titre, ce document indique l'approche générale adoptée pour l'examen des fusions et n'est pas une déclaration exécutoire sur la façon dont on analysera une situation particulière. Les faits propres à chaque fusion, ainsi que la nature des renseignements et des données disponibles, détermineront comment celle-ci sera évaluée par le Bureau et il sera parfois nécessaire d'adopter des méthodes différentes.

On incite les parties à une fusion à communiquer le plus tôt possible avec le Bureau afin de discuter de la transaction proposée. Il est conseillé aux parties d'obtenir les conseils juridiques appropriés lorsqu'elles envisagent une fusion. L'interprétation définitive de la Loi sur la concurrence est du ressort du Tribunal de la concurrence (ci-après « le Tribunal ») et des tribunaux.

Ces Lignes directrices remplacent les précédentes lignes directrices pour l'application de la loi concernant les fusions et les déclarations du commissaire de la concurrence ou d'autres représentants du Bureau, dans la mesure où il y a incompatibilité avec celles-ci. Elles sont sujettes à de futures modifications à la législation.

PARTIE 1 – DÉFINITION D'UNE FUSION*

* Dans ces lignes directrices, à moins d'indication contraire, nous employons le terme « fusion » pour désigner l'ensemble des opérations prévues à l'article 91 de la *Loi sur la concurrence* et non seulement pour désigner les opérations par lesquelles deux personnes morales se fondent pour n'en former qu'une seule (« amalgamation » en anglais.)

1.1 Selon la définition énoncée à l'article 91 de la *Loi sur la concurrence*, un fusionnement est « [...] l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. »¹

¹ L.R.C., 1985, ch. C-34 (ci-après « la Loi »).

- 1.2 Cette définition englobe toutes les formes d'acquisition ou d'établissement d'un contrôle sur la totalité ou une partie d'une entreprise d'une autre personne ou d'un intérêt relativement important dans la totalité ou une partie de cette entreprise. Ces lignes directrices visent principalement les fusions horizontales, mais les dispositions de l'article 91 s'appliquent également aux fusions verticales et en conglomérat.

Contrôle

- 1.3 En ce qui concerne les personnes morales, la notion de « contrôle », définie au paragraphe 2(4) de la Loi, désigne le contrôle *de jure*, à savoir la détention directe ou indirecte de plus de 50 pour 100 des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale, et qui sont suffisants pour élire une majorité de ces administrateurs. L'acquisition du contrôle *de jure* constitue une fusion. Le Bureau applique une analyse semblable pour évaluer si une transaction donne lieu à l'établissement ou à l'acquisition du contrôle sur une entreprise non constituée en société. Le Bureau examine en particulier la nature des droits de propriété sur l'entreprise, que ce soit la propriété en droit ou à titre de bénéficiaire, les droits de vote des personnes affiliées dans l'entreprise, ainsi que les droits et obligations associés à la répartition des profits et des dépenses de l'entreprise.

Intérêt relativement important

- 1.4 La Loi ne donne aucune indication quant à la signification de l'expression « intérêt relativement important », celle-ci devant être interprétée dans le contexte de la Loi.
- 1.5 Pour déterminer l'importance relative de l'intérêt, le Bureau évalue les dimensions quantitative et qualitative de l'acquisition ou de l'établissement de cet intérêt. Comme la Loi porte sur le comportement concurrentiel des entreprises, il est estimé, du point de vue qualitatif, qu'un « intérêt relativement important » est détenu dans la totalité ou une partie d'une entreprise lorsque la ou les personnes acquérant ou établissant l'intérêt en retirent la capacité d'influencer concrètement le comportement économique de l'entreprise (ce qui inclut les décisions ayant rapport aux prix, aux achats, à la distribution, à la commercialisation, aux investissements, au financement ou à l'octroi de droits de propriété intellectuelle).

Transactions devant faire l'objet d'un avis

- 1.6 Sauf preuve du contraire, les transactions proposées décrites à l'article 110 de la Loi constituent l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important dans la totalité ou une partie d'une entreprise. Cependant, les transactions autres que celles décrites à l'article 110 peuvent néanmoins constituer l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important suivant l'énoncé qui précède, si la ou les

personnes qui acquièrent cet intérêt sont capables d'influer concrètement sur le comportement économique de l'entreprise.²

Acquisition d'actions avec droit de vote

- 1.7 Le Bureau estime qu'il existe un intérêt relativement important dans une personne morale lorsqu'une ou plusieurs personnes détiennent, de manière directe ou indirecte, suffisamment d'actions avec droit de vote :
- pour obtenir un niveau de représentation suffisant au conseil d'administration de cette personne morale leur permettant d'influencer concrètement ce conseil;
 - pour empêcher l'adoption de résolutions spéciales ou ordinaires par cette personne morale.
- 1.8 En l'absence d'autres relations, la détention directe ou indirecte de moins de 10 pour 100 des actions avec droit de vote d'une entreprise n'est généralement pas considérée comme la détention d'un « intérêt relativement important ». ³ Bien qu'il soit plus difficile de tirer des conclusions concernant les opérations qui entraînent la détention directe ou indirecte d'une participation variant entre 10 pour 100 et 50 pour 100 des actions avec droit de vote d'une entreprise, il faut habituellement détenir une participation avec droit de vote plus importante pour influencer concrètement sur une entreprise privée que pour influencer sur une entreprise ouverte ayant un grand nombre d'actionnaires. Pour cette raison, l'avis de fusion prévu à la partie IX de la Loi est exigé lorsque la participation atteint 35 pour 100 des actions d'une personne morale privée et 20 pour 100 des actions d'une personne morale ouverte.⁴

² Voir par exemple *Nova Corporation of Alberta / Polysar Energy & Chemical Corporation, Rapport annuel, Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence, Canada, le 31 mars 1989, p. 11.* Voir aussi *Miller Brewing Company / Les Compagnies Molson / Foster's Brewing Group, dans Rapport annuel, Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence, Canada, le 31 mars 1993, p. 8.*

³ Cette interprétation est compatible avec d'autres lois canadiennes. Voir par exemple la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, art. 8. (Voir aussi la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, L.C. 1991, ch. 48, art. 9; la *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47, art. 8; la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45, art. 8).

⁴ Les dispositions sur les avis qui sont applicables aux transactions de fusion d'une grande valeur auxquelles participent de grandes entreprises sont expliquées dans les documents suivants du Bureau : *Transactions devant faire l'objet d'un avis et certificats de décision préalable en vertu de la Loi sur la concurrence – guide de procédure* et *Transactions devant faire l'objet d'un avis aux termes de la partie IX de la Loi sur la concurrence – avis d'interprétation.*

Actions sans droit de vote et titres convertibles

- 1.9 Il peut y avoir fusion tant lors de l'achat de débetures convertibles, d'actions sans droit de vote ou d'options que lors de la conversion ou de la levée de ces titres.⁵ Pour déterminer si l'achat de titres convertibles constitue l'acquisition d'un intérêt relativement important, le Bureau examine la nature des droits associés à ces titres et les circonstances dans lesquelles ces droits peuvent être exercés.

Acquisitions d'éléments d'actif

- 1.10 Les transactions portant sur des éléments d'actif qui entrent dans le cadre des dispositions de l'article 91 comprennent l'achat ou la location d'une division non constituée en société, d'une usine, d'installations de distribution, d'un point de vente au détail, d'une marque de commerce ou de droits de propriété intellectuelle. Le Bureau estime que l'acquisition de l'un ou de toute partie de ces éléments d'actif essentiels constitue l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important dans l'entreprise. En outre, l'acquisition d'une partie des éléments d'actif d'une entreprise pouvant servir à exercer une activité distincte est aussi considérée comme l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important dans l'entreprise.

Accroissement de l'« intérêt » dans une entreprise

- 1.11 Les personnes qui détiennent déjà un intérêt relativement important dans la totalité ou une partie d'une entreprise peuvent être sujettes à l'application des dispositions de la Loi relatives aux fusions si elles acquièrent ou établissent une capacité sensiblement plus grande d'influencer concrètement le comportement économique d'une entreprise. C'est pourquoi le passage d'un intérêt minoritaire mais relativement important au contrôle sera vraisemblablement considéré comme une fusion. En particulier, les dispositions de la partie IX relatives à l'avis de fusion sont également applicables lors d'une acquisition permettant d'augmenter la proportion d'actions détenues dans une personne morale à plus de 50 pour 100.

Autres considérations

- 1.12 Suivant les conditions particulières des ententes, un intérêt relativement important peut être acquis ou établi en conséquence de conventions d'actionnaires, de contrats de gestion et d'autres ententes contractuelles auxquelles sont parties des personnes morales, des sociétés de personnes, des coentreprises, des associations d'intérêts et d'autres entités.⁶ De plus, des conventions de prêt,

⁵ Toutefois, un avis de fusion sera requis uniquement lors de la conversion ou de la levée, sous réserve du dépassement des seuils définis à la partie IX de la Loi.

⁶ Voir par exemple Produits Shell Canada Limitée / Pay Less Gas Co. (1972) Ltd., *Rapport annuel, Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence*, Canada, le 31 mars 1991, p. 9. Dans le cadre de cet examen, le Bureau a conclu que les ententes contractuelles dans leur ensemble entraînaient,

d'approvisionnement et de distribution qui ne sont pas des opérations intervenant dans le cours normal des affaires et qui confèrent la capacité d'influencer concrètement les décisions d'une autre entreprise en matière de gestion (par exemple les ententes de financement et les conditions de manquement à de telles ententes; les ententes contractuelles à long terme ou les relations commerciales de longue date et l'incidence économique de telles relations) peuvent constituer une « fusion » au sens de l'article 91.⁷

- 1.13 Pour déterminer si l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important constitue une fusion, le Bureau examine la relation qui existe entre les parties avant la fusion, la relation qui en résultera vraisemblablement, l'accès à des renseignements commerciaux confidentiels de l'entreprise acquise qu'obtient l'acquéreur, ainsi que toute preuve de l'intention d'influer sur le comportement de l'entreprise acquise ou tout changement dans le comportement de l'acquéreur.

PARTIE 2 – SEUIL DE L'ENTRAVE À LA CONCURRENCE

Aperçu

- 2.1 Comme le prévoit le paragraphe 92(1) de la Loi, le Tribunal peut rendre une ordonnance lorsqu'il conclut qu'une fusion « empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet ». Un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence ne peut résulter que d'une fusion ayant vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité de l'entité fusionnée d'exercer, unilatéralement ou en coordination avec d'autres, une plus grande puissance commerciale ou un plus grand pouvoir de marché (ci-après « pouvoir de marché »).
- 2.2 De façon générale, les principaux facteurs retenus dans l'évaluation des effets d'une fusion sur la concurrence sont le prix et la production. Le Bureau évalue également les effets d'une fusion sur d'autres dimensions de la concurrence telles que la qualité, le choix des produits, le service, l'innovation et la publicité, en particulier sur les marchés où la concurrence s'exerce principalement par des moyens autres que par les prix.⁸ Afin de simplifier la discussion, à moins d'indication contraire, le terme

pour Pay Less, des obligations envers Shell ayant pour effet de conférer à Shell un contrôle considérable sur les activités commerciales de Pay Less, établissant ainsi un intérêt relativement important.

⁷ Voir *Directeur des enquêtes et recherches c. Dennis Washington et al.*, Avis de demande (deuxième modification), Énoncé des motifs et des faits substantiels, (17 décembre 1996) TC-1996/001 (Trib. conc.), (ci-après « *Seaspan - Énoncé des motifs* ») par. 8. Le Bureau s'est fondé sur plusieurs facteurs pour conclure qu'un intérêt relativement important avait été acquis ou établi, notamment l'acquisition indirecte d'une participation avec droit de vote, l'acquisition de bons de souscription d'actions, la représentation au conseil, l'achat de débentures subordonnées de premier rang et les conditions d'une entente d'investissement conjointe conclue entre Dennis Washington et Seaspan, principal actionnaire.

⁸ Comme le Tribunal l'a affirmé au par. 504 de sa première décision dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, (30 août 2000), TC-1998-002, 2000 (Trib. conc.) (ci-après

- « prix » sert à désigner dans ces lignes directrices toute conduite d'une entreprise qui a une incidence sur les intérêts des acheteurs. Lorsqu'on parle d'une hausse de prix, ceci comprend une hausse du prix nominal et une diminution de la qualité, du choix des produits, du service, de l'innovation ou de toute autre dimension de la concurrence à laquelle les acheteurs accordent de l'importance.⁹
- 2.3 Ces lignes directrices décrivent le cadre d'analyse adopté pour évaluer le pouvoir de marché d'un vendeur d'un produit ou d'un service (ci-après « produit » tel que défini au paragraphe 2(1) de la Loi). Le pouvoir de marché d'un vendeur s'entend de la capacité d'une seule entreprise ou d'un groupe d'entreprises de maintenir les prix de façon rentable au-dessus du niveau concurrentiel et ce, durant une période importante.
- 2.4 Ce cadre d'analyse s'applique également à l'évaluation du pouvoir de marché d'un acheteur d'un produit.¹⁰ Du point de vue de l'acheteur, le pouvoir de marché est la capacité d'une seule entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'abaisser, de manière rentable, les prix payés aux vendeurs (par exemple, en réduisant l'achat d'intrants) à un niveau inférieur aux prix concurrentiels et ce, durant une période importante.
- 2.5 L'analyse des effets sur la concurrence s'inscrit dans deux théories générales des effets anticoncurrentiels. La concurrence peut être réduite lors de l'exercice d'un pouvoir de marché, de manière unilatérale ou par un comportement coordonné.
- 2.6 Une fusion peut donner lieu à l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché lorsqu'il est possible à l'entité fusionnée de maintenir, de façon rentable, des prix plus élevés qu'en l'absence du fusionnement, sans qu'elle n'ait à compter sur une réaction conciliante de la part de ses concurrents.
- 2.7 Il peut y avoir exercice coordonné d'un pouvoir de marché lorsqu'une fusion affaiblit la concurrence sur un marché, par exemple, en éliminant un concurrent particulièrement vigoureux ou en permettant à l'entité fusionnée de coordonner sa conduite avec celle de ses concurrents. Dans ces conditions, des prix plus élevés après la fusion sont rentables et durables uniquement parce que d'autres concurrents ont des réactions conciliantes.¹¹

« *Supérieur Propane* »), une diminution des services peut entraîner une baisse de la production réelle du secteur.

⁹ Le Bureau ne limite pas son analyse aux effets sur les prix; il examine tout effet sur la qualité, sur les services ou sur le choix de produits, dans la mesure où il y a empêchement ou diminution sensible de la concurrence.

¹⁰ Voir par exemple *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc) (ci-après « *Hillsdown* »), p. 299. Dans cette décision, le Tribunal a affirmé que les effets d'une fusion sur la concurrence pouvaient être analysés dans la perspective d'un monopsonne (acheteur de matières premières) ou d'un monopole (vendeur de services d'équarrissage). Il a conclu qu'il n'y avait aucune différence dans les résultats de l'analyse suivant ces deux perspectives.

¹¹ Dans le passé, le Bureau a utilisé le terme « interdépendance » pour désigner l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché. L'utilisation d'une nouvelle terminologie ne signifie pas que le Bureau a modifié

- 2.8 Lorsqu'une fusion n'aura vraisemblablement pas d'effets négatifs sur le pouvoir de marché, on ne peut généralement pas conclure que la fusion aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, même si la fusion peut soulever des questions relatives à d'autres objectifs de politique industrielle qui dépassent le cadre de la Loi.

Diminution de la concurrence

- 2.9 Une fusion peut réduire la concurrence lorsque l'entité fusionnée peut, de manière unilatérale ou en coordination avec d'autres entreprises, maintenir les prix à des niveaux supérieurs à ceux qui auraient cours en l'absence de la fusion en réduisant la concurrence existante. Cela se produit souvent lors de fusions horizontales, lorsqu'il y a chevauchement des activités des parties. Cela peut aussi se produire lors de fusions verticales qui, par exemple, ont pour effet d'accroître les entraves à l'accès ou de faciliter un comportement coordonné.

Empêchement de la concurrence

- 2.10 Il peut y avoir empêchement de la concurrence lorsqu'une fusion permet à l'entité fusionnée de maintenir les prix, de manière unilatérale ou en coordination avec d'autres entreprises, à des niveaux plus élevés que ceux qui auraient cours si la fusion n'avait pas lieu, en empêchant l'accroissement de la concurrence. Cela peut se produire lorsqu'il y a peu ou pas de chevauchement des activités actuelles des parties à la fusion et que la concurrence directe entre les activités des parties à la fusion devrait croître en l'absence de la fusion.
- 2.11 Dans ces conditions, le Bureau examine comment, dans quelle mesure et quand l'une ou l'autre des parties à la fusion peut entrer sur le marché ou y prendre de l'expansion. Le Bureau détermine s'il est vraisemblable que les parties à la fusion entrent sur le marché ou y prennent de l'expansion, même s'il n'était pas vraisemblable que des entreprises rivales entrent sur le marché ou y prennent de l'expansion. Il peut aussi être pertinent d'analyser le pouvoir de marché que possède déjà au moins une des parties à la fusion si les prix pouvaient tendre vers le niveau concurrentiel en l'absence de la fusion. Le Bureau peut aussi examiner une fusion du point de vue de l'empêchement de la concurrence lorsque l'acquéreur, l'entreprise acquise ou un concurrent potentiel ont des projets d'entrée ou d'expansion qui sont freinés par la fusion.
- 2.12 Voici des exemples de fusions pouvant avoir pour effet d'empêcher la concurrence :
- l'acquisition d'une entreprise exerçant une concurrence de plus en plus vive ou d'une entreprise qui pourrait entrer sur le marché;

sa méthode d'analyse du pouvoir de marché. À la partie 5 de ces lignes directrices est présentée une explication plus approfondie des effets anticoncurrentiels pouvant découler de l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché.

- l'acquisition d'une entreprise par un chef de file pour empêcher l'achat de cette entreprise par un autre concurrent;
- l'acquisition d'une entreprise établie par une entreprise qui serait vraisemblablement entrée sur le marché en l'absence de la fusion;¹²
- une acquisition faisant obstacle à une expansion sur de nouveaux marchés géographiques;¹³
- une acquisition faisant obstacle aux effets proconcurrentiels d'une capacité accrue;¹⁴
- l'acquisition empêchant ou limitant le lancement de nouveaux produits.¹⁵

Seuil de sensibilité

2.13 Lorsque le Bureau évalue si la concurrence sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, il examine la fusion pour établir si elle aura vraisemblablement pour effet de permettre à l'entité fusionnée (seule ou en coordination avec d'autres) d'influencer les prix de manière appréciable.¹⁶ Ce faisant, le Bureau prend en considération l'ampleur, la portée et la durée vraisemblables de toute augmentation de prix anticipée à la suite de la fusion. De

¹² Voir par exemple le par. 130 de la décision *Seaspan - Énoncé des motifs*, *supra* note 7, dans laquelle le commissaire conclut, en substance, que toute influence que Norsk a pu ou pourrait avoir sur la capacité de Seaspan d'exercer un pouvoir de marché sur le marché de transport par barge en Colombie-Britannique a été éliminée par la fusion.

¹³ Voir par exemple le par. 246 de la décision *Supérieur Propane*, *supra* note 8, dans laquelle le Tribunal a conclu que la fusion aurait pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence « compte tenu du fait que ICG prévoyait d'accroître fortement ses activités dans les provinces de l'Atlantique [...] ».

¹⁴ Voir par exemple le par. 47 de la décision *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 425 (Trib. conc.) (ci-après « *Canadian Waste* »), dans laquelle le Tribunal a conclu, en substance, que, parce qu'elle accroît l'importante part prévue de Canadian Waste dans la capacité excédentaire, l'acquisition de la décharge Ridge accroît le pouvoir de marché que Canadian Waste peut exercer sur cette capacité et elle empêche sensiblement la concurrence.

¹⁵ Voir par exemple le communiqué de presse « Le Bureau de la concurrence remédie à des problèmes concernant l'acquisition de Pharmacia par Pfizer », le 11 avril 2003 (ci-après « *Pfizer/Pharmacia* »). Dans cette affaire, le Bureau a conclu que la concurrence serait sensiblement empêchée par la fusion de ces deux entreprises dont les produits en développement rivaliseraient sur les mêmes marchés pertinents lorsqu'ils seraient lancés. Voir aussi le par. 116 de la décision *Commissaire de la concurrence c. Bayer AG et al.*, Exposé conjoint des faits, (31 mai 2002) TC-2002-003 (Trib. conc.) (ci-après « *Bayer/Aventis – Exposé conjoint des faits* »), dans laquelle le commissaire a conclu, en substance, qu'en l'absence de l'acquisition, le marché bénéficierait d'une concurrence vraisemblablement bien plus importante de la part du nouveau produit lancé par Bayer.

¹⁶ Comme il a été signalé précédemment au par. 2.2, le « prix » sert à désigner d'autres dimensions de la concurrence. Comme il a également été signalé dans *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 258, il n'est pas nécessaire en vertu de la Loi de conclure que l'entité fusionnée *haussera* vraisemblablement le prix (ou réduira la qualité, le service ou le choix des produits); il s'agit plutôt de déterminer si l'entité fusionnée en sera *capable*.

façon générale, il y a empêchement ou diminution « sensible » de la concurrence dans les conditions suivantes :

- lorsque le prix du ou des produits pertinents, sera vraisemblablement nettement plus élevé sur une part sensible du marché pertinent¹⁷ qu'il ne le serait en l'absence de la fusion (ci-après « hausse appréciable de prix »);¹⁸
- lorsque la hausse appréciable de prix ne sera vraisemblablement pas éliminée par les concurrents existants ou par de nouveaux concurrents au cours des deux années suivant la fusion.¹⁹

2.14 Le Bureau ne fixe pas de seuil concernant la hausse appréciable de prix.²⁰ Les conclusions du Bureau concernant l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence sont plutôt fondées sur une évaluation des aspects propres au marché, énoncés à l'article 93, qui pourraient avoir pour effet de limiter la hausse des prix après une fusion.²¹ L'examen de ces aspects porte sur une période de deux ans débutant au moment où le pouvoir de marché pourrait vraisemblablement être exercé, et non pas nécessairement à compter de la période durant laquelle se déroule l'examen de la fusion.²²

¹⁷ Il n'est pas nécessaire que la hausse sensible de prix se produise sur l'ensemble du marché pertinent. Il suffit que quelques clients seulement aient à payer des prix plus élevés pour conclure qu'il y aura empêchement ou diminution sensible de la concurrence.

¹⁸ Dans l'examen d'une fusion pour établir s'il y a empêchement de la concurrence, le fait de déterminer que la fusion occasionnera vraisemblablement une hausse appréciable de prix signifie en règle générale qu'il devrait y avoir une baisse des prix (ou une amélioration de la qualité, etc.) si la fusion n'a pas lieu.

¹⁹ Une période de deux ans est typiquement retenue comme règle informelle parce qu'il faut prévoir un certain temps pour que les concurrents éventuels puissent constater une hausse appréciable de prix, mettre au point des produits et élaborer des plans de commercialisation, construire des installations ou modifier les installations existantes et réaliser des ventes suffisantes pour empêcher ou faire disparaître une hausse de prix appréciable.

²⁰ Une hausse appréciable de prix est différente de la « hausse relativement importante et non transitoire » (et peut être inférieure à cette dernière), laquelle sert à définir le marché pertinent suivant la méthode décrite à la partie 3. La notion de « hausse appréciable de prix » varie d'une industrie à l'autre. Dans ce contexte, le caractère appréciable de la hausse de prix inclut non seulement l'ampleur et l'étendue mais aussi la capacité de maintenir une telle hausse de prix.

²¹ Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 311-312. Voir aussi *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 204 et 224.

²² Le Bureau peut contester une fusion même si les effets anticoncurrentiels qui sont prévisibles lors de la fusion peuvent ne se faire sentir que plus de deux ans après la réalisation de la fusion.

PARTIE 3 – DÉFINITION DU MARCHÉ

Aperçu

- 3.1 La première étape de l'examen d'une fusion par le Bureau consiste habituellement à définir le ou les marchés pertinents sur lesquels les parties à la fusion exercent leurs activités.²³ L'objectif général de la définition du marché lors de l'analyse d'une fusion est d'identifier un groupe d'acheteurs qui peuvent éventuellement avoir à faire face à une augmentation du pouvoir de marché à cause de la fusion. Le marché pertinent est défini en fonction de deux aspects : la dimension du produit et la dimension géographique.
- 3.2 De façon générale, il ne peut être présumé que les produits des parties à une fusion appartiennent à un même marché pertinent malgré l'apparence d'un certain chevauchement des produits qu'elles vendent et des régions géographiques dans lesquelles elles exercent leurs activités. En outre, le ou les marchés pertinents analysés en vue de déterminer des effets concurrentiels peuvent ne pas correspondre nécessairement aux catégories de produits ou régions desservies telles qu'elles ont été établies par les dirigeants des entreprises qui fusionnent ou leurs rivaux dans le cadre de leurs activités.²⁴
- 3.3 La définition du marché est axée sur le degré de substitution et sur la réaction de la demande face à la variation des prix relatifs. La capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de hausser les prix avec succès sans diminuer les ventes au point de rendre l'augmentation de prix non rentable dépend ultimement de la volonté des acheteurs de payer un prix plus élevé.²⁵ La réaction de l'offre est un autre aspect important lors de l'évaluation de la possibilité d'un pouvoir de marché, mais elle est examinée à un stade ultérieur de l'analyse, au moment d'identifier les intervenants sur le marché pertinent ou d'examiner l'entrée ou l'expansion sur le marché pertinent.
- 3.4 Sur le plan conceptuel, un marché pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits²⁶ incluant au moins un produit des parties à la fusion, et à la plus petite région géographique pour laquelle un vendeur unique cherchant à maximiser ses profits (un monopoleur hypothétique) peut imposer et maintenir une hausse de prix relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence de la fusion. Dans la plupart des cas, le

²³ Dans certaines circonstances, surtout lorsqu'on utilise des méthodes empiriques, le Bureau peut définir des marchés pertinents tout en analysant les effets sur la concurrence.

²⁴ Voir *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 85 et 101, et *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 72.

²⁵ Les produits ou régions géographiques de substitution qui font partie d'un marché pertinent sont habituellement jugés « acceptables » au sens de l'al. 93c) de la Loi. Lorsque les produits sur un marché pertinent sont différenciés, certains produits peuvent être plus facilement substitués entre eux que d'autres.

²⁶ Un marché peut être formé d'un seul produit homogène ou d'un groupe de produits différenciés.

Bureau considère qu'une hausse de prix est relativement importante si elle atteint 5 pour 100 et qu'elle n'est pas transitoire si elle dure un an.²⁷

- 3.5 L'analyse de la définition du marché commence en concevant un marché candidat pour chacun des produits des parties à la fusion. Pour chaque marché candidat, l'analyse détermine si un monopoleur hypothétique qui contrôle le groupe de produits dans ce marché candidat pourrait être capable d'imposer une hausse de prix de 5 pour 100 en assumant que les conditions de vente de tous les autres produits demeurent stables. Si la hausse de prix avait vraisemblablement pour effet de pousser les acheteurs à se procurer un autre produit en quantité suffisante pour que la hausse ne soit pas rentable, le marché candidat n'est pas le marché pertinent et on ajoute à ce marché le meilleur substitut.²⁸ L'analyse se répète alors en déterminant si un monopoleur hypothétique qui contrôlait le groupe de produits dans ce marché candidat, pourrait être capable d'imposer de façon rentable une hausse de prix de 5 pour 100. Le processus se poursuit jusqu'à ce que le monopoleur hypothétique parvienne à imposer et à maintenir une hausse de prix pour au moins un produit des parties à la fusion sur le marché candidat. Le marché pertinent du produit correspond au groupe le plus restreint de produits pour lesquels une hausse de prix peut être maintenue.
- 3.6 La même démarche générale est adoptée pour définir l'étendue géographique du marché. Dans ce cas, un marché candidat de départ est proposé pour chaque endroit où les parties à la fusion produisent ou vendent les produits pertinents. Ainsi, si les acheteurs se tournent vraisemblablement vers des produits vendus dans des endroits plus éloignés, pour une part suffisante de leurs achats pour rendre la hausse de prix de 5 pour 100 non rentable pour le monopoleur hypothétique, l'endroit qui est le meilleur substitut est ajouté au marché candidat. Le Bureau poursuit ce processus jusqu'à ce qu'il ait défini la plus petite région dans laquelle un monopoleur hypothétique pourrait imposer et maintenir une hausse de prix.
- 3.7 Le prix de base sur lequel s'appuie l'hypothèse d'une hausse de prix est le prix ayant cours sur le marché pertinent. Toutefois, le Bureau peut décider de ne pas utiliser le prix courant s'il est probable que les conditions du marché (en l'absence de la fusion) entraîneraient une diminution ou une augmentation de prix à l'avenir.²⁹
- 3.8 De façon générale, le prix de base utilisé pour postuler la hausse de prix est celui qui est habituellement considéré comme le prix du produit dans le secteur industriel

²⁷ Les caractéristiques du marché peuvent être telles qu'il est parfois nécessaire de considérer une hausse de prix ou une période différentes.

²⁸ Le meilleur substitut fait référence au produit qui détournerait la plus grande partie de la demande des acheteurs en réponse à l'augmentation de prix postulée, en supposant que ce substitut est disponible en quantité illimitée à prix constant.

²⁹ Comme il a été signalé dans *Canadian Waste, supra* note 14, par. 90 à 94, lorsque la preuve laisse entendre qu'il est possible de prévoir avec confiance une modification ultérieure du prix (en l'absence de la fusion), il convient de délimiter le marché en fonction du prix ultérieur vraisemblable, même s'il est impossible de prévoir ce prix avec précision.

où est effectué l'examen (par exemple, la fabrication, le commerce de gros, le commerce de détail).

- 3.9 Dans certaines circonstances, les vendeurs peuvent définir des groupes cibles d'acheteurs et imposer des prix différents pour ces acheteurs. Des vendeurs peuvent exercer une discrimination par les prix à l'égard de certains acheteurs lorsqu'il est difficile pour ces derniers de se tourner vers des produits de substitution ou d'obtenir des produits ailleurs et de bénéficier d'opérations d'arbitrage avec d'autres acheteurs en tirant parti des écarts de prix. Lorsqu'une telle discrimination par les prix est possible, il peut être approprié de définir des marchés pertinents plus étroits en fonction des caractéristiques des groupes d'acheteurs ou des endroits où les acheteurs sont visés.³⁰
- 3.10 Les facteurs examinés dans la définition du marché du point de vue du produit et de la région géographique, incluant les facteurs pertinents prévus à l'article 93 de la Loi, sont exposés ci-dessous.

Définition du marché du produit

- 3.11 Aux fins de la définition du marché du produit, ce n'est pas tant l'identité des vendeurs qui importe, mais les caractéristiques des produits et la capacité ou la volonté des acheteurs de se tourner vers un autre produit pour une part suffisante de leurs achats en conséquence de modifications des prix relatifs.³¹ Un marché pertinent du produit réunit un produit donné des parties à la fusion et les plus proches substituts de ce produit.
- 3.12 Lors qu'il existe des données détaillées sur les prix, sur les quantités des produits pertinents et sur leurs proches substituts, les marchés pertinents de produits peuvent être définis à l'aide de mesures statistiques.³² L'élasticité de la demande permet de déterminer comment les acheteurs modifient leur consommation d'un produit, en conséquence d'une variation du prix d'un produit (élasticité-prix de la demande pour ce produit) ou du prix d'un autre produit défini (élasticité croisée des prix). L'élasticité croisée des prix ne permet pas de mesurer directement la capacité d'une entreprise de hausser les prix, mais elle est un moyen particulièrement utile d'établir si différents produits sont de proches substituts les uns des autres et si ces produits appartiennent au même marché pertinent.³³

³⁰ Voir par exemple *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 78-80 et *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 81.

³¹ Comme il a été affirmé dans *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 49, dans ce contexte, la substitution désigne le caractère substitutif au sens économique qui est révélé lorsque les modes de consommation changent en réaction à une variation de prix, tous les autres facteurs étant les mêmes par ailleurs.

³² Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 58 et 63.

³³ Une analyse plus détaillée de la différenciation des produits figure à l'annexe I.

- 3.13 Qu'il y ait ou non des preuves empiriques disponibles de l'élasticité de la demande, il faut aussi considérer des facteurs qui révèlent indirectement la substituabilité, notamment les renseignements fournis par des intervenants sur le marché et les indicateurs fonctionnels décrits ci-dessous.
- 3.14 Les opinions, les stratégies et le comportement des acheteurs permettent souvent d'établir de manière fiable si les acheteurs se tourneraient vraisemblablement vers d'autres produits si les prix augmentaient de 5 pour 100. Par exemple, le Bureau examine la manière dont les acheteurs ont réagi dans le passé et leur réaction vraisemblable à l'avenir face à de nouveaux choix disponibles en raison de changements technologiques. De plus, on tient également compte des renseignements tirés d'études de l'industrie et provenant d'intervenants tels que des concurrents ou des fabricants du produit pertinent. Cette information fait progresser l'analyse parce qu'elle offre des renseignements détaillés sur l'évolution dans le passé et sur l'évolution future vraisemblable du produit pertinent dans l'industrie (y compris le comportement, dans le passé, des parties à la fusion et de leurs rivaux du produit pertinent), comparativement à l'évolution d'autres produits ayant un présumé effet limitatif important. Les documents préparés par les parties à la fusion dans le cours normal de leurs activités peuvent aussi être très utiles.
- 3.15 Divers indicateurs fonctionnels aident à déterminer quels produits sont considérés comme de proches substituts, notamment l'utilisation finale, les caractéristiques physiques et techniques, la relation entre les prix et les niveaux relatifs des prix ainsi que les coûts de substitution supportés par les acheteurs dont il est question plus loin.
- 3.16 Les acheteurs peuvent ne pas considérer comme de proches substituts des produits achetés à des fins similaires. Par conséquent, l'interchangeabilité fonctionnelle de deux produits n'est pas une condition suffisante pour les inclure dans le même marché pertinent.³⁴ De façon générale, si les acheteurs accordent une grande valeur aux caractéristiques physiques ou techniques, réelles ou perçues, d'un produit (notamment les garanties rattachées aux produits, le service après-vente et la rapidité de l'exécution des commandes), il peut être nécessaire de définir des marchés pertinents distincts, en fonction de ces caractéristiques.
- 3.17 Les coûts de substitution qu'auraient à supporter les acheteurs peuvent dissuader un nombre suffisant de ces derniers de substituer entre eux des produits qui sont fonctionnellement interchangeables permettant ainsi au monopoleur hypothétique d'augmenter ses prix de 5 pour 100. Les produits ne font pas partie du même marché pertinent lorsque les coûts de substitution supportés par les acheteurs sont suffisants pour rendre la substitution improbable si les prix étaient majorés de 5 pour 100. Par exemple, la substitution pourrait obliger les acheteurs à modifier leur outillage et leurs emballages, à adapter les efforts de commercialisation, à résilier un contrat d'approvisionnement, à apprendre de nouvelles méthodes ou à changer du

³⁴ Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1997) 1 R.C.S. 748, infirmant (1995), 127 D.L.R. (4th) 263 (C.A.F.).

matériel essentiel.³⁵ À cela s'ajoutent les coûts (et le risque) qui seraient occasionnés si le produit ne répondait pas aux attentes ou ne fonctionnait pas comme prévu, coûts qui pourraient être très importants si la réputation de l'acheteur est ternie en sa qualité de revendeur ou s'il faut arrêter toute une chaîne de production, à cause des défauts du produit.

- 3.18 Un marché pertinent peut inclure un groupe de produits différents qui ne sont pas de proches substituts les uns des autres. Cela se produit lorsqu'un vendeur unique serait en mesure de maintenir de façon rentable une hausse de prix d'un groupe de produits parce qu'un nombre suffisant d'acheteurs ne réagiront pas à la hausse en se procurant les différents éléments de ce groupe de produits auprès de vendeurs différents. Cette réaction peut aussi être suscitée lorsque le recours à plusieurs vendeurs entraînerait des coûts importants, dont les frais de transport et le temps nécessaire pour négocier des ententes avec ces vendeurs. Dans de telles circonstances, le Bureau examine la propension des acheteurs à se procurer un certain nombre de produits auprès d'un vendeur unique et la mesure dans laquelle les acheteurs diversifient leurs sources d'approvisionnement en réaction à une variation des prix.

Définition du marché géographique

- 3.19 Pour définir l'étendue géographique du marché, ce n'est pas tant l'identité des vendeurs qui importe, mais la capacité ou la volonté des acheteurs de s'approvisionner dans un autre endroit pour une part suffisante de leurs achats, par suite d'une variation des prix relatifs. Le marché géographique pertinent est celui qui réunit tous les points d'approvisionnement qui sont perçus comme de proches substituts par les acheteurs.³⁶
- 3.20 Lorsqu'il définit un marché géographique, le Bureau se fonde généralement sur des éléments de preuve indirects de la substituabilité, dont les renseignements fournis par des intervenants sur le marché et les indicateurs fonctionnels décrits ci-dessous.
- 3.21 Les opinions, les stratégies et le comportement des acheteurs dans une région géographique donnée permettent souvent d'établir de manière fiable si les acheteurs se tourneraient vraisemblablement vers d'autres acheteurs situés dans d'autres régions géographiques si les prix augmentaient de 5 pour 100. Par exemple, le Bureau examine la manière dont les acheteurs ont réagi dans le passé et leur réaction vraisemblable à l'avenir face à de nouveaux choix disponibles en raison de changements technologiques. Les études portant sur l'industrie et les opinions, les stratégies et le comportement d'intervenants de l'industrie qui révèlent comment les acheteurs du produit pertinent dans une région géographique

³⁵ Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 30-31, 49 et 54.

³⁶ Ceci suppose que le marché n'est pas défini en se fondant sur la discrimination par les prix comme il est décrit ci-dessus au par. 3.9. Lorsque le marché est défini en se fondant sur la discrimination par les prix (si les acheteurs et les tierces parties sont incapables d'effectuer un arbitrage entre les régions à bas prix et à prix élevés) le point important est l'emplacement des acheteurs visés.

- réagissent ou ont réagi à une variation du prix du produit ou à des modifications de l'emballage ou du service dans une autre région géographique sont aussi une source d'information utile pour l'analyse. La mesure dans laquelle les parties à la fusion et d'autres vendeurs tiennent compte des vendeurs éloignés dans leurs plans d'entreprise, leurs stratégies de commercialisation et d'autres documents sont aussi des sources d'information utiles aux fins de la définition du marché géographique.
- 3.22 Divers indicateurs fonctionnels peuvent aider à déterminer si des régions géographiques sont de proches substituts, notamment les caractéristiques particulières du produit, les coûts de substitution, les frais de transport, les relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix, les mouvements des produits et les conditions concernant la concurrence étrangère.
- 3.23 Plusieurs facteurs liés au prix et des facteurs autres que le prix influent sur la capacité ou la volonté d'un acheteur d'envisager de s'approvisionner dans une région plus éloignée. Les autres facteurs comprennent la fragilité ou la nature périssable du produit pertinent, la commodité, la fréquence de la livraison et la fiabilité du service ou de la livraison.
- 3.24 Comme c'est le cas pour la définition du marché du produit, les coûts de substitution élevés que peuvent avoir à supporter les acheteurs peuvent les dissuader de s'approvisionner dans une autre région géographique. De plus, les frais de transport jouent un rôle important dans la détermination de l'étendue géographique du marché pertinent parce qu'ils influent directement sur les prix. Par exemple, si la combinaison du prix d'un produit provenant d'une région éloignée et des frais de transport de ce même produit acheté sur le marché géographique candidat représente un montant plus élevé que le prix de ce même produit, majoré de 5 pour 100, sur le marché géographique étudié, les produits des vendeurs situés dans la région éloignée ne seront pas inclus dans le marché pertinent.³⁷
- 3.25 Lorsque les données indiquent que les prix dans une région éloignée ont toujours été supérieurs ou inférieurs aux prix pratiqués dans le marché géographique candidat et que l'écart dépasse les frais de transport, il y a lieu de croire que les deux régions appartiennent à des marchés pertinents distincts, pour des raisons autres que les seuls frais de transport.³⁸ Cependant, avant de tirer une telle conclusion, le Bureau doit déterminer si une hausse de prix de 5 pour 100 dans le marché candidat peut modifier l'écart de prix à tel point que des vendeurs éloignés peuvent exercer une influence limitative sur cette hausse.
- 3.26 Lorsque d'importantes quantités du produit pertinent provenant d'une région éloignée sont expédiées vers la région où une hausse de prix est supposée, il y a

³⁷ Cependant, il est reconnu que les entreprises éloignées ayant une capacité excédentaire peuvent, dans certaines circonstances, être disposées à expédier leurs produits vers un autre marché même si le prix net obtenu est inférieur au prix pratiqué sur leur propre marché.

³⁸ Par exemple, les droits de douane ou d'autres facteurs liés au commerce peuvent donner lieu à des écarts de prix.

lieu de croire que la région éloignée fait partie du marché pertinent. Cependant, les expéditions de produits enregistrées avant une fusion n'établissent pas, à elles seules, l'existence d'une influence limitative des vendeurs éloignés et peuvent ne pas être suffisantes pour justifier l'élargissement du marché géographique. Il faut une analyse plus poussée pour déterminer si des expéditions depuis une région éloignée rendraient non rentable une hausse de prix de 5 pour 100.

Concurrence étrangère

- 3.27 La capacité ou la volonté des acheteurs de se tourner vers des vendeurs étrangers peut dépendre des goûts des acheteurs, de leurs préférences et d'autres facteurs liés aux formalités douanières. Les acheteurs peuvent être moins disposés à se tourner vers des substituts étrangers, ou en être incapables, en raison du risque associé au taux de change, des normes sectorielles,³⁹ ou des initiatives visant à stimuler l'achat de produits locaux à cause des difficultés ou incertitudes associées au commerce transfrontière. Inversement, les acheteurs peuvent être plus disposés à acheter des substituts étrangers lorsqu'ils sont bien renseignés sur les produits étrangers et sur la manière de les obtenir, lorsque des vendeurs étrangers ou leurs produits sont déjà inscrits sur des listes de fournisseurs approuvés ou lorsqu'il existe des ententes d'octroi de licence de technologie, des alliances stratégiques ou d'autres liens entre les acheteurs canadiens et les entreprises étrangères.
- 3.28 Lorsqu'il est clair que la région de vente des parties à la fusion et celle des vendeurs étrangers appartiennent au marché pertinent (parce qu'un nombre suffisant d'acheteurs seraient disposés à réagir à une hausse de prix de 5 pour 100 en s'approvisionnant auprès de ces vendeurs), les limites du marché sont élargies à l'extérieur du Canada, de manière à inclure l'emplacement des vendeurs étrangers.⁴⁰

Établissement des limites géographiques

- 3.29 La localisation géographique des acheteurs et des vendeurs est pertinente à la définition des limites d'un marché, en particulier lorsqu'il s'agit d'un marché local ou régional. Il est supposé qu'une entreprise cherchant à maximiser ses profits choisit une localité en fonction de la densité des acheteurs et de manière à éviter la cannibalisation potentielle des ventes qui peut se produire si elle choisit un emplacement situé à proximité des emplacements de ses autres établissements. Ainsi, la réaction de la demande est encore un élément clé pour déterminer les limites d'un marché. L'analyse de la concurrence spatiale peut aider à préciser les

³⁹ Voir par exemple *Directeur des enquêtes et recherches c. ADM Agri-Industries Ltd.*, Avis de demande en vue d'obtenir une ordonnance par consentement, Annexe A, Énoncé des motifs et des faits substantiels (21 mars 1997), TC-1997/002, (Trib. conc.) par. 10. Voir aussi par. 42.

⁴⁰ Voir note 1 *supra*, al. 93a). En plus de sa pertinence quant à la définition du marché, la mesure dans laquelle les produits ou les concurrents étrangers offrent ou sont susceptibles d'offrir une concurrence réelle est évaluée dans le cadre de l'analyse décrite aux parties 4, 5 et 6 ci-dessous.

limites de marchés géographiques localisés.⁴¹ La méthode à utiliser pour une analyse de la concurrence spatiale dépend des caractéristiques du secteur et du marché à l'étude.⁴²

- 3.30 Il importe de signaler que les limites d'un marché sont souvent imprécises.⁴³ Elles correspondent à des estimations. En outre, les contraintes pouvant s'exercer sur le comportement d'une entité fusionnée en ce qui concerne l'établissement des prix peuvent provenir de l'intérieur et de l'extérieur du marché pertinent ayant été défini. Ces aspects sont abordés plus à fond ci-dessous.

PARTIE 4 – PART DE MARCHÉ ET CONCENTRATION

- 4.1 Une fois les marchés pertinents définis, la prochaine étape de l'analyse consiste à identifier les participants aux marchés pertinents, afin d'établir les parts de marché et les niveaux de concentration. Ces participants comprennent les vendeurs actuels de produits pertinents et ceux qui voudraient commencer à vendre des produits pertinents si les prix augmentaient de 5 pour 100. Dans ce dernier cas, une entreprise est présumée être un participant sur un marché pertinent si sa participation n'exige pas d'importants investissements irrécupérables à l'accès ou à la sortie du marché et peut se faire dans un délai d'un an (ci après « réaction de l'offre »).⁴⁴ Dans les situations où les entreprises auraient besoin d'assumer d'importants investissements irrécupérables ou prendraient plus d'un an avant de commencer les ventes des produits pertinents, on en tient compte dans l'analyse à l'accès décrite dans la partie 6.

⁴¹ Lorsqu'il procède à une analyse de la concurrence spatiale, le Bureau identifie tous les emplacements (magasins, succursales, centres, points de vente) des parties à la fusion et de leurs concurrents sur le marché du produit, afin de déterminer l'emplacement des entreprises les unes par rapport aux autres.

⁴² Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 87-91, dans laquelle la définition des limites du marché était fondée sur les emplacements des vendeurs. Voir aussi *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 76 et 78, dans laquelle la définition des limites du marché était fondée sur les emplacements des acheteurs.

⁴³ Comme le Tribunal l'a affirmé, en substance, dans *Hillsdown*, *supra* note 10, p. 310, dans la mesure où des données statistiques sur la part de marché ne sont pas les seuls indicateurs de l'existence d'un pouvoir de marché, les limites exactes du marché revêtent moins d'importance.

⁴⁴ Dans certains cas, la capacité des entreprises d'utiliser leurs éléments d'actif afin de fabriquer plusieurs produits différents peut être un facteur dans la définition du marché. Par exemple, dans un scénario où les parties à la fusion livrent concurrence sur plusieurs marchés et font essentiellement face aux mêmes concurrents dans chaque marché, le Bureau peut utiliser une description globale de ces marchés simplement par question de commodité.

Participation au marché par réaction de l'offre

4.2 Le Bureau détermine si les vendeurs qui ne sont pas actuellement des fournisseurs sur le marché pertinent peuvent détourner des produits de façon rentable de leurs acheteurs actuels vers des acheteurs du marché pertinent dans le cas d'une augmentation de prix de 5 pour 100. Dans le même ordre d'idées, le Bureau détermine si ces vendeurs peuvent utiliser la capacité excédentaire de façon rentable pour commencer à fournir des produits sur le marché pertinent. Le Bureau examine :

- les coûts de substitution, c'est-à-dire ce qu'il en coûterait d'adapter les installations (dont la distribution), afin de réorienter la production actuelle vers la production et/ou la vente sur le marché pertinent;⁴⁵
- si l'entreprise est en mesure de repositionner ses produits ou d'étendre sa gamme de produits;
- dans quelle mesure l'entreprise est décidée à fabriquer d'autres produits;
- dans quelle mesure l'entreprise dispose d'une capacité excédentaire;
- les droits de propriété intellectuelle pertinents;
- la réglementation pertinente imposant des normes de qualité et d'étiquetage des produits ou définissant des exigences concernant les permis ou les licences.

4.3 Lorsqu'il évalue si des vendeurs étrangers font partie du marché pertinent par réaction de l'offre, le Bureau tient compte d'autres facteurs dont :

- l'existence de droits de douane, d'un contingentement des importations ou de contraintes sur le plan des exportations;
- les restrictions concernant la propriété étrangère;
- les difficultés liées aux fluctuations du taux de change;
- la menace de recours commerciaux comme le dépôt de plaintes concernant le dumping de la part d'entreprises canadiennes ou l'imposition de droits compensateurs;
- des ententes officielles ou non officielles de partage du marché entre les filiales canadiennes de multinationales ou entre différentes multinationales;
- les conditions des contrats de licence, de franchise ou de non-concurrence entre des entreprises étrangères et leurs filiales canadiennes ou des tierces parties détenant des actions ou éléments d'actif de telles filiales;
- les conditions sur les marchés nationaux des vendeurs étrangers;
- la possibilité de perturbation de l'approvisionnement étranger d'une industrie;
- le degré de connaissance du marché canadien;

⁴⁵ Le produit fabriqué présentement par ces vendeurs n'est pas inclus dans le marché.

- les difficultés associées à la douane et à d'autres formalités de traitement des importations.

4.4 À ce stade de l'analyse, un vendeur n'est pas inclus dans le marché pertinent :

- lorsque ce vendeur aura vraisemblablement beaucoup de difficulté à distribuer ou à commercialiser le produit pertinent;
- lorsque, pour approvisionner le marché pertinent, le vendeur aura à investir d'importantes sommes irrécupérables dans des installations de production ou de distribution (notamment les dépenses associées à la construction d'entrepôts, à l'établissement d'un réseau d'expédition directe aux magasins, à la commercialisation, au recrutement de vendeurs locaux et aux formalités d'approbation par les autorités réglementaires locales).

Dans de telles circonstances, comme indiqué ci-dessus, l'incidence de ces vendeurs est examinée plus tard, lors de l'examen de la vraisemblance d'entrée ou d'expansion sur le marché.

Calcul des parts de marché

4.5 Les parts de marché sont calculées pour tous les vendeurs qui participent au marché pertinent.

4.6 Les parts de marché peuvent être mesurées en fonction de la valeur des ventes exprimées en dollars, des ventes unitaires, de la capacité⁴⁶ ou, dans certaines industries d'exploitation des ressources naturelles, en fonction des réserves. Pour calculer les parts de marché, le Bureau utilise les meilleurs indicateurs de l'incidence future des vendeurs sur la concurrence. Si le marché pertinent représente des produits homogènes ou non différenciés (par exemple n'ayant pas de caractéristiques physiques ou d'attributs subjectifs uniques) et si les entreprises opèrent toutes à pleine capacité, les parts de marché exprimées en valeur des ventes, en ventes unitaires et en capacité de production devraient être quasi identiques. Dans ces situations, le moyen de mesure retenu dépendra largement des données disponibles.

4.7 Si des entreprises offrant des produits homogènes ont une capacité de production excédentaire, on considère que les parts de marché calculées en fonction de la capacité peuvent mieux refléter la position relative des entreprises sur le marché et leur incidence sur la concurrence qui y règne. Lorsqu'il est clair qu'une partie de la capacité inutilisée d'une entreprise n'exerce pas une influence limitative sur le marché pertinent (par exemple parce que la capacité en question est assortie de coûts élevés ou parce que l'entreprise ne réussit pas à commercialiser efficacement

⁴⁶ Dans les présentes Lignes directrices, le terme « capacité » fait référence à la capacité de *produire* ou de *vendre* un bien ou un service. La capacité de vendre se rapporte à la capacité de commercialisation et de distribution, qui dépend, entre autres, du personnel de vente, des réseaux de distribution et d'autres infrastructures.

son produit), cette capacité excédentaire peut ne pas être aussi pertinente pour le calcul des parts de marché.

- 4.8 Plus le degré de différenciation des produits sur un marché pertinent augmente, plus le calcul des parts de marché donnera des résultats dissemblables selon qu'on tient compte de la valeur des ventes, des ventes unitaires ou de la capacité. Par exemple, si l'essentiel de la capacité excédentaire sur le marché pertinent est détenu par des entreprises qui vendent au rabais sur un marché fortement différencié, les parts de marché de ces vendeurs seraient plus grandes si elles étaient calculées en fonction de la capacité totale que si elles étaient calculées en fonction des ventes unitaires ou de la valeur des ventes réelles. Dans ce cas, les parts de marché déterminées en fonction de la capacité totale seraient un indicateur trompeur de la position relative de ces vendeurs sur le marché.⁴⁷ Dans ces circonstances, on peut considérer généralement que la valeur des ventes donne la meilleure indication de la taille de l'ensemble du marché et des positions relatives des entreprises individuelles. Cependant, comme les ventes unitaires donnent aussi des renseignements importants sur la position relative des entreprises, on demande généralement aux parties qui fusionnent et aux autres vendeurs de fournir des données sur la valeur de leurs ventes et sur leurs ventes unitaires.⁴⁸
- 4.9 On tient généralement compte de la production totale ou de la capacité totale des vendeurs actuels qui exercent leurs activités sur le marché pertinent dans le calcul de la taille du marché et des parts de marché des entreprises concurrentes. Cependant, si une part importante de la production ou de la capacité est consacrée à une activité ne faisant pas partie du marché pertinent et qu'il est improbable qu'elle pourra être allouée au marché pertinent dans l'année suivant une hausse de 5 pour 100 des prix, cette production ou cette capacité ne sera généralement pas considérée dans le calcul.
- 4.10 Pour les entreprises qui participent au marché par réaction de l'offre, on ne tiendra compte, dans le calcul des parts de marché, que de la part de leur production ou de leur capacité qui pourrait vraisemblablement être allouée au marché pertinent sans que ces entreprises n'aient à engager d'importants investissements irrécupérables.

Parts de marché et seuils de concentration

⁴⁷ Il en est de même lorsque le degré de différenciation des vendeurs augmente. Ainsi, deux entreprises peuvent opérer à la même capacité (p. ex. si elles possèdent le même nombre de camions), mais disposer de sources de revenus très différentes (p. ex. si une entreprise compte de nombreux clients le long d'une route de distribution, sa clientèle étant ainsi plus regroupée). Dans de telles situations, les parts de marché donneront des renseignements différents sur la position relative des entreprises sur le marché selon qu'elles sont calculées en fonction de la capacité ou des revenus.

⁴⁸ Les données accessibles au public ou facilement observables peuvent aider à évaluer les parts de marché, mais, au besoin, le Bureau considérera des données fournies par des participants individuels au marché comme la mesure la plus précise des parts de marché. Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 113.

- 4.11 Les renseignements qui démontrent que la part de marché ou que la concentration seront vraisemblablement élevées ne peuvent justifier à eux seuls la conclusion qu'une fusion aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.⁴⁹ Cependant, les parts de marché et la concentration peuvent faciliter l'analyse des effets sur la concurrence lorsqu'elles reflètent la position sur le marché de l'entité fusionnée relativement à ses rivaux. À moins d'une forte concentration et d'une part de marché élevée après la fusion, en règle générale, la concurrence réelle sur le marché pertinent empêchera vraisemblablement l'acquisition, le maintien ou l'accroissement d'un pouvoir de marché par suite de la fusion.⁵⁰
- 4.12 Le Bureau a établi des seuils permettant de distinguer les fusions qui n'auront vraisemblablement pas de conséquences anticoncurrentielles de celles qui exigent une analyse plus détaillée. Plus précisément :
- le commissaire ne contestera généralement pas une fusion en se basant sur des préoccupations liées à l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché lorsque la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35 pour 100 après la fusion;
 - le commissaire ne contestera généralement pas une fusion en se basant sur des préoccupations liées à l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché lorsque :
 - la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché après la fusion (aussi connue sous le nom de ratio de concentration des quatre plus grandes entreprises, ou RC4) serait inférieure à 65 pour 100 après la fusion; ou
 - la part de marché de l'entité fusionnée serait inférieure à 10 pour 100 après la fusion.
- 4.13 Les fusions qui donnent lieu à des parts de marché ou à des niveaux de concentration qui dépassent ces seuils ne sont pas nécessairement anticoncurrentielles. Dans de tels cas, le Bureau procède à une analyse de divers facteurs dans le but de déterminer si ces fusions créeront, maintiendront ou augmenteront vraisemblablement un pouvoir de marché, et se traduiront ainsi par un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence.
- 4.14 Quand d'autres renseignements permettent de penser que les parts de marché actuelles reflètent mal le rôle concurrentiel d'une des parties à la fusion relativement à ses rivaux, le Bureau tient compte de ces renseignements pour vérifier si la fusion

⁴⁹ Le par. 92(2) de la Loi stipule que le Tribunal ne peut conclure qu'une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part de marché.

⁵⁰ La concurrence réelle peut être le fait de concurrents individuels ou de l'incidence collective de certains concurrents marginaux.

se traduira vraisemblablement par une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence. Dans tous les cas, l'évaluation des parts de marché et de la concentration ne constitue que le point de départ de l'analyse du Bureau des effets de la fusion sur la concurrence.

- 4.15 Outre l'importance des parts de marché ou de la concentration sur le marché pertinent, le Bureau évalue la répartition des parts de marché des concurrents et la mesure dans laquelle les parts de marché ont changé ou sont demeurées les mêmes pendant une période significative.
- 4.16 Toutes choses étant égales par ailleurs, la probabilité que plusieurs entreprises soient en mesure de provoquer une hausse de prix par un comportement coordonné augmente à mesure que le degré de concentration sur un marché croît et que le nombre d'entreprises diminue.⁵¹ En revanche, le comportement coordonné devient d'autant plus difficile que le nombre ou la taille des entreprises qui sont en mesure d'accroître leur production augmente.
- 4.17 Lorsqu'il évalue les renseignements sur les parts de marché, le Bureau tient également compte de la nature du marché et de l'incidence du changement et de l'innovation à venir sur la stabilité des parts de marché.⁵² Bien qu'une faible augmentation de la concentration après la fusion puisse laisser croire que la fusion n'a pas un effet important sur le marché, le Bureau évalue tout de même les prévisions de croissance de l'une ou des deux parties qui fusionnent afin de déterminer si la fusion peut avoir pour effet d'éliminer un important concurrent sur le marché.⁵³

PARTIE 5 – EFFETS ANTICONCURRENTIELS

- 5.1 Lorsque les parts de marché et la concentration sur les marchés pertinents sont supérieures aux seuils susmentionnés ou que d'autres renseignements laissent croire que la fusion peut empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, le Bureau procède à une analyse approfondie des effets de la fusion sur la

⁵¹ Outre le RC4, le Bureau peut étudier l'évolution de l'indice de Herfindahl-Hirschman (IHH, qui est égal à la somme des carrés des parts de marché de tous les concurrents sur le marché) pour observer le changement de la concentration du marché avant et après la fusion. Le changement de l'IHH peut fournir des renseignements utiles sur la modification de la structure du marché, mais le Bureau n'utilise pas l'IHH comme seuil dans son examen des fusions.

⁵² Par exemple, la valeur des parts de marché passées ou actuelles peut être moins pertinente sur les marchés caractérisés par des fluctuations rapides des parts de marché. Dans de tels cas, l'analyse portera principalement sur l'efficacité possible dans l'avenir des sources indépendantes de concurrence, indépendamment de leur parts de marché.

⁵³ Voir par exemple *Bayer/Aventis – Exposé conjoint des faits*, supra note 15, par. 112.

concurrence en conformité avec les éléments énumérés à l'article 93 de la Loi.⁵⁴ Une telle analyse porte sur de grandes catégories d'effets unilatéraux et d'effets coordonnés décrits ci-dessous.

- 5.2 Lorsqu'il est clair que le niveau de concurrence réelle qui subsistera sur le marché pertinent ne sera vraisemblablement pas réduit par la fusion, on décide généralement de ne pas contester cette fusion.
- 5.3 Afin de déterminer la capacité et l'efficacité des autres concurrents de limiter l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité fusionnée, le Bureau examine les formes de rivalité utilisées telles le recours aux rabais ou à d'autres stratégies d'établissement des prix, les méthodes de distribution et de commercialisation, le positionnement des produits et des emballages, et les services offerts.⁵⁵ Il considère également la stabilité des parts de marché et la mesure dans laquelle le niveau de différenciation des produits affecte le degré de concurrence directe entre les entreprises.⁵⁶ En outre, on évalue si les concurrents demeureront vraisemblablement aussi dynamiques et efficaces qu'avant la fusion.
- 5.4 La capacité de production excédentaire des parties à la fusion et des autres entreprises sur le marché pertinent fournit des renseignements utiles pour déterminer si la fusion pourrait résulter en l'exercice d'un pouvoir de marché.⁵⁷ Si les rivaux de l'entité fusionnée détiennent une part importante de la capacité excédentaire, il leur sera plus facile d'accroître leur production lorsque l'entité fusionnée tentera d'exercer un pouvoir de marché. Par contre, si une part importante de la capacité excédentaire est détenue par l'entité fusionnée, cela peut décourager l'expansion de ses rivaux.⁵⁸
- 5.5 L'évaluation des caractéristiques concurrentielles de l'entreprise acquise permet aussi de déterminer si la fusion aura vraisemblablement pour effet d'éliminer un concurrent dynamique et efficace.⁵⁹ Outre les formes de rivalité susmentionnées, le Bureau évalue si l'une des parties à la fusion :

⁵⁴ Plusieurs facteurs de l'article 93 jouent aussi un rôle important dans la définition du marché et pour identifier les participants au marché.

⁵⁵ Voir note 1 *supra*, la Loi, al. 93e). Les facteurs qui servent à définir les marchés pertinents ou à identifier les entreprises qui participent aux marchés pertinents par une réaction de l'offre comptent parmi les facteurs importants du point de vue de la concurrence étrangère. Voir par. 3.27, 3.28 et 4.3 ci-dessus.

⁵⁶ Voir par exemple, *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 227-228.

⁵⁷ Voir par exemple, *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 196 et 210.

⁵⁸ On parle de façon plus détaillée de la capacité excédentaire aux par. 4.7, 5.17 et 5.25.

⁵⁹ Voir note 1 *supra*, la Loi, al. 93f). Une entreprise qui est un concurrent dynamique et efficace joue souvent un rôle important en motivant les autres entreprises à pousser les limites de la concurrence sur un marché vers de nouveaux horizons. Il n'est pas nécessaire qu'une entreprise soit un des plus grands concurrents sur un marché pour être un concurrent dynamique et efficace. De petites entreprises peuvent exercer sur la concurrence une incidence disproportionnée par rapport à leur taille.

- ne suit généralement pas les augmentations de prix ou les autres initiatives des concurrents visant à stabiliser le marché;
 - offre des avantages exclusifs en matière de service et de garantie au marché;⁶⁰
 - a récemment accru sa capacité ou prévoit le faire;
 - a récemment augmenté sa part de marché ou est bien placée pour le faire;
 - a récemment acquis des droits de propriété intellectuelle qui augmentent sa capacité de livrer concurrence sur le marché ou le fera bientôt.
- 5.6 Même si l'élimination d'une entreprise dynamique et efficace par suite d'une fusion empêchera ou diminuera vraisemblablement la concurrence dans une certaine mesure, cela ne suffit généralement pas à justifier la mise en œuvre de procédures en application de la Loi. Comme expliqué précédemment, le Bureau doit aussi évaluer la mesure dans laquelle la concurrence réelle restante est restreinte ou inadéquate et s'il existe des conditions qui peuvent vraisemblablement empêcher ou entraver l'expansion ou l'entrée sur le marché d'autres entreprises, et d'autres facteurs pertinents en vertu de l'article 93 de la Loi.
- 5.7 Le Bureau évalue également la nature et la portée des changements et des innovations sur le marché.⁶¹ En plus d'évaluer l'incidence sur la concurrence des innovations technologiques dans les produits et les procédés, le Bureau examine l'incidence des changements et des innovations en ce qui concerne la distribution, le service, les ventes, la commercialisation, l'emballage, les préférences des acheteurs, les habitudes d'achat, la structure de l'entreprise, le cadre réglementaire et l'économie dans son ensemble.
- 5.8 Les pressions qu'exercent ces changements et ces innovations sur les concurrents sur le marché (y compris sur les parties à la fusion) peuvent rendre improbable ou éphémère une augmentation de prix appréciable, surtout lorsque la fusion réduit les entraves à l'accès ou qu'elle stimule ou accélère les changements ou les innovations en question.⁶² Ces pressions peuvent avoir une incidence importante sur l'efficacité des marchés à moyen et à long terme. Cependant, pour les besoins de l'analyse des effets sur la concurrence réalisée par le Bureau, on considère généralement que les pressions proconcurrentielles provenant des changements et des innovations sont pertinentes lorsqu'on prévoit que leurs effets contraignants sur

⁶⁰ Voir par exemple, *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 218.

⁶¹ Voir note 1 *supra*, la Loi, al. 93g).

⁶² Lorsque la fusion aura vraisemblablement pour effet d'accroître le pouvoir de marché, les arguments selon lesquels elle entraînerait vraisemblablement des synergies en matière d'innovation ou d'autres gains en efficacité seront étudiés conformément à l'article 96, tout comme les arguments selon lesquels la fusion pourrait empêcher l'introduction ou la diffusion de la technologie.

l'exercice vraisemblable d'un pouvoir de marché se manifestera à l'intérieur d'une période de deux ans.⁶³

- 5.9 Une fusion peut également faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché en freinant le processus des changements et des innovations. Par exemple, quand une fusion élimine une entreprise novatrice qui présente une menace sérieuse pour les entreprises en place, elle peut ainsi empêcher ou retarder le lancement de nouveaux produits et de nouveaux procédés et l'adoption de stratégies de commercialisation, d'initiatives dynamiques de recherche-développement et de pratiques commerciales nouvelles.⁶⁴
- 5.10 Le Bureau examine aussi les effets d'une fusion sur la concurrence provenant ou amplifiés par l'existence de liens particuliers comme des directions interreliées entre et parmi les parties à la fusion ou leurs affiliées, et leurs concurrents, clients et fournisseurs. Par exemple, le Bureau peut déterminer qu'une relation ou un arrangement préexistant entre une des parties à la fusion et une tierce partie soulève des préoccupations à cause de la fusion parce que la tierce partie est un concurrent direct de l'autre partie à la fusion.⁶⁵ De même, lorsque des administrateurs d'une des parties à la fusion sont des employés, dirigeants, partenaires, propriétaires ou membres du conseil d'administration d'une autre entreprise, ou qui ont d'autres intérêts dans l'entreprise, ce qui permettrait de communiquer des renseignements commerciaux confidentiels, le Bureau évalue les effets de ces liens sur la concurrence. Le Bureau n'aura en général aucune inquiétude quant à l'effet sur la concurrence si dans ces circonstances le conseil de l'un des deux concurrents est composé uniquement d'administrateurs « indépendants » lorsque les entreprises ne sont pas en concurrence directe.

Effets unilatéraux

- 5.11 En plaçant les décisions concernant les prix et l'approvisionnement sous contrôle commun, une fusion peut inciter l'imposition d'une hausse des prix et d'une restriction de l'offre ou affaiblir toute autre dimension de la concurrence. Il y a exercice unilatéral d'un pouvoir de marché quand l'entité fusionnée peut maintenir avec profit une hausse de prix appréciable sans une contrainte réelle provenant de réactions concurrentielles par des rivaux.

⁶³ Voir par exemple *La lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Canadienne Impériale de Commerce et à la Banque Toronto-Dominion*, 11 décembre 1998, et *La lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Royale du Canada et à la Banque de Montréal*, 11 décembre 1998.

⁶⁴ Voir par exemple *Bayer/Aventis – Exposé conjoint des faits*, supra note 15, par. 125. Comme il est décrit dans les Lignes directrices pour l'application de la loi – Propriété intellectuelle, même s'il est important d'évaluer une conduite qui réduit ou empêche directement les efforts d'innovation, le Bureau ne définit pas les marchés en se fondant uniquement sur les activités de recherche-développement ou les efforts d'innovation.

⁶⁵ Voir par exemple le communiqué de presse « L'examen des fusions effectué par le Bureau de la concurrence ouvre la voie à la concurrence », 22 avril 2002.

- 5.12 Sur un marché où les acheteurs peuvent choisir entre de nombreux vendeurs de produits comparables, la capacité d'une entreprise à augmenter ses prix tout en réalisant un profit est limitée par la possibilité qu'ont les acheteurs de se tourner vers des produits de substitution en réaction à cette augmentation des prix. Lorsque deux entreprises sur un marché fusionnent et que l'une d'entre elles augmente ses prix, une part de la demande peut se déplacer de cette dernière vers l'autre partie à la fusion, ce qui accroît la rentabilité générale d'une augmentation des prix et accentue l'intérêt d'augmenter les prix. Il est plus vraisemblable qu'une augmentation de prix puisse être rentable lorsque les parties à la fusion occupent une place importante (pas nécessairement dominante) sur le marché.
- 5.13 Les effets unilatéraux peuvent se produire sur différents types de marchés, lesquels sont définis par les caractéristiques principales qui distinguent les entreprises y exerçant leurs activités et qui déterminent la nature de la concurrence qui y règne. Deux types de marchés sont décrits ci-dessous.

Entreprises se distinguant principalement par leurs produits

- 5.14 Sur des marchés où les produits sont différenciés, une fusion peut créer, maintenir ou augmenter la capacité de l'entité fusionnée à exercer unilatéralement un pouvoir de marché lorsqu'un nombre considérable d'acheteurs voient les choix offerts par les parties à la fusion comme leur premier et leur second choix. Dans ces conditions, une hausse des prix après la fusion peut s'avérer profitable parce qu'une augmentation des prix par l'une des parties à la fusion aura pour effet de déplacer la demande vers l'autre partie à la fusion. Ce sera particulièrement le cas si la fusion élimine un concurrent dynamique du marché. En revanche, si les produits offerts par les parties à la fusion ne sont pas les deux premiers choix d'un nombre important d'acheteurs, une augmentation des prix par l'une des parties à la fusion a moins de chance d'être rentable, parce que la demande peut se déplacer en grande partie vers d'autres concurrents qui ont la capacité nécessaire pour satisfaire cette demande accrue.
- 5.15 Pour déterminer si la fusion de vendeurs de produits différenciés a vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité de l'entité fusionnée à exercer unilatéralement un pouvoir de marché, le Bureau se fondera sur des renseignements sur les prix et les ventes afin d'établir si les produits des parties à la fusion représentent les deux premiers choix d'un grand nombre d'acheteurs. Les renseignements révélant les changements de comportement passés des acheteurs en réaction à une variation des prix relatifs seront particulièrement utiles; ces renseignements pourront être tirés de sondages sur les préférences des acheteurs, de l'élasticité-prix de la demande pour ce produit et de l'élasticité croisée des prix, de l'analyse des habitudes d'achat et du ratio de détournement.⁶⁶

⁶⁶ Par exemple, le ratio de détournement entre les entreprises A et B mesure la part des ventes perdue par l'entreprise A au profit de l'entreprise B quand l'entreprise A augmente le prix du produit pertinent.

5.16 Le Bureau évalue également si des rivaux sur le marché seront vraisemblablement incités à repositionner leurs produits pour contraindre l'exercice d'un pouvoir de marché qui pourrait autrement résulter de la fusion.⁶⁷ On tiendra également compte des vendeurs existants qui peuvent n'occuper qu'un créneau particulier du marché pertinent et on évaluera s'ils peuvent être considérés par un nombre suffisant d'acheteurs comme des concurrents.

Entreprises se distinguant principalement par leur capacité

5.17 Il peut être profitable d'augmenter les prix après une fusion si celle-ci élimine un vendeur vers lequel les acheteurs auraient pu se tourner en réaction à une augmentation des prix. Sur les marchés où les entreprises se distinguent principalement par leur capacité (et leurs produits sont relativement indifférenciés), une majoration des prix sera vraisemblablement profitable si des vendeurs de proches substituts ne peuvent pas absorber la demande détournée de l'entité fusionnée. Ceci se produit lorsque les vendeurs en place ont une capacité insuffisante pour absorber cette demande et qu'ils ne peuvent accroître cette capacité rapidement et à faible coût. Le Bureau évaluera donc si des contraintes liées à la capacité limitent l'efficacité des autres vendeurs en les empêchant d'offrir une quantité suffisante de produits pour empêcher l'entité fusionnée d'exercer un pouvoir de marché.⁶⁸

Effets coordonnés

5.18 Une fusion peut donner lieu à des effets coordonnés lorsqu'un groupe d'entreprises (dont l'entité fusionnée) peut adopter des comportements coordonnés qui servent leurs intérêts parce qu'elles réagissent de manière coopérative et conciliante aux comportements des autres membres du groupe. Le Bureau évalue si la fusion rendra l'adoption de tels comportements plus vraisemblable ou efficace.⁶⁹

5.19 Le comportement coordonné peut inclure des ententes tacites ou expresses concernant les prix, les niveaux de service, la répartition de la clientèle ou du

⁶⁷ Pour ce faire, le Bureau devra déterminer si le risque, les coûts irrécupérables et d'autres entraves à l'accès empêcheront vraisemblablement le repositionnement des produits ou l'élargissement de la gamme de produits.

⁶⁸ Par exemple, dans les cas où il existe des contingents d'importation ou des accords de restriction « volontaire » et que la quantité maximale permise par ces contingents ou ces accords est déjà atteinte avant la fusion, les fournisseurs étrangers seront soumis à des contraintes et ne pourront exporter au Canada des quantités supérieures à la quantité maximale permise pour profiter de la majoration des prix.

⁶⁹ Une fusion qui change la dynamique de la concurrence entre les entreprises peut donner lieu à l'adoption de comportements coordonnés sur des marchés où on n'observait pas de tels comportements avant la fusion. Il peut également se traduire par un renforcement de la coopération déjà existante sur un marché.

territoire ou toute autre dimension de la concurrence.⁷⁰ Les ententes tacites sont associées à une reconnaissance des entreprises, de façon mutuelle mais indépendante, qu'après la fusion, sous certaines conditions du marché, elles auront intérêt à se livrer une concurrence moins intense.

5.20 Un comportement coordonné pourrait être maintenu seulement lorsque :

- les entreprises sont capables :
- de reconnaître individuellement les avantages d'une ligne de conduite commune;
- de surveiller réciproquement leur comportement et de détecter des dérogations ;
- de réagir à toute action qui n'est pas compatible à la ligne de conduite commune en adoptant des mécanismes de dissuasion crédibles;⁷¹
- cette coordination n'est pas menacée par des facteurs externes tels la réaction des concurrents actuels ou potentiels ne faisant pas partie du groupe d'entreprises ayant des comportements coordonnés, ou la réaction des acheteurs.

5.21 Dans son analyse des effets concurrentiels, le Bureau examine si les conditions du marché permettront vraisemblablement qu'un comportement coordonné soit maintenu après la fusion.⁷² Même si la présence de certaines conditions (appelées facteurs facilitants) sur le marché permet de supposer que les entreprises ont la capacité de surmonter les obstacles au comportement coordonné, ni l'absence ni la présence d'un seul facteur ou d'un groupe de facteurs ne déterminent s'il y aura vraisemblablement un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence sur le marché.

5.22 En examinant si les entreprises sont capables de reconnaître de façon indépendante les avantages d'une ligne de conduite commune, le Bureau tient compte du degré d'homogénéité des produits et de symétrie des coûts des entreprises. Il est plus facile pour des entreprises de reconnaître qu'une ligne de conduite commune est rentable pour toutes les entreprises lorsque les produits sont homogènes et lorsque les entreprises ont des structures de coûts similaires. En revanche, les produits complexes, la différenciation des produits et les structures de coûts différentes font en sorte qu'il est plus difficile pour les entreprises de parvenir

⁷⁰ La communication entre des concurrents n'est pas une condition préalable à un comportement coordonné. Un comportement coordonné inclut des accords ou arrangements explicites entre des concurrents. Lorsque le Bureau apprend l'existence d'un tel comportement explicite dans un marché où le niveau de concentration est élevé, il entreprend généralement une enquête criminelle en vertu de la Loi.

⁷¹ Ces réactions, généralement appelées des punitions, peuvent prendre la forme de bas prix sur le marché pertinent ou sur d'autres marchés.

⁷² Voir par exemple, *Commissaire de la concurrence c. Abitibi-Consolidated*, Énoncé des motifs et des faits substantiels (18 décembre 2001) TC-2001/009 (Trib. conc.) par. 103.

à des lignes de conduite communes rentables. De même, l'innovation rapide et fréquente en matière de produits est moins propice à un comportement coordonné.

- 5.23 Les entreprises voulant maximiser les profits ont intérêt à déroger d'un comportement coordonné lorsque les profits escomptés de la dérogation sont supérieurs à ceux provenant de la ligne de conduite commune. Alors, en évaluant si la coordination est vraisemblable, le Bureau tient compte des facteurs qui pourraient avoir un effet sur des motifs de dérogation comme le volume et la fréquence des transactions ainsi que l'élasticité de la demande. Lorsque les transactions individuelles sont grandes et non fréquentes relativement à la demande globale du marché, les dérogations à un comportement coordonné sont plus rentables ce qui rend le comportement coordonné moins probable. Les profits disponibles résultant d'un comportement coordonné sont plus élevés pour les produits dont la demande est inélastique, ce qui rend le comportement coordonné réel plus probable.
- 5.24 Le Bureau prend également en considération si des entreprises peuvent surveiller un comportement coordonné et détecter des dérogations à un comportement coordonné. Ce faisant, le Bureau évalue le degré de transparence du marché.⁷³ Lorsque les participants au marché ont facilement accès aux renseignements sur les prix, les entreprises concurrentes et les conditions du marché, il est plus facile de surveiller les comportements coordonnés ce qui augmente la probabilité d'une coordination réelle. L'existence d'associations sectorielles qui facilitent la communication et la diffusion de l'information entre les membres peut aussi faciliter le comportement coordonné. Il est aussi pertinent d'analyser la stabilité des coûts sous-jacents des entreprises. Lorsque les coûts fluctuent, il peut être difficile de détecter si un changement de prix représente une dérogation à un comportement coordonné ou si c'est en réponse à un changement dans les conditions des coûts, ce qui rend une coordination réelle moins probable.
- 5.25 Une évaluation à savoir si des entreprises peuvent imposer des sanctions crédibles comprend un examen du degré de présence sur de multiples marchés des entreprises et du degré de capacité excédentaire qui existe. Lorsque les entreprises sont présentes sur de multiples marchés géographiques ou marchés du produit, il y a une plus grande possibilité de dissuader les entreprises de déroger à la ligne de conduite commune parce qu'il existe plus d'occasions de sanctionner les écarts de conduite. De même, la capacité excédentaire détenue par des entreprises à l'intérieur d'un groupe coordonné peut permettre à ces entreprises de

⁷³ Cela comprend entre autres des renseignements sur le niveau de service offert, les projets d'innovation, la qualité des produits, le choix des produits et le degré de publicité. La transparence du marché est généralement accrue par : l'établissement de prix à la livraison ou de prix déterminés en fonction d'un point de parité; la publication des prix; la distribution de listes de prix; la normalisation du produit, du service ou de l'emballage; l'échange de renseignements (par l'intermédiaire d'une association sectorielle, d'une publication spécialisée ou autre) concernant des facteurs tels le prix, la production, l'innovation, les appels d'offre gagnés ou perdus et le degré de publicité; la divulgation de ces renseignements par les acheteurs ou par des sources au sein du gouvernement; l'inclusion dans les contrats de clauses accordant un droit de premier refus ou de clauses de « la nation la plus favorisée ».

surapprovisionner le marché lorsqu'elles détectent des dérogations au prix convenu, décourageant ainsi les dérogations et rendant la coordination plus vraisemblable. Cependant, des entreprises qui disposent d'une capacité excédentaire pourront et auront aussi intérêt à déroger à un comportement coordonné en vendant leurs produits à un prix inférieur et pourront alors rendre ce comportement coordonné moins probable. Il est donc important de déterminer quelles entreprises disposent d'une capacité excédentaire, ainsi que leurs motivations économiques individuelles.

- 5.26 Les antécédents de collusion ou de coordination sur le marché sont aussi pertinents à l'analyse parce que le fait que, dans le passé, les entreprises aient maintenu un comportement de collusion ou de coopération signifie qu'elles ont déjà réussi à surmonter les obstacles à l'exercice d'un comportement coordonné.
- 5.27 Par opposition aux facteurs facilitants décrits auparavant, la concentration du marché et l'existence d'entraves à l'accès sont deux conditions nécessaires (mais non suffisantes) pour conclure qu'il y aura vraisemblablement un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence en raison de comportements coordonnés adoptés à la suite de la fusion.⁷⁴ Il est plus facile et moins coûteux pour des entreprises sur un marché de se livrer à un comportement coordonné si un petit nombre d'entreprises occupent une part importante de l'ensemble du marché. Par contre, les concurrents pourront difficilement maintenir un comportement coordonné sur un marché fortement concentré si une hausse des prix engendre une entrée de sérieux concurrents.
- 5.28 L'analyse des effets coordonnés comprend un examen de la façon dont la fusion change la dynamique de la concurrence sur le marché. Pour ce faire, le Bureau doit identifier les contraintes au comportement coordonné qui existaient avant la fusion et déterminer si la fusion réduit ou élimine ces contraintes.
- 5.29 Sur les marchés fortement concentrés, la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné peut néanmoins être limitée par le nombre d'entreprises existant avant la fusion. Une fusion peut éliminer cette contrainte en réduisant le nombre de concurrents sur le marché à un niveau où la coordination devient plus rentable que la concurrence.
- 5.30 Si les entreprises diffèrent grandement, la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné peut être limitée par l'incapacité des entreprises d'adopter une ligne de conduite commune qui sert les intérêts de chacune. Si la fusion a pour effet de réduire ou d'éliminer les asymétries qui existent entre l'entité fusionnée et ses concurrents, les entreprises pourront avoir plus de facilité à établir une ligne de conduite commune qui servira les intérêts de chacune après la fusion. À l'inverse, la

⁷⁴ Voir par exemple le communiqué de presse « Les Compagnies Loblaw Limitée - Acquisition de certains éléments d'actif du Groupe Oshawa Limitée dans les provinces de l'Atlantique », 16 octobre 1998, et le communiqué de presse « Dessaisissement : La solution aux préoccupations en matière de concurrence soulevées par les transactions de Loblaw », 12 août 1999.

fusion peut accroître les asymétries entre l'entreprise fusionnée et ses concurrents, rendant ainsi le comportement coordonné moins rentable, donc moins probable.

- 5.31 Avant la fusion, la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné peut être limitée par les activités d'un concurrent particulièrement dynamique et efficace (un « franc-tireur »).⁷⁵ L'acquisition d'un franc-tireur peut éliminer cette contrainte à la coopération en faisant en sorte que les concurrents soient moins incités à agir de façon audacieuse, augmentant ainsi la probabilité que les entreprises pourront adopter avec succès un comportement coordonné.
- 5.32 À l'inverse, la fusion peut ne pas éliminer le franc-tireur, mais plutôt empêcher son expansion ou son entrée sur le marché ou marginaliser son importance sur le marché, ce qui rend plus probable l'adoption avec succès de comportements coordonnés. Par exemple, une fusion peut avoir comme effet d'augmenter les coûts des rivaux en limitant l'accès à l'approvisionnement d'intrants nécessaires.
- 5.33 Le Bureau doit en outre évaluer dans quelle mesure les concurrents ne faisant pas partie du groupe d'entreprises ayant des comportements coordonnés ont la capacité d'offrir sur le marché géographique pertinent des quantités suffisantes du produit pertinent pour faire échec à l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché.

PARTIE 6 – ACCÈS

- 6.1 Un élément clé de l'analyse que mène le Bureau au sujet des effets sur la concurrence est la question de savoir si des concurrents éventuels seraient susceptibles de s'implanter rapidement sur le marché à une échelle et à une ampleur suffisantes pour empêcher une hausse appréciable de prix sur le marché pertinent ou sur une part sensible de celui-ci. En l'absence d'entraves à l'accès, les efforts de l'entité fusionnée en vue d'exercer un pouvoir de marché, que ce soit unilatéralement ou au moyen d'un comportement coordonné avec ses rivaux, risquent fort d'être bloqués par des entreprises qui :
- se trouvent déjà sur le marché pertinent et peuvent accroître leur production ou leurs ventes;⁷⁶
 - ne se trouvent pas sur le marché pertinent, mais poursuivent leurs activités sur d'autres marchés du produit ou d'autres marchés géographiques et peuvent transférer la production ou les ventes sur le marché pertinent; ou

⁷⁵ Un franc-tireur est une entreprise qui a une incitation disproportionnée à déroger à un comportement coordonné. Par exemple, une telle entreprise peut réaliser de plus grands gains en dérogeant, ou peut être moins vulnérable à des mécanismes de sanctions, si ses coûts sont plus bas que ceux de ses rivaux.

⁷⁶ Tout au long des présentes Lignes directrices, le mot « accès » englobe également l'expansion d'entreprises déjà présentes sur le marché. Il arrive souvent que les mêmes facteurs qui gênent les nouveaux arrivants limitent une expansion importante de la part de producteurs marginaux, même s'il se peut que, dans certains cas, les frais d'expansion des entreprises existantes soient inférieurs à ceux des nouveaux arrivants.

- peuvent commencer une toute nouvelle production ou de toutes nouvelles ventes sur le marché pertinent.

Conditions de l'accès

6.2 L'accès au marché ne peut restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché que s'il est viable.⁷⁷ Lorsqu'il est vraisemblable qu'une entreprise s'implantera rapidement à une échelle et une ampleur suffisantes, les efforts visant à augmenter les prix ne pourront probablement pas être maintenus, parce que les acheteurs du produit en question se tourneront vers d'autres sources d'approvisionnement.

Délai

6.3 Pour évaluer les conditions à l'accès, il importe de déterminer le temps que mettrait un concurrent éventuel pour réagir à une hausse appréciable de prix prévue à la suite de la fusion et pour devenir un concurrent efficace. En général, plus les concurrents éventuels ont besoin de temps pour devenir des concurrents réels, moins il est probable que les entreprises déjà établies seront dissuadées d'exercer un pouvoir de marché. Lorsqu'une hausse appréciable de prix survient sur un marché pertinent, il importe que les nouveaux arrivants puissent réagir et avoir une influence sur le prix dans un délai raisonnable. Selon l'analyse du Bureau, l'arrivée de nouvelles entreprises doit produire normalement des effets bénéfiques sur les prix en moins de deux ans.⁷⁸

Probabilité

6.4 En évaluant la vraisemblance d'une implantation future, le Bureau commence généralement son analyse en examinant les entreprises qui semblent avoir un avantage leur facilitant l'accès. Bien que d'autres sources de concurrence puissent aussi être pertinentes, les plus importantes sont notamment les suivantes :

- les entreprises marginales déjà présentes sur le marché;
- les entreprises qui vendent le produit pertinent dans des régions géographiques adjacentes;
- les entreprises qui fabriquent des produits à l'aide de machines ou d'une technologie similaires à celles qui sont employées pour la production du produit pertinent;

⁷⁷Comme le Tribunal l'a souligné dans *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 128, « Les éléments de preuve indiquant l'entrée en exploitation ne sont pas, en eux-mêmes, suffisants pour établir l'effet de limitation que peut avoir la concurrence sur l'imposition d'un prix *supra*concurrentiel ou l'exercice vraisemblable d'un pouvoir de marché ». Voir également *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. et al.*, (1992), 43 C.P.R. (3d.) 161 (Trib. conc.), (ci-après « *Southam* »), p. 280 et 284.

⁷⁸Voir note 19 *supra*. Voir aussi par exemple, *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 128, et *Hillsdown*, *supra* note 10, p. 326.

- les entreprises qui vendent sur les marchés connexes en amont ou en aval;
- les entreprises qui vendent en utilisant des canaux de distribution similaires;
- les entreprises qui emploient des méthodes de commercialisation ou de promotion semblables.

- 6.5 Un examen des entreprises qui se sont implantées sur un marché donné dans le passé et de celles qui l'ont quitté permet d'obtenir des données utiles sur la probabilité qu'une implantation se produise en temps opportun et à une échelle suffisante pour contrer l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité fusionnée. Toutefois, d'autres facteurs entrent aussi en ligne de compte à cet égard.⁷⁹
- 6.6 L'analyse vise à déterminer s'il est probable que de nouvelles entreprises chercheront à s'implanter sur le marché, compte tenu des engagements qu'elles doivent prendre, du temps dont elles ont besoin pour devenir des concurrents efficaces, des risques que cela implique et des bénéfices vraisemblables. Le Bureau examine tout retard ou préjudice auquel les nouvelles entreprises s'attendent à être exposées avant de devenir des concurrents efficaces ainsi que les coûts irrécupérables qui en découlent et les risques qui diminuent la probabilité d'une implantation future. Lorsqu'il évalue la probabilité d'une implantation future, le Bureau en évalue la rentabilité aux prix d'avant la fusion plutôt qu'aux prix probables d'après la fusion.

Suffisance

- 6.7 Lorsqu'il se demande si l'implantation sur le marché est susceptible de se produire à une échelle et à une ampleur qui seraient suffisantes pour éliminer une augmentation de prix appréciable, le Bureau examine ce que doivent faire les concurrents éventuels qui décident de s'implanter sur le marché. Par exemple, si un concurrent décide de s'implanter sur le marché à une échelle inférieure à l'échelle minimale viable, le Bureau n'estimera pas cette implantation suffisante pour éliminer une augmentation de prix appréciable car le nouvel arrivant sera incapable d'atteindre le niveau de ventes nécessaire pour atteindre la rentabilité aux prix d'avant la fusion. Les nouvelles entreprises qui cherchent à se différencier des autres en créant un créneau afin d'éviter une concurrence directe avec l'entité fusionnée ne réussiront peut-être pas non plus à restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché.

⁷⁹ Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 312, où le Tribunal a conclu que l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché avait été modeste et n'avait à peu près pas touché la part de marché des entreprises existantes. Il a donc mis en doute l'ampleur de l'implantation de nouvelles entreprises sur le marché.

Types d'entraves à l'accès

6.8 Les entraves à l'accès freinent la rapidité et réduisent la probabilité et l'ampleur de l'implantation. Elles peuvent prendre plusieurs formes, qu'il s'agisse de restrictions absolues qui font obstacle à l'accès, de coûts irrécupérables ou d'autres facteurs qui haussent les coûts et les risques liés à l'implantation et ont donc un effet dissuasif.⁸⁰ Bien que, dans certains cas, chacune des entraves ne suffise peut-être pas à elle seule à empêcher l'accès au marché, le Bureau examine l'influence de la totalité des entraves qui, ensemble, peuvent effectivement décourager l'accès.

Entraves réglementaires

6.9 Les types d'entraves qui sont décrites à l'alinéa 93d) de la Loi, soit les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international, les barrières interprovinciales au commerce et la réglementation de l'accès, peuvent donner aux entreprises existantes des avantages absolus au plan des coûts par rapport aux concurrents éventuels, lesquels avantages constituent pour ceux-ci des obstacles considérables et parfois insurmontables.⁸¹

Coûts irrécupérables

6.10 Des coûts irrécupérables importants affectent directement la probabilité d'une implantation et, lorsqu'ils existent, constituent une entrave majeure à l'accès.⁸² Les coûts sont irrécupérables lorsqu'ils ne peuvent être recouverts dans les cas où l'entreprise sort du marché. En général, étant donné que les décisions relatives à l'implantation sont habituellement prises dans un contexte où le succès est incertain, la probabilité d'une implantation future importante diminue à mesure que la valeur absolue des coûts d'accès irrécupérables relativement aux avantages prévus de l'implantation augmente. L'évaluation des coûts irrécupérables effectuée par le Bureau porte essentiellement sur une estimation des bénéfices d'une implantation, du temps dont la nouvelle entreprise aura besoin pour devenir un concurrent efficace, des chances de succès et de la mesure dans laquelle ces facteurs justifient les investissements nécessaires.

⁸⁰Comme cela a été mentionné dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd. (1992)*, 40 C.P.R. (3d) 289 (Trib. Conc.) (ci-après « *Laidlaw* »), à la page 331, même s'il peut être facile de démarrer une entreprise, les nouveaux arrivants peuvent avoir du mal à survivre pour plusieurs raisons, notamment le comportement stratégique des entreprises existantes. Voir l'annexe 1 pour d'autres commentaires au sujet du comportement stratégique. Voir également *Southam*, *supra* note 77, pp. 212 et 219.

⁸¹Voir par exemple *Bayer/Aventis – Exposé conjoint des faits*, par. 57 à 59, et *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 122.

⁸²Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 172-175, et *Canadian Waste*, *supra* note 14, par. 122.

- 6.11 Il arrive souvent que les nouveaux arrivants doivent engager divers coûts irrécupérables, notamment pour l'acquisition de renseignements sur le marché, la mise au point et les essais des produits, l'installation du matériel, l'embauche du personnel et la mise en place des systèmes de distribution. De plus, les entreprises qui voudraient s'implanter sur le marché pourraient être tenues d'absorber des coûts irrécupérables relativement importants afin :
- d'investir dans des éléments d'actif particuliers à ce marché et d'apprendre à optimiser l'emploi de ces éléments;
 - de surmonter les avantages liés à la différenciation du produit dont jouissent les entreprises en place;
 - de surmonter les inconvénients découlant du comportement stratégique des entreprises en place.
- 6.12 Comme l'indique la description plus détaillée qui figure à l'annexe 1, ces sources possibles de coûts irrécupérables peuvent entraver considérablement l'accès au marché lorsqu'elles obligent les nouveaux arrivants éventuels à tenir compte, dans leur décision, de coûts supérieurs à ceux que doivent supporter les entreprises en place, qui ont déjà absorbé leurs coûts irrécupérables et peuvent par conséquent les ignorer dans leurs décisions sur les prix.
- 6.13 L'investissement que la nouvelle entreprise doit faire pour se tailler une renommée comme vendeur fiable ou vendeur de qualité constitue lui aussi un coût irrécupérable qui peut devenir une entrave à l'accès lorsqu'il représente un élément clé pour attirer les acheteurs, notamment dans des domaines où le produit se compose en grande partie de services. Dans ces circonstances, en raison du délai inhérent à l'acquisition d'une bonne réputation, l'implantation rentable risque d'être plus difficile, ce qui retardera d'autant les effets qu'un nouvel arrivant pourrait avoir sur la concurrence.⁸³
- 6.14 Les contrats exclusifs à long terme qui prévoient le renouvellement automatique de l'entente, un droit de premier refus et des frais de résiliation peuvent constituer une entrave à l'accès. Les contrats comportant des caractéristiques qui limitent la capacité de l'acheteur de passer à un autre fournisseur peuvent compliquer la tâche des entreprises qui cherchent à se créer une base de clientèle suffisante pour exercer leurs activités de façon rentable sur au moins un marché (même lorsque les entraves à l'accès dans l'industrie sont par ailleurs relativement faibles) et rendre de ce fait l'implantation peu attrayante.⁸⁴ Les effets dissuasifs de ces contrats sont plus prononcés lorsque, par exemple, les économies de densité ou d'échelle sont

⁸³Voir par exemple *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 157. Voir également *Canada (Loi sur la concurrence, Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, (26 février 1997), TC-1994/003 (Trib. conc.).

⁸⁴Voir par exemple *Laidlaw*, supra note 80, p. 341, et *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 150.

importantes, rendant ainsi difficile pour les entreprises nouvelles ou plus petites l'atteinte d'une échelle minimale efficace.⁸⁵

Autres facteurs dissuasifs

- 6.15 Dans les marchés où les économies d'échelle sont importantes, l'entreprise qui souhaite s'implanter à petite échelle sur le marché aura peut-être du mal à y parvenir à moins de pouvoir exploiter avec succès un créneau. À l'inverse, l'implantation à grande échelle sur ces marchés pourrait avoir pour effet d'accroître la capacité d'approvisionnement à un niveau supérieur à la demande sur le marché, ce qui exercera une pression à la baisse sur les prix et diminuera l'attrait de l'implantation.⁸⁶
- 6.16 La maturité du marché peut également empêcher l'accès au marché. L'implantation sur un marché naissant ou en croissance, où la dynamique de la concurrence évolue généralement plus rapidement, peut être moins difficile et demander moins de temps. En revanche, dans le cas des marchés parvenus à maturité, la demande est généralement stagnante ou en déclin, de sorte qu'il est plus difficile pour les nouveaux arrivants éventuels de s'implanter de façon rentable, étant donné que leurs ventes doivent provenir de rivaux.⁸⁷
- 6.17 Les autres avantages au plan des coûts que possèdent les entreprises en place et qui peuvent avoir un effet dissuasif sur l'accès au marché comprennent les frais de transport, les coûts des investissements et le contrôle de l'accès à des ressources rares ou non reproductibles comme la technologie, les terrains, les ressources naturelles et les canaux de distribution.⁸⁸

PARTIE 7 – POUVOIR COMPENSATEUR

- 7.1 Lorsqu'il se demande si une fusion entraînera vraisemblablement une augmentation de prix appréciable, le Bureau évalue si un ou plusieurs acheteurs disposent d'un pouvoir compensateur leur donnant la capacité de restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché.⁸⁹ Dans les cas où les acheteurs disposent d'options plausibles, la

⁸⁵Voir par exemple *Laidlaw*, supra note 80, p. 347-348, et *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 134-135.

⁸⁶Voir par exemple *Directeur des enquêtes et recherches c. The NutraSweet Company* (1989), 32 C.P.R. (3d) (Trib. conc.) p. 26-27 et *Southam*, supra note 77, p. 281-282.

⁸⁷Voir par exemple *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 160.

⁸⁸ Même s'il est reconnu que les coûts des investissements ne constituent pas nécessairement à eux seuls une entrave absolue à l'accès, le besoin d'emprunter des capitaux peut avoir des répercussions majeures sur la rapidité de l'implantation.

⁸⁹ Bien qu'il ne soit pas mentionné de façon explicite dans le texte législatif, le pouvoir compensateur est examiné conformément à l'al. 93h) de la Loi. Le Bureau commente également cette question dans ses *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (Ottawa : Industrie

concentration desdits acheteurs peut avoir pour effet d'empêcher les augmentations de prix, de sorte qu'il sera difficile pour les vendeurs d'exercer un pouvoir de marché.⁹⁰

7.2 Les acheteurs peuvent restreindre de manière crédible la capacité du vendeur d'exercer ce pouvoir de marché dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- ils peuvent passer à d'autres vendeurs dans un délai raisonnable;
- ils peuvent procéder à une intégration verticale de leur entreprise sur le marché en amont;
- la promesse de commandes majeures peut produire l'expansion d'un joueur déjà en place ou peut ouvrir l'accès à un vendeur éventuel qui n'est pas déjà sur le marché, produisant de cette façon une toute nouvelle implantation.

7.3 Lorsque le marché pertinent est caractérisé par une discrimination par les prix, il se peut que certains acheteurs ne soient pas en mesure de compenser les effets d'un exercice de pouvoir de marché bien que d'autres acheteurs puissent le faire. Ainsi, l'entité fusionnée pourra peut-être augmenter les prix qu'elle demande aux petits acheteurs n'ayant pas nécessairement la possibilité de procéder à une intégration verticale de leur entreprise, même s'il est probable que les grands acheteurs disposant de cette option pourront s'opposer à cette augmentation. En pareil cas, le pouvoir compensateur ne suffira peut-être pas à empêcher l'entité fusionnée d'exercer un pouvoir de marché sur une partie importante du marché.⁹¹

PARTIE 8 – L'EXCEPTION D'EFFICIENCE

Aperçu

8.1 L'article 96 de la Loi prévoit une exception aux dispositions de l'article 92 au titre de l'efficience. Dans les cas où une fusion se traduit par la création, le maintien ou l'accroissement d'un pouvoir de marché, le paragraphe 96(1) établit un cadre d'analyse dans lequel les gains en efficience susceptibles d'être réalisés au Canada

Canada, 2001) à la page 2. Dans les situations de monopsonne où un acheteur peut exercer un pouvoir de marché en faisant baisser les prix, le Bureau évaluera si un ou plusieurs vendeurs disposent d'un pouvoir compensateur leur donnant la capacité de restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché.

⁹⁰ Voir le communiqué de presse – « Le directeur ne s'oppose pas à l'acquisition de Manalta par Luscar », 11 septembre 1998, et l'avis d'information « *Le Bureau de la concurrence ne contestera pas la fusion de Fording dans l'industrie du charbon* », 15 avril 2003.

⁹¹ Il y aurait peut-être lieu de se demander si la formation d'un groupement d'achats composé de petits acheteurs constitue une option plausible au sens où ce groupement pourrait posséder un pouvoir compensateur.

par suite de la fusion sont comparés aux effets anticoncurrentiels qu'entraînera vraisemblablement celle-ci.⁹²

- 8.2 Comme point de départ, lorsqu'il cherche à déterminer les effets anticoncurrentiels pertinents aux fins de l'analyse, le Bureau reconnaît l'importance de tous les objets de la Loi qui sont énoncés à l'article 1.1 de celle-ci.⁹³
- 8.3 En général, les catégories d'efficacité qui sont pertinentes pour l'analyse comparative au cours de l'examen d'une fusion comprennent :
- l'efficacité de la répartition des ressources : la mesure dans laquelle les ressources dont dispose la société sont affectées à leur emploi le plus valable;
 - l'efficacité technique (efficacité de la production) : la création d'un volume donné d'extrants au plus bas coût possible au plan des ressources;
 - l'efficacité dynamique : le lancement optimal de nouveaux produits et procédés de production au fil du temps.
- 8.4 Ces catégories sont examinées tant au plan des gains en efficacité qu'au plan des effets anticoncurrentiels (qui comprennent les pertes d'efficacité).
- 8.5 Pour les fins de l'analyse comparative dans le cadre des litiges portés devant le Tribunal, le Bureau doit démontrer les effets anticoncurrentiels de la fusion. Pour leur part, les parties à la fusion doivent établir tous les autres aspects de l'analyse comparative, y compris la nature, l'ampleur et la probabilité des gains en efficacité ainsi que la mesure dans laquelle ces gains surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels.⁹⁴ Que la fusion en question fasse ou non l'objet d'un litige, le Bureau cherche à obtenir, aux fins de l'analyse, des renseignements des parties à la fusion et d'autres sources afin de pouvoir évaluer à la fois les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels.
- 8.6 Les parties à la fusion sont encouragées à présenter au Bureau leurs arguments au sujet de l'efficacité tôt au cours de l'examen de la fusion, de manière à favoriser une évaluation rapide de la nature et de l'ampleur des gains en efficacité ainsi que de la comparaison des gains en efficacité pertinents et des effets anticoncurrentiels.

⁹² Le Tribunal a examiné la nature de l'exception d'efficacité dans la décision *Hillsdown*, *supra* note 10. Il l'a fait, de même que la Cour d'appel fédérale, dans quatre décisions rendues dans l'instance de *Supérieur Propane*. Bien que la jurisprudence existante indique jusqu'à un certain point les principes relatifs à l'interprétation et à l'application de l'article 96, elle ne précise pas comment l'analyse doit être menée dans tous les cas.

⁹³ *Supérieur Propane Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)* (2001), 11 C.P.R. (4^e) 289 (CAF) (ci-après « CAF1 »), par. 88.

⁹⁴ CAF1, *supra* note 93, par. 154

Gains en efficience

- 8.7 Pour être pris en compte en vertu du paragraphe 96(1), les gains en efficience doivent être des gains qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance (du Tribunal) était rendue ». Dans ce contexte, il est nécessaire d’examiner la nature des ordonnances possibles, que celles-ci visent l’ensemble de la fusion ou certaines parties seulement. Par la suite, il faut évaluer chacun des gains en efficience escomptés pour savoir si ce gain serait vraisemblablement réalisé par d’autres moyens dans les cas où l’ordonnance demandée serait rendue.⁹⁵ Lorsque l’ordonnance sollicitée vise certaines parties seulement de la fusion, l’analyse comparative ne couvrira pas les gains en efficience qui ne sont pas touchés par l’ordonnance.⁹⁶
- 8.8 Afin de faciliter son examen des gains en efficience allégués, le Bureau exige des renseignements décrivant la nature et l’ampleur précises de chaque type de gains en efficience escomptés. Ces renseignements devraient aussi traiter de la probabilité que ces gains soient réalisés et des raisons pour lesquelles ils ne seront vraisemblablement pas réalisés si les ordonnances possibles du Tribunal sont rendues.
- 8.9 Pour permettre la confirmation objective des gains en efficience prévus, les allégations de gains devraient être appuyées dans la mesure du possible par des documents préparés dans le cours normal des activités. Il peut s’agir de relevés comptables, par usine et par entreprise, d’études internes, de plans stratégiques, de plans d’intégration, d’études de conseillers en gestion et d’autres données disponibles.
- 8.10 Suivant le paragraphe 96(2), le Tribunal doit déterminer si la fusion entraînera vraisemblablement les gains en efficience décrits au paragraphe 96(1) qui se traduiront (i) en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations ou (ii) en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers. Afin de collaborer à cette analyse, les entreprises actives sur des marchés caractérisés par des échanges internationaux devraient fournir au Bureau des renseignements indiquant si la fusion entraînera un accroissement de leur production en raison d’une augmentation des exportations ou d’une substitution des importations.⁹⁷

⁹⁵ Lorsque des gains en efficience seraient vraisemblablement réalisés de toute façon, mais que la fusion permet de les réaliser plus tôt, ce gain de temps sera pris en compte dans le cadre de l’analyse.

⁹⁶ Cette question est commentée plus longuement ci-après, sous la rubrique Types de gains en efficience généralement exclus.

⁹⁷ Dans ce contexte, l’accroissement de la production n’est généralement possible que dans les cas où une diminution correspondante du prix est observée.

Types de gains en efficacité généralement pris en compte dans l'analyse comparative

8.11 Dans le cadre de son évaluation des gains en efficacité, le Bureau examine les allégations que la fusion donnera vraisemblablement lieu à des gains en efficacité de la production et à des gains en efficacité dynamique.

Gains touchant l'efficacité de la production

8.12 Les gains touchant l'efficacité de la production découlent d'économies de ressources réelles, qui permettent aux entreprises de produire davantage d'extrants ou des extrants de meilleure qualité avec la même quantité d'intrants. Dans bon nombre de cas, ces gains en efficacité peuvent être mesurés de manière quantifiable, vérifiés objectivement et corroborés par des données techniques, comptables ou autres. Il est possible de prendre en compte les écarts temporels touchant la réalisation de ces économies en les ramenant à des valeurs actuelles.

8.13 Les sources de l'efficacité de la production comprennent :

- les économies de coûts variables et de coûts fixes à l'échelle des produits, de l'usine et de plusieurs usines;⁹⁸
- les économies associées à l'intégration de nouvelles activités au sein de l'entreprise;⁹⁹
- les économies découlant du transfert de techniques de production et de savoir-faire supérieurs d'une des parties à la fusion à l'autre.¹⁰⁰

8.14 Lorsqu'il évalue les économies de coûts, qu'ils soient variables ou fixes, le Bureau examine les allégations concernant :

- les économies d'échelle, soit les réductions du coût unitaire moyen à l'échelle des produits et de l'usine grâce à un accroissement de la production;

⁹⁸ Tant les économies de coûts variables que les économies de coûts fixes sont pertinentes aux fins de l'analyse, parce qu'elles donnent lieu à un surplus du producteur (même s'il est reconnu que, généralement, seules les économies de coûts variables (c.-à-d. marginaux) entraînent des réductions de prix).

⁹⁹ Ces économies comprennent la diminution des coûts associés à des aspects comme la sous-traitance en matière d'intrants, de distribution et de services qui étaient auparavant exécutés par des tierces parties. Toutefois, comme le Tribunal l'a souligné dans *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 364-366, ces économies ne couvrent pas les économies de nature financière comme celles découlant de la mise en service de matériel non utilisé, lorsque cette capacité est transférée de l'entité fusionnée à des tierces parties.

¹⁰⁰ Bien que des économies de cette nature puissent exister, il sera généralement difficile de prouver qu'une « gestion supérieure » donnera lieu à des gains en efficacité, ou que les économies sont explicitement attribuables au rendement de la gestion ou ne seraient vraisemblablement pas recherchées et réalisées par d'autres moyens.

- les économies de gamme, soit les économies qui se produisent lorsque la production simultanée plutôt que séparée de plusieurs produits à un niveau donné permet de réduire leur coût de production;
- les économies de densité, soit les économies qui découlent de l'utilisation plus intensive d'une infrastructure de réseau donnée;
- les économies liées à la spécialisation, à l'élimination des doublons, à la réduction du temps d'arrêt, à la réduction de la gamme de pièces de rechange, à la réduction des stocks et à l'évitement de dépenses en immobilisations qui auraient autrement été nécessaires;
- les économies liées à la spécialisation des usines, à la rationalisation des diverses fonctions d'administration et de gestion (p. ex., ventes, commercialisation, comptabilité, achats, finances et production) et à la rationalisation des activités de recherche et de développement;
- les économies liées à la distribution, à la publicité et aux activités de financement.

Gains touchant l'efficacité dynamique

8.15 Le Bureau examine également les allégations selon lesquelles la fusion a donné ou donnera vraisemblablement lieu à des gains touchant l'efficacité dynamique, y compris les gains découlant d'un lancement optimal de nouveaux produits, de l'élaboration de procédés de production plus efficaces et de l'amélioration de la qualité des produits et du service. Il est reconnu que l'efficacité dynamique est cruciale à la fois pour l'évolution générale de la concurrence et pour la compétitivité internationale des industries canadiennes. Étant donné que les gains en efficacité dynamique sont habituellement extrêmement difficiles à quantifier, le Bureau se base surtout sur les documents préparés dans le cours normal des affaires pour évaluer la validité de ces allégations. C'est l'aspect qualitatif qui est généralement pris en compte dans l'examen des gains touchant l'efficacité dynamique.

Déductions de gains en efficacité

8.16 Une fois que tous les gains en efficacité allégués ont été évalués, les frais de restructuration et les autres frais à engager pour réaliser les gains en efficacité sont déduits de la valeur totale des gains en efficacité qui sont pris en compte en vertu du paragraphe 96(1).¹⁰¹ L'intégration des opérations de deux entreprises complexes aux cultures organisationnelles différentes peut être coûteuse et se solder par un échec. Les coûts d'intégration sont déduits des gains en efficacité.¹⁰²

¹⁰¹ Voir par exemple *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 340 et 380, où le Tribunal a déduit certains frais de gestion, parce qu'ils représentaient des paiements de rémunération se rapportant à l'exécution de services de gestion supplémentaires.

¹⁰² Les pertes d'efficacité dynamique décrites au par. 8.30 peuvent aussi être déduites des gains en efficacité à ce stade de l'analyse dans la mesure où elles ne sont pas comptabilisées deux fois.

Types de gains en efficience généralement exclus de l'analyse comparative

8.17 L'analyse comparative ne couvre pas nécessairement tous les gains en efficience allégués. Le Bureau ne tient pas compte :

- des gains qui seraient vraisemblablement réalisés en tout état de cause par d'autres moyens si les ordonnances possibles étaient rendues¹⁰³ (par exemple, une croissance interne, une fusion avec une tierce partie,¹⁰⁴ une coentreprise, une entente de spécialisation, une licence, une location ou une autre entente contractuelle);¹⁰⁵
- des gains qui ne seraient pas touchés par une ordonnance, dans les cas où l'ordonnance recherchée vise seulement certaines parties de la fusion;¹⁰⁶
- des gains provenant d'une redistribution, comme le prévoit le paragraphe 96(3) de la Loi (notamment les gains dont on prévoit qu'ils découleront d'une augmentation du pouvoir de négociation qui permettra aux parties à la fusion d'obtenir des concessions salariales ou des remises des fournisseurs non justifiées par les prix de revient,¹⁰⁷ et les gains à caractère fiscal);¹⁰⁸
- des économies qui découlent d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou du choix des produits.

Effets anticoncurrentiels

8.18 Selon le paragraphe 96(1), les gains en efficience doivent être comparés aux « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé ». Les effets à examiner ne se limitent pas aux effets sur la répartition des ressources; ils

¹⁰³ Voir *Supérieur Propane, supra* note 8, par. 349-352, où le Tribunal a indiqué qu'on doit démontrer si l'entité fusionnée prendrait vraisemblablement ou non d'autres mesures en cas de dessaisissement complet (c'est-à-dire en l'absence de la fusion).

¹⁰⁴ Seules les autres propositions de fusion, dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elles se réalisent si les ordonnances possibles étaient rendues, seront prises en compte.

¹⁰⁵ Les réalités du marché de l'industrie visée seront prises en compte lors de l'examen de la question de savoir s'il est raisonnable de s'attendre à ce que des catégories particulières d'efficience soient possibles par des moyens autres que la fusion. Ces réalités comprennent les perspectives de croissance du marché en question, le degré de capacité excédentaire qui le caractérise et la possibilité de réaliser l'expansion par étapes.

¹⁰⁶ Les gains en efficience qui sont escomptés sur d'autres marchés et qui sont inextricablement liés aux gains en efficience que l'ordonnance interdirait sur le marché pertinent pourront également être pris en compte, dans les cas où ces gains en efficience ne pourraient être réalisés non plus si l'ordonnance était rendue.

¹⁰⁷ Les remises découlant de commandes plus importantes qui permettraient au fournisseur de réaliser des économies d'échelle, de réduire les frais de transaction ou de réaliser d'autres économies pourront être prises en compte, lorsqu'il est possible de démontrer les économies réalisées par le fournisseur. Voir par exemple *Supérieur Propane, supra* note 8, par. 346-348.

¹⁰⁸ Voir par exemple *Supérieur Propane, supra* note 8, par. 376.

englobent tous les effets anticoncurrentiels qui résulteront vraisemblablement de la fusion, compte tenu de l'ensemble des objets énoncés à l'article 1.1 de la Loi.¹⁰⁹ La détermination des effets anticoncurrentiels pertinents dépend des circonstances propres à la fusion en question et des marchés qu'elle touche.

- 8.19 Le Bureau examine tous les effets sur les prix et les autres effets pertinents, notamment les effets négatifs sur l'efficacité de la répartition des ressources, l'efficacité de la production et l'efficacité dynamique, les effets sur la redistribution, et les effets sur le service, la qualité et le choix des produits.
- 8.20 En plus des effets directs sur le marché pertinent, le Bureau examine les effets sur les prix et les autres effets sur les marchés interreliés. Ainsi, les fusions qui donneront vraisemblablement lieu à une majoration des prix et à une baisse de la production peuvent toucher tant les industries nationales qu'exportatrices qui se servent des produits de l'entreprise fusionnée comme intrants.
- 8.21 Quelques exemples d'effets anticoncurrentiels pouvant découler d'une fusion sont donnés ci-dessous. Cette liste n'est pas exhaustive. Même si, dans certains cas, les effets négatifs d'une fusion peuvent être difficiles à quantifier, tous les effets anticoncurrentiels pertinents d'une fusion sont examinés dans le cadre de l'analyse comparative. Lorsque ces répercussions ne peuvent être quantifiées (comme les effets sur la redistribution et les effets qui ne sont pas liés aux prix), elles sont examinées d'un point de vue qualitatif.

Effets sur les prix

Perte touchant l'efficacité de la répartition des ressources (perte sèche)

- 8.22 Une fusion qui donne lieu à une augmentation de prix entraîne un effet négatif sur la répartition des ressources (appelé «perte sèche»), qui consiste en une réduction de la somme des surplus du producteur et du consommateur au Canada. Il s'agit là d'une perte touchant l'efficacité de la répartition des ressources qui, loin de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, va à l'encontre de celles-ci.
- 8.23 Étant donné qu'il est difficile de parvenir à une estimation précise de l'ampleur de l'augmentation de prix qu'entraînera vraisemblablement la fusion et d'autres variables, on effectue habituellement plusieurs estimations de la perte sèche sur une série d'augmentations de prix et de niveaux d'élasticité de la demande sur le marché.
- 8.24 L'estimation de la perte sèche couvre généralement :
- les pertes du surplus du consommateur qui découlent des diminutions de la production imputables à la fusion;
 - les pertes du surplus du producteur qui se produisent lorsqu'un pouvoir de marché est exercé sur le marché pertinent avant la fusion;

¹⁰⁹ CAF1, *supra* note 93, par. 92.

- les pertes des surplus du consommateur et du producteur qui se produiront vraisemblablement sur les marchés interreliés.¹¹⁰

Effets sur la redistribution

- 8.25 Les augmentations de prix découlant d'une fusion anticoncurrentielle entraînent un effet de redistribution (« transfert des richesses ») des acheteurs aux vendeurs. Un des objectifs importants de la Loi est d'assurer aux acheteurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.¹¹¹ En conséquence, le Bureau examine l'importance du transfert des richesses aux fins de l'analyse comparative.
- 8.26 Il existe différentes façons de prendre en compte le transfert des richesses lors de l'évaluation d'une fusion. Une des façons consiste à chercher à connaître les « effets socialement défavorables » du transfert, c'est-à-dire à quantifier la partie de celui-ci qui est considérée défavorable au plan social.¹¹² Dans ce contexte, il y aurait lieu d'examiner, notamment, des renseignements détaillés concernant le type de biens produits par les parties à la fusion, la nature des acheteurs desdits produits, les usages auxquels ceux-ci sont destinés et les profils socioéconomiques des acheteurs en question.
- 8.27 D'autres méthodes d'évaluation du transfert des richesses peuvent être appropriées, selon les circonstances propres à chaque cas.

Effets sur des aspects autres que les prix

Diminution du service, de la qualité et du choix

- 8.28 L'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence par suite d'une fusion peut avoir des répercussions négatives sur le service, la qualité, le choix des produits et toute autre dimension de la concurrence à laquelle les acheteurs

¹¹⁰ Par exemple, lorsque l'entreprise fusionnée produit des biens intermédiaires qui sont utilisés comme intrants pour la production d'autres produits, les augmentations de prix touchant les biens en question peuvent donner lieu à une inefficience de la répartition des ressources sur d'autres marchés.

¹¹¹ La Cour d'appel fédérale a en effet reconnu les « objectifs de protection du consommateur de la Loi », l'importance de « la disponibilité pour les consommateurs d'un choix de marchandises à des prix compétitifs » lors de la détermination des effets à examiner en vertu de l'article 96 et la nécessité de tenir compte des intérêts des « consommateurs des produits de l'entité fusionnée » dans l'analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels. Voir CAF1, *supra* note 93, par. 100, 103, 88 et 109.

¹¹² C'est ce qu'a fait le Tribunal dans la décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, où il a accordé une pleine importance uniquement aux effets socialement défavorables du transfert. Voir Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. (4 avril 2002), TC-1998/002 (Trib. conc.) (ci-après « Décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane* »). La Cour d'appel fédérale a conclu que le Tribunal possédait le pouvoir discrétionnaire voulu pour procéder de cette façon dans cette affaire. Voir Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. (2003) 23 C.P.R. (4^e) 316 (CAF) (ci-après « CAF2 »).

accordent de l'importance. La prise en compte de ces effets va de pair avec l'objectif qui consiste à assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Perte touchant l'efficacité de la production

8.29 Les fusions qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence peuvent également avoir pour effet de réduire l'efficacité de la production, en raison de la dispersion des ressources par suite d'une inefficacité x ¹¹³ et d'autres distorsions.¹¹⁴ Ainsi, il peut y avoir inefficacité x lorsque les entreprises, notamment celles qui se trouvent sur des marchés monopolistiques ou quasi monopolistiques, ne subissent pas les pressions concurrentielles qui les forceraient à optimiser leur efficacité.

Perte touchant l'efficacité dynamique

8.30 Les fusions qui se produisent dans un marché très concentré peuvent avoir pour effet de réduire le rythme d'innovation et de changement technologique ainsi que la diffusion de nouvelles technologies, ce qui risque de se traduire par une perte du surplus économique.¹¹⁵

L'analyse comparative

8.31 Pour respecter les exigences de l'article 96, les gains en efficacité doivent à la fois « surpasser et neutraliser » les effets anticoncurrentiels pertinents.

8.32 Le mot « surpasser » signifie que les gains en efficacité doivent être plus étendus ou d'une plus grande ampleur que les effets anticoncurrentiels. Quant au mot « neutraliser », il signifie que les gains en efficacité doivent contrebalancer les effets anticoncurrentiels.¹¹⁶

8.33 Tant les gains en efficacité que les effets anticoncurrentiels peuvent comporter des aspects quantitatifs (mesurés) et qualitatifs. Pour que les comparaisons soient significatives, il convient de tenir compte des écarts temporels entre les gains en efficacité futurs prévus et les effets anticoncurrentiels en les ramenant à des valeurs actuelles.¹¹⁷

¹¹³ L'« inefficacité x » désigne habituellement la différence entre l'efficacité de la production maximale (ou théorique) qu'une entreprise peut atteindre et celle qui est effectivement réalisée.

¹¹⁴ Par exemple, l'accroissement du pouvoir de marché peut donner lieu à un comportement typique de maximisation de la rente (comme le lobbying), lequel peut faire en sorte que les ressources économiques réelles soient affectées à des activités visant à redistribuer le revenu plutôt qu'à produire des extrants réels.

¹¹⁵ Les pertes d'efficacité dynamique peuvent être considérées dans le cadre des effets anticoncurrentiels ou elles peuvent être déduites des gains en efficacité tel que mentionné au par. 8.16, dans la mesure où elles ne sont pas comptabilisées deux fois.

¹¹⁶ Voir par exemple *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 449.

¹¹⁷ Voir par exemple *Supérieur Propane*, supra note 8, par. 371.

- 8.34 À l'heure actuelle, il n'existe aucun fondement législatif permettant de présumer une grille de pondération fixe des effets sur la redistribution, des pertes sèches et des gains en efficience.¹¹⁸ Cette pondération dépend 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.¹¹⁹
- 8.35 Les parties à la fusion qui ont l'intention d'invoquer l'exception des gains en efficience devraient indiquer comment à leur avis les gains et effets qualitatifs et quantitatifs devraient être combinés et pondérés aux fins de l'analyse tant de l'aspect « surpasser » que de l'aspect « neutraliser »; elles devraient aussi expliquer la façon dont les gains compensent les effets anticoncurrentiels et la raison pour laquelle il en est ainsi.¹²⁰

PARTIE 9 – DÉCONFITURE DE L'ENTREPRISE

Déconfiture de l'entreprise et éléments d'actif sortants

- 9.1 Selon l'alinéa 93b) de la Loi, un des facteurs pertinents quant à l'analyse d'une fusion et de ses effets sur la concurrence réside dans « la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable, de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise, d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé ». La clause introductive de l'article 93 signifie qu'on doit tenir compte de cette information « Lorsque [le Tribunal] détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence... ». L'incidence que peut avoir le départ d'une entreprise sur autre chose que la concurrence est généralement hors de l'étendue de l'examen envisagé à l'alinéa 93b).
- 9.2 La déconfiture probable d'une entreprise ne peut constituer un moyen de défense pour une fusion susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Par ailleurs, la perte d'influence concurrentielle réelle ou future d'une entreprise en déconfiture n'est pas attribuée à la fusion lorsque la déconfiture imminente est probable et que, en l'absence de la fusion, les actifs de l'entreprise seraient vraisemblablement retirés du marché pertinent. Les parties à la fusion qui entendent invoquer les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture sont encouragées à en faire état le plus tôt possible.
- 9.3 Une entreprise est considérée comme une entreprise en déconfiture dans les cas suivants :
- elle est insolvable ou le deviendra vraisemblablement;¹²¹

¹¹⁸ Décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, *supra* note 112, par. 371.

¹¹⁹ *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 461

¹²⁰ CAF1, *supra* note 93, par. 88, 92 et 109.

¹²¹ L'entreprise se trouve dans un état d'insolvabilité technique lorsque son passif dépasse la valeur de réalisation de ses éléments d'actif ou lorsqu'elle n'est pas en mesure de payer ses dettes à l'échéance.

- elle a entamé ou entamera vraisemblablement une procédure de faillite volontaire;
- elle a été mise sous séquestre ou en faillite, ou le sera vraisemblablement.

9.4 Lorsque le Bureau évalue dans quelle mesure la déconfiture d'une entreprise est probable, il examine normalement les renseignements et les documents suivants :

- les états financiers vérifiés les plus récents, y compris les notes afférentes et les réserves dans le rapport du vérificateur;
- la marge brute d'autofinancement projetée;
- si un des prêts de l'entreprise a été appelé au remboursement ou si de nouveaux prêts simples ou avancés sur marge de crédit à des taux viables ont été refusés et ne peuvent pas être obtenus ailleurs;
- si les fournisseurs ont réduit ou éliminé le crédit commercial;
- s'il y a eu des pertes d'exploitation persistantes ou une baisse importante de la valeur nette ou de l'actif de l'entreprise;¹²²
- si ces pertes ont été accompagnées d'une érosion de la position relative de l'entreprise sur ce marché;
- l'importance des activités de financement hors bilan de l'entreprise comme le crédit-bail;
- si la valeur des titres de créance de l'entreprise qui sont négociés sur le marché public a baissé de façon significative;
- si l'entreprise n'est vraisemblablement pas en mesure de se restructurer avec succès conformément à la législation canadienne ou étrangère en matière de faillite ou à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou encore au moyen d'une proposition concordataire.

9.5 Ces facteurs s'appliquent également aux allégations liées à une déconfiture concernant une division ou une filiale en propriété exclusive d'une entreprise plus grande. Toutefois, lors de l'évaluation de ces allégations, une attention particulière est accordée aux prix de transfert à l'intérieur de la plus grande entreprise, à la répartition des coûts au sein de l'entreprise, aux frais de gestion, aux redevances et aux autres aspects pouvant être pertinents dans ce contexte. De tels paiements ou frais sont généralement examinés relativement aux valeurs des transactions sans lien de dépendance équivalentes.

9.6 Normalement, on présumera que les points abordés dans les états financiers ont été vérifiés objectivement si les états ont été vérifiés ou préparés par une personne qui est indépendante de l'entreprise qui invoque la déconfiture. Dans le cadre de son évaluation des renseignements financiers, le Bureau examine les états des résultats et les bilans passés, actuels et prévisionnels. Il se demande aussi si les

¹²² Les pertes d'exploitation persistantes n'indiqueront pas nécessairement qu'il y a déconfiture, particulièrement dans les cas de démarrage d'entreprise, où ces pertes peuvent être normales, voire prévues.

hypothèses sous-jacentes aux prévisions financières sont raisonnables, eu égard aux résultats passés, à la conjoncture économique du moment et au rendement d'autres entreprises dans l'industrie.

Solutions de rechange à la fusion

9.7 Avant de conclure qu'une fusion mettant en cause une entreprise ou division en déconfiture n'aura vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Bureau se demande si l'une ou l'autre des solutions de rechange à la fusion existe et est susceptible d'entraîner un niveau de concurrence nettement supérieur à celui qui existera dans l'éventualité où la fusion proposée a lieu.¹²³

Acquisition par un acheteur préférable sur le plan de la concurrence

9.8 Le Bureau cherche à savoir s'il existe une tierce partie (un « acheteur préférable sur le plan de la concurrence ») qui pourrait acheter l'entreprise ou la division en déconfiture ou les avoirs de production de celle-ci dans le cadre d'une opération qui déboucherait vraisemblablement sur un niveau de concurrence nettement plus élevé sur une part sensible du marché.¹²⁴ De plus, une telle tierce partie devrait être disposée à payer un prix qui, en excluant les coûts requis pour réaliser la vente¹²⁵, serait supérieur au produit de la liquidation, en excluant les coûts de liquidation (appelé « prix net au-dessus de la valeur de liquidation »).¹²⁶ Lorsque la réponse à cette question est affirmative, on peut généralement s'attendre à ce que si la fusion à l'étude ne puisse être menée à terme, l'entreprise achetée cherchera soit à fusionner avec cet acheteur préférable sur le plan de la concurrence, soit à se maintenir sur le marché. Si le Bureau n'est pas convaincu qu'une recherche exhaustive a été menée en vue de trouver un acheteur préférable sur le plan de la concurrence, il demandera l'intervention d'un tiers indépendant (comme un courtier

¹²³ Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Canadian Pacific Ltd.*, Avis de demande (20 décembre 1996), TC-1996/002 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476. (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1993), 49 C.P.R. (3d) 7 (Trib. conc.); communiqué de presse 89-22, « Aucune opposition au fusionnement de Wardair et PWA », 24 avril 1989; communiqué de presse, « Le Bureau de la concurrence annonce qu'il ne s'opposera pas à l'acquisition des Lignes aériennes Canadien, 21 décembre 1999).

¹²⁴ Le Bureau se demande si la tierce partie est capable d'exercer une influence significative sur le marché. Lorsqu'un autre acheteur n'a pas l'intention de conserver les éléments d'actif de l'entreprise en déconfiture sur le marché pertinent, le Bureau cherche à savoir jusqu'à quel point le pouvoir de marché découlant de la première proposition de la fusion sera vraisemblablement inférieure à ce qu'elle serait si l'autre fusion avait lieu.

¹²⁵ Ces coûts comprennent entre autres les obligations environnementales courantes, les obligations fiscales, les commissions reliées à la vente, les coûts de séparation et autres coûts reliés à la main d'oeuvre.

¹²⁶ La valeur de liquidation se définit comme le prix de vente des éléments d'actif suite à des procédures de faillite ou de forclusion.

en valeurs immobilières, un fiduciaire ou un courtier qui n'a aucun intérêt important à l'endroit des parties à la fusion ou de la proposition en question) de mener cette recherche avant d'accepter l'argument de déconfiture de l'entreprise.

Réduction des activités

9.9 Lorsqu'il ressort que l'entreprise restera vraisemblablement sur le marché plutôt qu'être vendue à un acheteur préférable sur le plan de la concurrence ou d'être liquidée, il est nécessaire de déterminer si cette solution de rechange à la fusion proposée entraînera vraisemblablement un niveau de concurrence nettement supérieur à celui qui existerait si la fusion avait lieu. L'entreprise qui se trouve dans une situation difficile peut parfois éviter la déconfiture et survivre comme concurrent réel en réduisant l'étendue de ses activités, par exemple, en mettant fin à la vente de certains produits ou à la vente dans certaines régions géographiques ou encore en rationalisant ses activités.

Liquidation

9.10 Lorsque le Bureau est en mesure de confirmer qu'il n'existe pas d'acheteur préférable sur le plan de la concurrence pour l'entreprise en déconfiture et qu'il n'existe pas de scénario de réduction des activités réalisable et vraisemblable, il évalue si la liquidation de l'entreprise pourrait vraisemblablement se traduire, sur une part sensible du marché, par un niveau de concurrence nettement plus élevé que celui qui existerait si la fusion en question avait lieu. Dans certains cas, la liquidation peut faciliter l'accès à un marché ou l'expansion sur le marché en permettant à des concurrents réels ou potentiels de se disputer davantage la clientèle ou les éléments d'actif de l'entreprise en déconfiture que si celle-ci fusionnait avec l'acquéreur proposé.

PARTIE 10 – FUSIONS VERTICALES

10.1 Une fusion verticale implique la combinaison d'éléments d'actif d'une entreprise vendant un produit à une entreprise qui achète le produit. Les fusions verticales impliquent donc généralement des entreprises qui exploitent des marchés pertinents différents et ne peuvent ainsi mener à une augmentation de la concentration sur un marché pertinent. Les fusions verticales peuvent soulever des préoccupations lorsqu'elles ont pour effet d'accroître les entraves à l'accès ou de faciliter le comportement coordonné.¹²⁷ En plus des conditions décrites ci-dessous, le Bureau analyse les effets sur la concurrence de ces fusions en examinant la concentration du marché, la concurrence réelle qui reste, la disponibilité de substituts acceptables,

¹²⁷ De plus, une fusion verticale pourrait empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence en interdisant l'accès à des canaux de production ou de distribution augmentant ainsi les coûts des rivaux.

l'accès, les changements et les innovations, ainsi que la disparition d'un concurrent dynamique et efficace.

Entraves accrues à l'accès

- 10.2 Une fusion verticale peut donner lieu à des préoccupations lorsque après l'élimination d'une source indépendante d'approvisionnement en amont (ou de distribution en aval), il ne reste qu'une faible capacité non intégrée à l'un ou l'autre des niveaux auxquels une des parties à la fusion exerce ses activités (c'est-à-dire des secteurs de l'industrie). Plus précisément, il y a lieu de s'inquiéter lorsque la capacité non intégrée à un des niveaux (le marché secondaire) est suffisamment réduite pour qu'une entreprise qui s'implante sur un marché à l'autre niveau (le marché primaire) juge nécessaire de s'implanter aussi sur le marché secondaire. En général, lorsque ces implantations simultanées sur le marché primaire et un marché secondaire entraînent des coûts irrécupérables supérieurs à ceux qui sont nécessaires pour s'implanter sur le marché primaire seulement, les entraves à l'accès au marché primaire sont effectivement accrues.¹²⁸ Un tel accroissement des entraves à l'accès ne peut soulever des préoccupations en vertu des dispositions de la Loi sur les fusions que lorsque l'implantation ainsi entravée par la fusion verticale aurait autrement exercé une influence limitative importante sur les prix du marché.
- 10.3 Dans ces conditions, le Bureau ne conclura probablement pas qu'une fusion verticale aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, sauf dans les cas suivants :
- la fusion rend improbable une nouvelle implantation sur le marché primaire à une échelle suffisante pour éliminer une hausse appréciable de prix dans un délai de deux ans, en raison de la nécessité pour l'entreprise en question de s'implanter aussi sur le marché secondaire;
 - la fusion facilitera vraisemblablement l'exercice du pouvoir de marché sur le marché primaire en l'absence de cette implantation.
- 10.4 Pour décider si l'implantation simultanée sera plus difficile ou moins rentable, le Bureau se demande si les entreprises qui s'implantent sur le marché dans ces circonstances devront vraisemblablement supporter des coûts en immobilisation plus élevés que ceux des entreprises en place, étant donné le risque plus élevé d'essayer de s'implanter avec succès à deux niveaux. Le Bureau évalue également la différence entre les niveaux de l'échelle minimale efficace sur les marchés primaire et secondaire et se demande si cette différence imposera vraisemblablement des coûts supplémentaires relativement importants à l'entreprise qui s'implante à deux niveaux.

¹²⁸ Voir l'annexe 1.

Effets coordonnés facilités par l'intégration verticale

- 10.5 La fusion qui entraîne un degré élevé d'intégration verticale ou qui a pour effet d'accroître le degré d'intégration verticale existant entre un marché en amont et un marché de vente au détail en aval peut favoriser un comportement coordonné entre des entreprises du marché en amont en facilitant le contrôle des prix demandés par des entreprises rivales en amont.
- 10.6 Dans ces conditions, une fusion n'aura en règle générale vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, sauf dans les cas suivants :
- les prix auxquels les transactions sont effectivement conclues au niveau du commerce de détail sont plus visibles que les prix des transactions en amont;
 - les conditions régnant sur le marché en amont conduisent par ailleurs à l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché;
 - le pourcentage de production vendue en aval par l'entremise d'entreprises non intégrées est si faible que, après la fusion, les ventes à ces entreprises à des conditions pouvant être dissimulées n'auront vraisemblablement pas pour effet d'empêcher l'imposition d'une hausse appréciable de prix et le maintien de ces prix pendant deux ans.
- 10.7 Une fusion verticale pourrait aussi favoriser un comportement coordonné entre des entreprises du marché en aval en augmentant la transparence (grâce à une capacité d'observer les augmentations d'achats d'intrants) ou fournissant des moyens supplémentaires de décourager ou de sanctionner des dérogations (en limitant l'approvisionnement en intrants).

PARTIE 11 – FUSIONS EN CONGLOMÉRAT

- 11.1 Une fusion en conglomérat est une fusion entre des entreprises qui ne se font pas concurrence sur un même marché pertinent ou sur des marchés pertinents qui sont reliés verticalement.¹²⁹ Des fusions en conglomérat pourraient donner lieu à des préoccupations si, en l'absence de la fusion, une des parties à celle-ci s'était vraisemblablement implantée sur le marché comme une toute nouvelle entreprise.¹³⁰ Dans ces circonstances, l'examen porte sur la question de savoir s'il est probable que les prix seront nettement plus élevés sur une part sensible du marché pendant plus de deux ans qu'ils ne le seraient si la fusion n'avait pas lieu. Ainsi, des préoccupations pourraient être soulevées lorsqu'une entreprise qui

¹²⁹ L'analyse d'une fusion impliquant des produits complémentaires, qui est un type de fusion en conglomérat, peut soulever des questions semblables à celles découlant de fusions verticales identifiées à la partie 10. Les produits complémentaires sont des produits que les acheteurs utilisent ensemble comme des photocopieurs et du papier.

¹³⁰ Voir aussi la discussion sur l'empêchement de la concurrence aux par. 2.10-2.12.

exerce un pouvoir de marché sur un marché pertinent acquiert une entreprise qui se trouve sur un marché adjacent et qui a fait connaître son intention de s'implanter sur le marché pertinent en essayant de négocier des contrats favorables avec des clients de l'entreprise en place. Inversement, un effet anticoncurrentiel semblable est possible lorsqu'une grande entreprise qui aurait pu autrement s'implanter sur le marché pertinent comme une toute nouvelle entreprise (qui aurait pu augmenter la capacité et introduire une source nouvelle et indépendante de concurrence) remplace simplement une entreprise importante déjà établie sur le marché grâce à une fusion.

- 11.2 Afin de déterminer si l'implantation d'une toute nouvelle entreprise aurait vraisemblablement lieu en l'absence de la fusion, le Bureau examine généralement des renseignements comme des documents internes antérieurs à la fusion, des documents sur les récentes initiatives de l'entreprise en vue de contester le marché, des demandes d'autorisation réglementaire ou d'octroi de licence, ou encore l'enregistrement de droits de propriété intellectuelle.

ANNEXE I : RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES SUR LES COÛTS IRRÉCUPÉRABLES

A.1 La présente annexe comporte une description plus détaillée de la façon dont les sources possibles de coûts irrécupérables dont il est fait mention à la partie 6 peuvent dissuader une nouvelle entreprise de s'implanter sur le marché. Les coûts irrécupérables sont importants dans le cadre de l'analyse de l'accès car, lorsqu'ils existent, ils donnent un avantage lié aux coûts aux entreprises existantes, qui peuvent ignorer ces coûts lors de leurs décisions relatives aux prix, puisqu'elles les ont déjà absorbés.

Éléments d'actif particuliers au marché et apprentissage

A.2 L'implantation sur le marché nécessitant des investissements qui comportent des coûts irrécupérables peut devenir moins attrayante en raison de l'effet de l'implantation elle-même sur les prix. Des prix plus bas peuvent avoir un effet dissuasif pour deux grandes raisons. D'abord, lorsque des économies d'échelle, de gamme ou de densité considérables existent les entreprises susceptibles de s'implanter sur le marché reconnaîtront que la production ajoutée au marché par un nouvel arrivant à une échelle minimale efficace exercera une pression à la baisse sur les prix.¹³¹ Plus le ratio de l'échelle minimale efficace à la production totale du marché est élevé, plus l'effet de compression des prix attribuable à une implantation à cette échelle est grand et moins il est vraisemblable que cette implantation aura lieu.

A.3 De plus, les arrivants éventuels reconnaissent que les entreprises existantes qui cherchent à maximiser leurs profits peuvent agir de façon à avoir une incidence sur le prix qui aura cours après l'implantation. Plus précisément, les entreprises en place peuvent rendre l'implantation infructueuse en maintenant leur production à des niveaux qui donnent lieu à des prix inférieurs aux coûts totaux moyens à long terme des arrivants éventuels, ce qui comprend les coûts irrécupérables qui devront être engagés lors de l'implantation sur le marché.¹³² Cet effet dissuasif est accentué par l'accroissement des risques et l'incertitude découlant du fait que les entreprises en place mènent une lutte farouche pour défendre leur position sur le marché,

¹³¹ Voir par. 8.14 de ces Lignes directrices. Des économies d'échelle, de gamme et de densité peuvent aussi être réalisées relativement à d'autres aspects d'une entreprise, comme la distribution, la commercialisation et la gestion. Tel qu'il est mentionné dans *Laidlaw* (voir *supra* note 80), la nécessité pour une entreprise d'établir une densité des points de collecte de l'itinéraire pour être rentable peut dissuader cette entreprise de s'implanter.

¹³² Pour les entreprises en place, ces coûts irrécupérables ont déjà été absorbés et ils ne sont donc plus pertinents dans leurs décisions sur les prix. Ce n'est pas le cas pour les nouveaux arrivants. C'est cette asymétrie entre les entreprises en place et les nouveaux arrivants qui confère l'avantage aux premières.

notamment lorsque celui-ci est stable ou en baisse ou qu'elles possèdent une capacité excédentaire importante.¹³³

- A.4 L'évaluation de l'accès porte également sur la question de savoir si l'existence d'avantages que les entreprises en place acquièrent avec l'expérience aura vraisemblablement pour effet de dissuader une nouvelle entreprise de s'implanter sur le marché. Sur certains marchés, le nombre d'années à consacrer à la mise au point des usines et à l'acquisition d'une expérience essentielle en matière de production et de commercialisation ou de tout autre savoir-faire nécessaire peut décourager, voire empêcher une tentative d'implantation. Sur d'autres marchés, l'implantation peut être dissuadée ou empêchée du fait que les connaissances peuvent être acquises uniquement d'une manière telle que les entreprises susceptibles de s'implanter ne peuvent pas s'attendre de manière réaliste à rattraper les entreprises en place dans un avenir prévisible.

Différenciation de produits

- A.5 Les entreprises tentent habituellement de différencier leurs produits de plusieurs façons, notamment :

- en offrant des produits dont la nature physique est différente (au plan de leurs caractéristiques, de leur durabilité et de leur qualité);
- en offrant des services supérieurs avant et après la vente, y compris des garanties;
- en vendant à partir de points qui sont plus faciles d'accès ou qui exigent moins de frais de transport que les points de vente rivaux;
- en créant des caractéristiques subjectives, notamment par la commercialisation, la publicité, l'étiquetage et l'emballage.

- A.6 Lorsque les produits sont effectivement différenciés, les acheteurs ne restent généralement pas indifférents lorsqu'il s'agit de choisir entre des produits de marque et des produits sans marque. Lorsqu'ils trouvent une marque qu'ils aiment, ils font souvent de cette marque la référence par rapport à laquelle ils jugent les produits des nouveaux arrivants. Essentiellement, les acheteurs deviennent fidèles à la marque, laquelle fidélité est généralement motivée par une expérience passée satisfaisante et par l'assurance de la qualité que représente cette marque. À son tour, cette assurance de qualité est habituellement renforcée par la publicité et d'autres formes de promotion.

- A.7 Lorsqu'ils sont relativement fidèles à une marque, les acheteurs sont souvent réticents à l'idée de se tourner immédiatement vers un nouveau produit en réaction à une augmentation de prix appréciable. Cette réticence peut être accrue par le risque important lié à l'achat d'un nouveau produit dans les cas suivants :

¹³³ Étant donné que de nombreux marchés canadiens ne peuvent accommoder qu'un petit nombre d'entreprises en raison de l'existence d'économies d'échelle, il arrive souvent que cette source d'entraves à l'accès soit alléguée devant le Bureau.

- ce produit est un élément d'un processus de production qui devra être arrêté si le produit en question ne fonctionne pas comme prévu;
- les acheteurs revendent le produit en question et doivent donc mettre leur réputation en jeu;
- il s'agit d'un produit dont l'essai coûte cher;
- il s'agit d'un bien durable qu'on n'achète pas souvent;
- la ponctualité de la livraison et l'assistance technique après-vente sont importantes.

A.8 Pour convaincre les acheteurs d'essayer leurs produits, les nouveaux arrivants doivent souvent offrir un prix plus bas ou un produit supérieur ou s'engager dans des activités de publicité et de promotion plus importantes et plus fréquentes que les entreprises en place. Chacune de ces sources d'asymétrie entre les nouveaux arrivants et les entreprises en place peut donner lieu à des coûts irrécupérables supplémentaires qui ont habituellement pour effet de dissuader ou de retarder l'implantation. Il en est ainsi notamment lorsque les marchandises sont achetées en libre-service ou lorsqu'il en coûte relativement cher pour obtenir des renseignements sur un produit et son rendement par rapport à d'autres produits existants sur le marché pertinent.

A.9 Ces inconvénients augmentent à mesure que la proportion de l'ensemble de la production du marché qui correspond à l'échelle minimale efficace s'accroît. En bref, plus les ventes à réaliser pour atteindre l'échelle minimale efficace augmentent, plus les coûts irrécupérables que devra engager le nouvel arrivant sous forme de remises sur les prix, de frais de publicité et de frais liés à d'autres modes de promotion seront élevés.¹³⁴ En outre, plus le niveau de l'échelle minimale efficace sera élevé, plus les entreprises susceptibles de s'implanter sur le marché craindront vraisemblablement de ne pas atteindre un niveau de ventes suffisant pour justifier l'engagement de ces coûts irrécupérables ou seront exposées à des coûts irrécupérables supplémentaires en raison de la crainte que les acheteurs ne leur réservent un accueil lent.

Comportement stratégique

A.10 Plusieurs types de comportement stratégique ont pour effet d'imposer des coûts irrécupérables aux nouveaux arrivants ou de retarder la capacité d'un nouveau concurrent d'éliminer une augmentation de prix appréciable. Ce comportement peut se manifester avant ou après l'implantation sur le marché et n'est pas nécessairement destiné à dissuader de nouvelles entreprises de s'implanter.

A.11 Lors de l'évaluation de la mesure dans laquelle une augmentation de prix appréciable aura vraisemblablement pour effet d'entraîner une implantation à une

¹³⁴ Il est important de reconnaître qu'il existe souvent des économies d'échelle dans la publicité qui désavantagent les nouveaux arrivants jusqu'à ce qu'ils atteignent le niveau de ventes pour lequel leur coût de publicité unitaire est comparable à celui des entreprises en place.

échelle et une ampleur suffisantes pour éliminer une augmentation de prix de cette nature dans un délai de deux ans, une attention particulière est accordée à la question de savoir s'il est probable que l'implantation sera empêchée ou retardée par un ou plusieurs des facteurs suivants :

- des ententes existantes de ventes liées ou d'exclusivité;
- des acheteurs qui s'exposent à des coûts de substitution élevés;¹³⁵
- des contrats existants qui sont par nature des contrats à long terme ou qui comportent des clauses de droit de premier refus ou de renouvellement automatique;
- des investissements importants par les entreprises existantes dans la recherche et le développement ou dans la publicité, que ces investissements soient réels ou probables;
- des entreprises en place qui occupent les créneaux de produits ou les régions géographiques les plus importants;
- des entreprises en place qui ont acquis des brevets relatifs à une variété de méthodes de fabrication d'un produit;
- des entreprises en place qui ont signalé, par leur réaction aux tentatives d'implantation passées, qu'elles utiliseront leur capacité excédentaire pour faire baisser les prix en réaction à une nouvelle tentative de cette nature;
- une réaction vigoureuse attendue des entreprises en place pour défendre leurs positions respectives sur le marché.¹³⁶

¹³⁵ Les fournisseurs peuvent imposer des coûts de substitution importants aux acheteurs de plusieurs façons, notamment en accordant des rabais ou des remises sous réserve d'une fidélité totale ou d'un engagement à long terme, en exigeant des dommages-intérêts déterminés élevés en cas de rupture de contrat, en obligeant l'acheteur à acheter leur équipement ou à apposer la marque de commerce du produit pertinent sur l'emballage à la revente ou encore en manipulant la compatibilité des composantes des produits. Voir par exemple, *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 147.

¹³⁶ Voir par exemple *Supérieur Propane*, *supra* note 8, par. 152 - 153.