

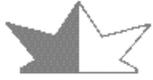
Le Groupe de travail
sur l'avenir du
secteur des services
financiers canadien

Enjeux liés à la politique sur la concurrence

par
Donald G. McFetridge

Septembre 1998

Document de recherche préparé pour le Groupe de travail
sur l'avenir du secteur des services financiers canadien



Le Groupe de travail
sur l'avenir du
secteur des services
financiers canadien

Enjeux liés à la politique sur la concurrence

par
Donald G. McFetridge

Septembre 1998

Document de recherche préparé pour le Groupe de travail
sur l'avenir du secteur des services financiers canadien

**Les points de vue exprimés dans ces documents
de recherche n'engagent que leurs auteurs;
ils ne reflètent pas nécessairement l'opinion du Groupe de
travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien.
Le chercheur a produit en anglais la version originale
du document, et l'auteur n'a pas
été en mesure d'en réviser la traduction.**

Numéro de catalogue : BT22-61/3-1998F-2
ISBN 0-662-83152-7

Pour obtenir d'autres exemplaires de ce document,
veuillez vous adresser au :
Centre de distribution
Ministère des Finances
300, avenue Laurier ouest
Ottawa K1A 0G5

Téléphone : (613) 995-2855
Télécopie : (613) 996-0518

Également disponible sur Internet à l'adresse
<http://groupetravailsservfin.fin.gc.ca>

This publication is also available in English.



Table des matières

I. Introduction et cadre	7
II. Examen des fusions au Canada	9
Dispositions de la Loi sur la concurrence en matière de fusions.....	9
Fusions : Lignes directrices pour l'application de la Loi (Lignes directrices)	9
Application des dispositions de la Loi sur la concurrence aux fusions.....	10
Ressources utiles pour l'application de la Loi	10
Activités d'examen des fusions en général	11
Fusions dans le secteur des services financiers	12
Affaires abandonnées après l'expression de craintes par le directeur.....	12
Engagements antérieurs et postérieurs à la réalisation	13
Restructuration antérieure à la réalisation	13
Engagements postérieurs à la réalisation.....	14
Décisions du Tribunal de la concurrence en matière de fusions.....	16
Décisions contestées.....	16
Hillsdown	17
Southam.....	19
Ordonnances par consentement.....	30
Procédures arrêtées.....	36
Observations relatives au processus d'examen des fusions	37
Réformes proposées en matière de procédure : Bureau de la concurrence	39
Réformes proposées en matière de procédure : Tribunal de la concurrence	39
Répercussions sur l'examen des fusions dans le secteur des services financiers... ..	40
III. Le point de vue du bureau de la concurrence au sujet de la concurrence dans le secteur des services financiers	46
Fusions de banques	46
Définition du marché et sélection.....	47
Seuils de concentration.....	50
Questions non abordées.....	50
Questions non liées aux fusions	52
IV. Politique concernant les fusions de banques aux États-Unis	54
Introduction.....	54
Définition du marché géographique.....	57
Définition du marché de produit	59
Résumé du point de vue du DOJ et du CRF en matière de définition de marché.....	61
Matrices de part et de concentration du marché (IHH).....	61

Enjeux de l'application de l'analyse des fusionnements au secteur bancaire	65
Mesures de redressement	68
V. Évaluation du fusionnement de banques en Australie et au Royaume-Uni	73
La Commission Wallis chargée du processus d'examen des fusionnements de banques en Australie	73
La décision de l'ACCC du sujet du fusionnement de Westpac Banking Corporation et de la Banque de Melbourne	74
Point de vue général	74
Définition du marché	75
Matrice de concentration	76
Facteurs influant sur la concurrence	77
Conclusion	79
Répercussions au Canada	79
La loi sur la concurrence et le secteur bancaire au Royaume-Uni	80
VI. Questions relatives au pouvoir de marché	83
Preuves empiriques d'exercice du pouvoir de marché dans le secteur bancaire	83
Leçon tirée de la théorie	88
Preuves de l'effet de fusionnements de banques sur les prêts aux petites entreprises	89
VII. Les gains en efficience	93
Les gains en efficience dans le secteur des services financiers	93
Fusionnements comme source de gains en efficience	94
Preuves récentes de gains en efficience dans le secteur bancaire	97
Les gains en efficience dans la législation portant sur la concurrence	102
Écarts de traitement des gains en efficience à l'échelle internationale dans la législation régissant la concurrence	102
Fusionnements	102
Restrictions horizontales	102
Restrictions verticales	104
Abus de position dominante	104
La défense fondée sur les gains en efficience dans le cadre des fusionnements au Canada	105
Défense fondée sur les gains en efficience dans les lois	105
Fusionnements – Lignes directrices pour l'application de la Loi	105
Interprétation des Lignes directrices	106
Exportations et substitution des importations	108
Le Tribunal de la concurrence et l'article 96	109
Gains en efficience découlant de fusionnements dans le secteur des services financiers : enjeux probables en matière de concurrence	111
Gains en efficience, compétitivité et intérêt public	113

Compétitivité internationale	113
Gains en efficacité et intérêt public.....	114
Critères de l'intérêt public dans d'autres pays	114
Conclusion.....	116
VIII. Restrictions verticales.....	117
Ventes liées et pratiques connexes	117
Les enjeux.....	117
Définition des ventes liées.....	117
Le contexte des ventes liées	118
L'aspect économique des ventes liées.....	119
Les ventes liées dans la Loi sur la concurrence	122
Les ventes liées dans le mémoire du Bureau de la concurrence au Groupe de travail	124
La notion de vente liée abusive	126
Analyse des ventes liées aux États-Unis	128
Les ventes liées en vertu de la loi antitrust des États-Unis	128
Ventes liées en vertu de la Bank Holding Company Act.....	129
Ventes liées au Canada.....	131
Télé-Direct	131
Opportunisme fondé sur la clientèle installée	133
Pertinence par rapport aux services financiers.....	133
Principale affaire aux États-Unis : Kodak	134
Les répercussions de la décision Kodak	137
L'affaire Digital au Canada	137
Répercussions des affaires Télé-Direct et Digital compte tenu de la décision Kodak	139
Conclusions	140
IX. Abus de position dominante.....	142
Introduction	142
Les dispositions de la Loi sur la concurrence en matière d'abus de position dominante	142
Dispositions de la Loi sur la concurrence touchant les pratiques anticoncurrentielles.....	142
Conditions relatives à une réduction sensible de la concurrence.....	143
Interprétation des articles 78 et 79	145
Affaires d'abus de position dominante tranchées par le Tribunal	146
Décisions contestées	146
Ordonnances par consentement	147

Jurisprudence découlant des affaires d'abus	148
Définition du marché de produit	148
Définition du marché géographique.....	151
Entraves à l'accès	153
Théories de l'interaction du marché.....	153
Affaires portant sur les gains en efficacité découlant de l'abus de position dominante...	154
Interac	156
Conclusions	158
X. Conclusions	160
Questions et réponses	160
Bibliographie	173

I. Introduction et cadre

La présente étude vise à déterminer dans quelle mesure la loi et la politique relatives à la concurrence permettent d'examiner des questions touchant la concurrence dans le secteur des services financiers. L'auteur évalue la capacité de ces mécanismes de favoriser la prise d'une bonne décision au sujet des fusionnements de banques dans l'éventualité où il seraient autorisés. Cette évaluation suppose une certaine évolution du contexte stratégique actuel, mais elle ne constitue pas une recommandation visant la modification de ce contexte. Plus particulièrement, si l'on envisage la possibilité de demander au Bureau de la concurrence et, peut-être, au Tribunal de la concurrence, d'évaluer le fusionnement de deux des six grandes banques, l'on suppose que la politique du ministère des Finances et la règle concernant la propriété des banques de l'annexe I sont telles qu'un fusionnement serait possible. Il ne s'agit pas de *réclamer* des modifications à la règle des 10 %. En général, la présente étude porte sur l'application réelle ou éventuelle de la législation régissant la concurrence, compte tenu du cadre de réglementation *actuel*.

Dans certains cas, cette législation serait évidemment plus efficace si certains règlements étaient modifiés. Elle pourrait également ne pas constituer le mécanisme idéal, et une modification à un règlement pourrait davantage permettre d'assurer la performance du marché. Par exemple, dans bon nombre de secteurs, la libéralisation du commerce et l'élimination de règlements qui restreignent l'accès constituent la meilleure politique de concurrence. L'auteur ferait preuve de négligence s'il ne le mentionnait pas.

La présente étude renferme des conclusions au sujet de l'efficacité de la *Loi sur la concurrence* comme mécanisme visant à encourager la concurrence au moyen de l'examen des fusionnements et du contrôle de la conduite anticoncurrentielle. Quatre questions seront abordées. La première consiste à déterminer si le Bureau de la concurrence, le Tribunal de la concurrence et les tribunaux ont bien traité les questions de concurrence en général depuis la modification de la *Loi sur la concurrence*, en 1986. Deuxièmement, il importe de préciser si ces institutions ont bien examiné les questions de concurrence dans le secteur des services financiers, ou sont susceptibles de le faire. Troisièmement, le Groupe de travail pourrait-il recommander des améliorations aux processus ou des modifications aux textes réglementaires pour accroître l'efficacité des mécanismes en place, plus particulièrement pour encourager la concurrence dans le secteur des services financiers? Quatrièmement, il convient de déterminer si l'efficacité de la législation et de la politique de concurrence comme mécanismes serait sensiblement améliorée par la participation d'un organisme de réglementation spécialisé dans la concurrence au sein du secteur des services financiers et par l'intégration, à la *Loi sur la concurrence* ou à d'autres lois, de dispositions touchant la concurrence dans ce secteur.

À l'heure actuelle, le Bureau de la concurrence et le ministre des Finances exercent tous deux leurs compétences en matière de concurrence dans le secteur des services financiers. Cette situation a soulevé la question de savoir s'il serait préférable de faire trancher les questions de concurrence par un organisme de réglementation spécialisé dans le secteur des services financiers ou par un organisme de réglementation générale de la concurrence, ou par les deux. Il est important de comprendre que conclure que le Bureau de la concurrence doit être le seul

organisme compétent en matière de concurrence n'équivaut pas à déclarer que les banques de l'annexe I ne fusionneront pas ou ne devraient pas fusionner. Cette question relève de la compétence du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence. Le présent rapport décrit la façon dont ces institutions sont susceptibles d'analyser les enjeux de la concurrence. L'auteur y fait ressortir les points de vue litigieux. Il n'anticipe pas les conclusions que pourraient tirer ces instances dans une situation particulière.

Si les institutions qui appliquent actuellement la législation sur la concurrence sont éventuellement autorisées à examiner la concurrence dans le secteur des services financiers, il subsistera la question des rapports avec l'organisme de réglementation prudente et tout autre organisme de réglementation chargé de surveiller d'autres aspects non liés à la concurrence, comme l'investissement étranger et l'emploi. Bien que l'auteur du présent rapport émette certains points de vue au sujet de ces questions, il ne traite pas en détail des formes de supervision réglementaire ne relevant pas de la concurrence, s'il en est, et de leurs rapports avec les organismes compétents en matière de concurrence.

La présente étude comporte neuf points d'analyse principaux. Des conclusions sont tirées dans l'ensemble du texte et elles sont également groupées à la fin de l'étude. Les sujets abordés dans l'étude sont les suivants :

- l'examen des fusionnements au Canada;
- la démarche proposée par le Bureau de la concurrence en matière d'examen des fusionnements de banques au Canada;
- l'examen des fusionnements de banques aux États-Unis;
- l'examen des fusionnements de banques en Australie;
- l'examen des fusionnements de banques au Royaume-Uni;
- des études portant sur l'exercice du pouvoir de marché dans le secteur des services financiers;
- les gains en efficience dans le secteur des services financiers;
- les restrictions verticales dans le secteur des services financiers;
- l'abus de la position dominante dans le secteur des services financiers.

II. Examen des fusionnements au Canada

Dispositions de la Loi sur la concurrence en matière de fusionnements

La *Loi sur la concurrence* (la Loi) prévoit l'examen civil des fusionnements par le Tribunal de la concurrence, qui se compose de profanes et de juges de la Cour fédérale. À la demande du directeur des enquêtes et recherches (le fonctionnaire fédéral chargé de l'application de la *Loi sur la concurrence*), le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance d'interdiction ou de dessaisissement au sujet d'un fusionnement qui, à son avis, est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

La Loi comporte trois dispositions relatives aux fusionnements qui la distinguent des lois des autres pays. Premièrement, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché (par. 92(2)). Deuxièmement, lorsqu'il détermine si un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal doit tenir compte de la structure et de facteurs de conduite comme la portée de la concurrence étrangère, la déconiture vraisemblable de l'entreprise d'une partie au fusionnement, la disponibilité de substituts acceptables, les entraves à l'accès à un marché, la concurrence résiduelle, la possibilité que le fusionnement entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et la portée de tout changement ou innovation sur le marché (art. 93). Troisièmement, si le Tribunal conclut qu'un fusionnement est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, les entreprises parties au fusionnement ont accès à un mécanisme de défense fondé sur les gains en efficacité, en vertu de l'article 96 de la Loi. Cet article ordonne au Tribunal de refuser de rendre l'ordonnance d'interdiction ou de dessaisissement demandée par le directeur si les gains en efficacité qui ne sont pas réalisés surpassent et neutralisent les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulterait du fusionnement.

Fusionnements : Lignes directrices pour l'application de la Loi (Lignes directrices)

En 1991, le directeur des enquêtes et recherche (le directeur) a publié des lignes directrices sur la façon d'interpréter les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de fusionnements¹. En général, ces lignes directrices sont semblables aux *Horizontal Merger Guidelines* publiées par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission des États-Unis². Les Lignes directrices adoptent le point de vue du monopoleur hypothétique pour définir le marché

¹ Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, Fusionnements : Lignes directrices pour l'application de la Loi*, Approvisionnement et Services Canada, 1991.

² Division Antitrust du Département de la Justice des États-Unis / Federal Trade Commission, *1992 Horizontal Merger Guidelines*, Registre fédéral 57:41552-41563.

géographique et le marché de produit (partie 3)³. Elles définissent la zone sûre d'un fusionnement, lorsque la part du marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35 % au motif de l'exercice unilatéral du pouvoir de marché et lorsque le ratio de concentration des quatre plus grandes entreprises sur le marché est inférieur à 65 % et que la part du marché de l'entité fusionnée est inférieure à 10 % aux motifs de l'exercice en interdépendance du pouvoir de marché (partie 4.2). L'exercice en interdépendance du pouvoir de marché est considéré comme plus probable lorsque les conditions de vente (prix, rabais, frais de livraison et caractéristiques des produits) sur le marché pertinent sont transparentes (c'est-à-dire lorsque les concurrents peuvent facilement les observer) (partie 4.10.1). L'exercice en interdépendance du pouvoir de marché est également réputé plus probable lorsque la valeur d'une vente type est faible et que les achats sont fréquents et réguliers (partie 4.10.2).

Une entrave à l'accès est réputée exister si une augmentation de prix appréciable ne serait pas anéantie par de nouveaux arrivants pendant deux ans (partie 4.6). Pour évaluer les conditions d'accès, on insiste sur les engagements spéciaux que doit prendre un nouvel arrivant (et qui donnent lieu à des coûts irrécupérables) et sur les facteurs susceptibles de retarder l'accès réel.

Pour assurer une défense fondée sur les gains en efficience, les entreprises parties à une fusion doivent prouver que les gains en efficience quantifiables qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance demandée par le directeur était rendue dépassent les effets quantifiables d'une diminution de la concurrence, et que les gains en efficience non quantifiables (efficience dynamique, par exemple) compensent les effets non quantifiables de la diminution (diminution de la qualité du service, par exemple) (partie 5.4). Les effets quantifiables de l'empêchement ou de la réduction de la concurrence sont définis comme la perte sèche du surplus découlant de l'exercice du pouvoir de marché par l'entité fusionnée (partie 5.5). Les effets de redistribution ne sont pas pris en compte.

Application des dispositions de la Loi sur la concurrence aux fusionnements

Ressources utiles pour l'application de la Loi

Les ressources dont dispose le Bureau de la concurrence pour exécuter le mandat que lui confère la Loi ont diminué quelque peu ces dernières années, comme en fait foi le nombre d'équivalents temps plein (ETP) qui lui est accordé⁴ :

³ Plus précisément, le directeur définit le marché pertinent comme le groupe de produits le plus restreint et la plus petite région géographique pour lesquels une augmentation de prix relativement importante et non transitoire peut être imposée avec profit. Cette expression est ensuite définie comme une augmentation de 5 % du prix sur une période d'un an.

⁴ Ces données sont reprises dans W. T. Stanbury, *Roles, Responsibilities and Resources: The Bureau of Competition Policy's Budget and Its Activities*, Faculty of Commerce and Business Administration, University of British Columbia, 1996, tableau 4.

Exercice	ETP du Bureau	ETP de la Direction des fusionnements
1988-1989	258	32
1989-1990	261	34
1990-1991	261	38
1991-1992	261	40
1992-1993	274	39
1993-1994	266	36
1994-1995	244	36
1995-1996	242	36

Compte tenu de ces ressources limitées, le Bureau doit probablement établir des priorités aux fins de l'application de la Loi. Il doit vraisemblablement attribuer des ressources à l'examen des fusionnements et d'autres activités d'application de la Loi et répartir les ressources entre les affaires de fusionnement. Parfois, le Bureau aurait bien pu prendre des mesures de redressement d'une plus grande portée s'il avait eu à sa disposition les ressources requises. En fait, on a supposé que la limitation des ressources du Bureau avait entraîné la sous-application de la *Loi sur la concurrence* (Stanbury, 1996, p. 74). Il en découle donc que les résultats en matière d'application de la Loi traduisent l'interprétation de cette dernière par le directeur et les contraintes imposées aux ressources affectées à son application. La façon dont le directeur traite le fusionnement de banques de l'annexe I pourrait dépendre en partie des ressources mises à la disposition du Bureau de la concurrence.

Activités d'examen des fusionnements en général

Les données relatives à l'activité de fusionnement en application de la *Loi sur la concurrence* sont résumées au tableau II.1 à la fin de la section II. Les calculs fondés sur la dernière colonne du tableau indiquent que, sauf au milieu de 1986, environ 22 % des fusionnements déclarés publiquement ont été examinés par le Bureau de la concurrence et qu'environ 1,6 % (7,5 % des fusionnements examinés) ont posé un problème en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Les méthodes d'application de la loi semblent avoir changé au fil des ans et les activités de surveillance sont utilisées dans une moindre mesure. Bien que les chiffres indiqués soient trop faibles pour nous permettre de conclure à un changement de pratiques, il semble également que le recours à la restructuration antérieure à la réalisation et aux engagements postérieurs à la réalisation aient diminué avec le temps⁵.

⁵ Même si le recours à ces deux mesures semble avoir diminué, le directeur a exprimé sa satisfaction à l'égard de la restructuration antérieure à la réalisation et son insatisfaction en ce qui touche les engagements de dessaisissement postérieurs à la réalisation comme moyens visant à régler les problèmes liés au pouvoir du marché. Parmi les difficultés relatives au dessaisissement après la réalisation, mentionnons la non-désignation d'une entreprise commerciale viable aux fins de dessaisissement, l'absence de dessaisissement au profit d'une entité concurrentielle et la non-dessaisissement rapide.

Fusionnements dans le secteur des services financiers

L'activité de fusionnement, d'acquisition ou d'achat d'actifs importants dans le secteur des services financiers entre 1992 (lorsque l'on a commencé à supprimer les restrictions touchant les piliers de ce secteur) et 1996 est résumée dans le mémoire qu'a présenté le directeur au ministère des Finances, en 1996, au sujet de l'examen de la législation régissant les institutions financières. Un résumé figure au tableau II.2, à la fin de la section II.

Certaines acquisitions de courtiers en valeurs mobilières par des banques ont eu lieu avant 1992. Le directeur n'a pas semblé s'inquiéter au sujet de ces acquisitions au plan de la concurrence. Dans son mémoire au ministère des Finances, il a déclaré qu'à la suite de ces acquisitions, l'entité fusionnée ne détenait pas une part du marché supérieure à 35 %, qui constitue le seuil au-delà duquel le directeur commence à s'inquiéter de l'exercice unilatéral du pouvoir de marché. Les ratios de concentration des quatre entreprises principales étaient « élevés », plus particulièrement sur le marché de la souscription. Par conséquent, le directeur s'inquiétera de l'exercice en interdépendance du pouvoir de marché si d'autres fusionnements de courtiers en valeurs mobilières sont proposés.

Affaires abandonnées après l'expression de craintes par le directeur

Le tableau II.1 indique qu'entre 1986 et 1995, 22 propositions de fusionnement ont été abandonnées par les parties à la suite de l'opposition du directeur. Vu que les discussions entre le directeur et les parties au fusionnement sont confidentielles, il existe très peu de données publiques sur les motifs d'abandon de ces projets. Bon nombre d'autres propositions n'auraient pas été déposées si leurs promoteurs avaient anticipé une réaction négative du directeur.

L'un des projets de fusionnement abandonnés qui a fait l'objet d'un débat public visait le partenariat Ogilvie Mills/Maple Leaf Mills, en 1990. Le directeur a discuté de façon détaillée des mesures qu'il a adoptées relativement à cette affaire dans son rapport annuel de 1992⁶.

Ogilvie et Maple Leaf Mills étaient les deux plus importantes minoteries du Canada. À la date du fusionnement proposé, les restrictions visant l'importation de farine des États-Unis étaient sur le point d'être levées en vertu de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. Le directeur a toutefois conclu que la menace de concurrence de la part de minoteries américaines n'était pas suffisante pour imposer des sanctions à l'entité fusionnée dans les provinces de l'Atlantique, au Québec et dans les provinces des Prairies. Il a proposé aux parties de reporter le fusionnement de six mois pour déterminer la portée probable de la concurrence future exercée par les minoteries américaines. Comme solution de rechange, il a également proposé à l'entité fusionnée de se dessaisir de sa minoterie de Medicine Hat, en Alberta, et de l'une de ses minoteries de Montréal et de soumettre une partie des achats de farine de ses boulangeries de l'Ouest du Canada à un appel d'offres pour faciliter l'accès de nouveaux concurrents. Le marché

⁶ Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence, Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1992, p. 7.

de l'Ontario serait assujéti à la surveillance du directeur, qui appliquerait des mesures supplémentaires si des concurrents étrangers ou de nouveaux concurrents nationaux n'accédaient pas au marché. Les parties ont rejeté les propositions du directeur et ont abandonné leur projet de fusionnement en mai 1991.

Ogilvie et Maple Leaf Mills ont par la suite vendu leurs minoteries respectives aux géants américains de la minoterie Archer Daniels Midland (ADM) et ConAgra. En 1997, ConAgra a vendu ses usines du Canada à ADM. En vertu d'une ordonnance par consentement (décrite ci-dessous, à la section portant sur les ordonnances par consentement), ADM a convenu de céder l'une des usines de Montréal qu'elle avait acquise de ConAgra. Par conséquent, ADM s'est retrouvée avec une grande partie de ce que le partenariat Ogilvie-Maple Leaf avait demandé au départ. Dans ce cas, le directeur semblait toutefois convaincu que les nouveaux arrivants et la concurrence étrangère permettraient de contraindre l'entité fusionnée.

Engagements antérieurs et postérieurs à la réalisation

Un certain nombre de fusionnements ont été modifiés après un premier avis de préoccupation ou d'opposition de la part du directeur. Campbell (1997) résume les renseignements divulgués par le directeur au 31 mars 1995 en ce qui touche les cinq fusionnements pour lesquels celui-ci a négocié une restructuration antérieure à la réalisation, et les dix fusionnements pour lesquels il a négocié une restructuration postérieure à la réalisation.

Restructuration antérieure à la réalisation

Dans l'affaire *Nestlé/Nabisco* (1987), Nestlé a convenu de céder deux des trois divisions de vente de café qu'elle avait acquises de Nabisco pour atténuer les craintes du directeur au sujet de l'élimination d'un concurrent dynamique et efficace sur un marché comportant d'importantes entraves à l'accès dans l'Ouest du Canada. Dans l'affaire *Nabisco/Interbake* (1987), Nabisco a accepté de céder toutes les activités d'Interbake, à l'exception de l'exportation de craquelins pour collation, à la suite des craintes exprimées par le directeur à savoir que l'acquisition était susceptible d'entraîner par ailleurs une réduction sensible de la concurrence sur le marché des biscuits et des craquelins. Le directeur a fondé ses craintes sur la grande part du marché de l'entité fusionnée et sur la disparition d'un concurrent dynamique et efficace.

Dans l'affaire *Hostess/Frito-Lay* (1988), le directeur a conclu que le fusionnement proposé (société de personnes) de deux fabricants de grignotines salées réduirait sensiblement la concurrence sur ce marché. Les parties ont donc convenu de céder divers actifs (une usine, des camions, du matériel, des marques de commerce) à un concurrent de moindre envergure. Dans l'affaire *Northern Alberta Dairy Pool (NADP)/Palm Dairies*, NADP a révisé son projet d'acquisition de toutes les activités de Palm Dairies à l'est de la Colombie-Britannique et n'a acquis que les activités de Palm Dairies dans le Nord de l'Alberta. La société Beatrice a acquis les autres activités de Palm Dairies. Le directeur avait conclu que dans sa forme initiale, l'acquisition aurait pour effet de réduire sensiblement la concurrence en Alberta.

Dans l'affaire *Shell Canada/Pay Less Gas* (1992), le directeur s'est opposé aux accords de crédit-bail et à un contrat d'approvisionnement de 51 stations-service en Alberta parce qu'ils réduiraient sensiblement la concurrence sur certains marchés locaux. Les parties ont apporté des modifications indéterminées à leurs ententes pour atténuer les craintes du directeur.

À partir des renseignements divulgués, il n'est pas possible de déterminer quelle aurait été la structure du marché si ces fusionnements n'avaient pas été restructurés. Il n'existe pas non plus une grande quantité de renseignements sur l'efficacité de ces modifications pour corriger les problèmes relevés initialement par le directeur. Campbell (1997, p. 312) indique que dans un cas, le correctif pourrait avoir débouché sur une grande interdépendance entre les concurrents qui sont demeurés sur le marché.

Engagements postérieurs à la réalisation

Dans l'affaire *Safeway/Woodward* (1986), le directeur a conclu que l'acquisition de 23 magasins d'alimentation Woodward par Safeway réduirait sensiblement la concurrence dans six villes. Pour atténuer les craintes du directeur, Safeway a convenu de céder 12 magasins précisés par le directeur.

L'affaire *Trailmobile/Fruehauf* (1988) prévoyait l'acquisition du plus important fabricant de semi-remorques au Canada par le deuxième plus important (Trailmobile). Au départ, Trailmobile avait convenu de vendre tout son commerce de fabrication de semi-remorques pour éliminer l'effet anticoncurrentiel de la transaction. Finalement, le directeur a approuvé la vente du nom commercial et des dessins de Trailmobile à un concurrent canadien.

L'affaire *Provigo/Steinberg* (1988) prévoyait l'acquisition de sept supermarchés Steinberg par Provigo. Le directeur a conclu que la concurrence serait sensiblement réduite dans deux des sept marchés locaux à la suite de l'acquisition. Provigo a réagi en convenant de se dessaisir d'un magasin et d'en franchiser un autre. Campbell (1997, p. 316) note que les textes publiés par le directeur au sujet de cette affaire n'expliquent pas de quelle façon le franchisage du point de vente acquis atténuerait la réduction sensible de la concurrence découlant de l'acquisition.

L'affaire *CBR/Revelstoke* (1988) prévoyait l'acquisition de 22 usines de béton tout préparé dans l'Ouest du Canada. Le directeur a conclu que l'acquisition entraînerait une réduction sensible de la concurrence sur deux marchés locaux. Il s'agissait de Grande Prairie, où il existerait un monopole local, et Red Deer, où le nombre de concurrents passerait de trois à deux. CBR a convenu de vendre une usine à un concurrent dans chacun de ces marchés.

L'affaire *Maclean Hunter/Selkirk* prévoyait l'achat d'actions de Selkirk par Maclean Hunter. Ces deux sociétés possédaient un certain nombre d'émetteurs de radiotélévision. Le directeur a conclu que la transaction réduirait sensiblement la concurrence sur les marchés de la télévision et de la publicité de Calgary et de Lethbridge. Maclean Hunter a convenu de céder une station de télévision dans chaque ville et une station de radio à Calgary. Ce redressement était conditionnel à l'approbation du CRTC, qui possède également des pouvoirs de réglementation sur les fusionnements de diffuseurs.

L'affaire *CAPAC/PROCAN* (1988) prévoyait le fusionnement de deux associations de droits d'auteur. L'association fusionnée a réduit la durée du contrat d'adhésion de cinq à deux ans pour que les membres puissent passer plus facilement à une nouvelle association si un groupement offrant de meilleures conditions était constitué.

L'affaire *Laidlaw/Tricil* (1989) prévoyait l'acquisition de la division des déchets commerciaux de Tricil par Laidlaw. Le directeur a conclu que l'acquisition se traduirait par une réduction sensible de la concurrence sur deux marchés locaux, ceux d'Ottawa et d'Edmonton. Le nombre de concurrents passerait de trois à deux sur chacun de ces marchés. À titre de redressement, Laidlaw a convenu de céder les activités liées aux déchets commerciaux de Tricil sur ces deux marchés.

Dans l'affaire *Tree Island/Davis Wire* (1990), Tree Island, un fabricant de produits tréfilés, a acquis Davis Wire, un producteur concurrent de produits similaires, dans le cadre d'une transaction plus importante. Le directeur a conclu que le fusionnement des deux plus importants fabricants de produits tréfilés de l'Ouest du Canada réduirait sensiblement la concurrence. Tree Island a convenu de céder entièrement Davis Wire. Comme le signale Campbell (1997, p. 319), cette transaction n'a pas été tant restructurée qu'abandonnée.

L'affaire *A&P/Steinberg* (1990) prévoyait l'acquisition de 69 épiceries Steinberg en Ontario par A&P. Après avoir examiné l'effet de l'acquisition proposée sur le marché de produit pertinent, qu'il a défini comme des supermarchés (par opposition à des épiceries), et sur chaque marché local, le directeur a conclu que la concurrence serait sensiblement réduite sur huit marchés locaux. A&P a donc convenu de céder 11 épiceries et peut-être d'autres si l'accès n'était pas débloqué dans les deux ans. Le dessaisissement convenu ne s'est pas concrétisé. Le directeur a abrogé l'exigence de dessaisissement dans deux cas et a prolongé le délai dans les autres.

L'affaire *Ultramar et Island Petroleum/La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (1990) prévoyait l'acquisition d'une raffinerie, de terminaux et de stations-service d'Impériale en Nouvelle-Écosse par Ultramar, et d'un terminal à Terre-Neuve par Island Petroleum. Ultramar a convenu de céder des stations-service et des terminaux sur des marchés locaux où elle occupait déjà une place importante et d'exploiter la raffinerie pendant sept ans. En 1994, Ultramar a informé le directeur que les conditions défavorables l'obligeait à fermer sa raffinerie. Island Petroleum a accepté d'exploiter le terminal de Terre-Neuve sur une période de dix ans.

L'affaire *Kimberly Clark/Scott Paper* (1996) a permis de résoudre les problèmes de concurrence au Canada que posait l'acquisition des activités de Scott Paper par Kimberly-Clark en 1995⁷. Les parties se sont engagées à assurer le cloisonnement de leur actif au Canada après la réalisation de cette transaction jusqu'à ce que le directeur effectue une enquête. Ce dernier a par la suite informé les parties qu'à son avis l'acquisition réduirait sensiblement la concurrence sur les marchés des débarbouillettes pour bébés, des papiers-mouchoirs et des serviettes de papier destinés aux consommateurs et sur les marchés des papiers-mouchoirs, des essuie-tout et des produits d'essuyage destinés à la clientèle commerciale. La société Kimberly-Clark a donné suite

⁷Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1997*, p. 19.

à ces craintes en se dessaisissant de tous ses actifs dans Les Papiers Scott Ltée (la société en exploitation de Scott Paper au Canada).

Ces affaires comportent un certain nombre de répercussions pour ceux qui s'interrogent sur la façon dont les lois régissant les fusions s'appliqueront aux fusions dans le secteur des services financiers, plus particulièrement en ce qui touche les banques de l'annexe I. Premièrement, lorsqu'il en a eu la possibilité, le directeur a appliqué des mesures pour préserver la concurrence à trois entreprises (au moins) sur un marché. Deuxièmement, la majorité des fusions visait des marchés géographiques locaux plutôt que des marchés régionaux ou nationaux. Troisièmement, un certain nombre de fusions portaient sur des questions relatives à la variété des produits et à la concurrence hors-prix. Quatrièmement, dans plusieurs cas, les sociétés parties au fusionnement exploitaient des entreprises qui distribuaient plusieurs produits. Pour définir le marché de produit pertinent, il a fallu déterminer le niveau de concurrence entre les distributeurs spécialisés et ceux qui possédaient plusieurs gammes de produits, donc évaluer les avantages du système de guichet unique. Cette question s'est posée au sein du secteur des services financiers, où l'on ne s'entend pas à savoir si, par définition, le marché de produit pertinent englobe un groupe ou un ensemble de services et, dans l'affirmative, sur ce que doit renfermer cet ensemble.

Décisions du Tribunal de la concurrence en matière de fusions

Décisions contestées

Deux affaires de fusionnement contestées ont été entendues par le Tribunal de la concurrence depuis 1986⁸. L'une est *Le directeur des enquêtes et recherches c. Hillstown Holdings (Canada) Ltd. (Hillstown)*, qui a fait l'objet d'une décision en 1992⁹. L'autre est *Le directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc. et al. (Southam)*, qui a également fait l'objet d'une décision en 1992, décision qui a par la suite été portée en appel à la Cour d'appel fédérale et à la Cour suprême du Canada^{10 11}.

⁸ Le tableau II.1 présente deux autres décisions de fusionnement contestées. L'une d'elles est *Alex Couture Inc. (Sanimal Industries Inc.)/Lomex Inc. et Paul & Eddy Inc.*, une affaire visant le secteur des fondoirs du Québec qui a été retirée par le directeur en août 1992. Voir Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1993*, tableau 2. Selon le personnel du Bureau de la concurrence, l'autre affaire porte sur la demande contestée par le directeur en vue de modifier l'ordonnance par consentement Gemini, qui est désignée *Gemini II* dans le texte.

⁹ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Hillstown Holdings Canada* (9 mars 1992), CT-91/1, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 41 C.P.R. (3^e) 289.

¹⁰ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.* (2 juin 1992), CT-90/1, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 43 C.P.R. (3^e) 161.

¹¹ Les services de l'auteur ont été retenus par les intimés dans l'affaire *Hillstown* et par le directeur dans l'affaire *Southam*.

Hillsdown

Hillsdown représente une affaire contestée en vertu de laquelle le directeur a demandé une ordonnance pour obliger Hillsdown Holdings à se dessaisir de son fondoir Orenco situé à Dundas (Ontario), parce que l'acquisition de cette installation réduisait sensiblement la concurrence sur le marché ontarien des services d'équarrissage. Par l'entremise de sa filiale Maple Leaf, Hillsdown exploitait déjà un fondoir, Rothsay Rendering, à Moorefield (Ontario). Le Tribunal a conclu que l'acquisition du fondoir Orenco n'a ni empêché ni réduit sensiblement la concurrence, et il a refusé de rendre l'ordonnance de dessaisissement que demandait le directeur.

Dans la décision *Hillsdown*, le Tribunal de la concurrence a conclu qu'un fusionnement de deux fondoirs de l'Ontario n'était pas susceptible de réduire sensiblement la concurrence¹². Les entreprises parties à la fusion intervenaient pour environ 62 % à 63 % du marché non captif des services d'équarrissage de viande rouge de l'Ontario¹³. Les troisième et quatrième entreprises représentaient chacune environ 12 % du marché. Le marché de l'équarrissage de viande rouge en Ontario était en régression depuis un certain temps, en grande partie à cause du plus grand recours au bœuf congelé en boîte de l'Ouest du Canada.

Le Tribunal a conclu que le marché géographique devait être défini de façon plus générale que le Sud de l'Ontario et qu'il devait englober les fondoirs se situant dans un rayon de 320 à 400 kilomètres des installations de l'entité fusionnée, que ce soit aux États-Unis ou au Canada.

La conclusion du Tribunal, à savoir que le fusionnement n'était pas susceptible d'entraîner une réduction sensible de la concurrence, reposait sur trois facteurs : (i) la capacité des fondoirs des États-Unis à concurrencer dans le Sud de l'Ontario; (ii) la nouvelle surcapacité dans le Sud de l'Ontario; (iii) la probabilité, au cours des cinq années suivantes, que toutes les activités non captives d'équarrissage de viande rouge dans le Sud de l'Ontario soient groupées dans une usine. Le Tribunal a également tenu compte de l'argument selon lequel le dessaisissement n'aurait aucun effet sur la concurrence au titre des services non captifs à moins qu'une des entreprises parties à la fusion ne construise une usine à cette fin.

La décision du Tribunal dans l'affaire *Hillsdown* est peut-être des plus notables pour les remarques incidentes sur l'interprétation de la défense fondées sur les gains en efficacité prévue à l'égard des fusionnements en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*. Aux termes de cet article, si le Tribunal conclut qu'un fusionnement est susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence, il doit ensuite tenir compte des gains d'efficacité découlant du fusionnement. Cet article ordonne au Tribunal de ne pas rendre d'ordonnance d'interdiction, de dessaisissement ou de dissolution :

¹² Cette analyse est appuyée par Goldman et Bodrug (1993).

¹³ Les deux parties ont reconnu que le marché de produit pertinent se composait de services non captifs d'équarrissage de viande rouge, ce que le Tribunal a accepté sans discussion. Cette définition du marché est à tout le moins discutable, car les utilisateurs captifs et non captifs des services d'équarrissage vendaient des produits homogènes (porc et bœuf) et se livraient une concurrence directe.

[...] dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

Le Bureau de la concurrence interprète l'article 96 dans les Lignes directrices. Selon ce document, le paragraphe 96(1) établit un « cadre d'analyse » dans lequel on compare les gains en efficacité susceptibles d'être réalisés au Canada aux effets anticoncurrentiels qu'entraînerait vraisemblablement le fusionnement. S'il peut être prouvé que les gains en efficacité susceptibles de découler du fusionnement surpasseront ou neutraliseront les effets anticoncurrentiels, aucune ordonnance ne peut être rendue.

Les Lignes directrices définissent ainsi les effets anticoncurrentiels :

[...] la part de perte totale que subissent les acheteurs et les vendeurs au Canada qui ne représente pas seulement un transfert d'une partie à une autre, mais qui constitue une perte pour l'économie dans son ensemble attribuable au détournement de ressources vers des emplois d'une valeur inférieure. C'est ce qu'on appelle parfois la perte sèche pour l'économie canadienne. (1991, p. 53)

Aux fins de la désignation des effets anticoncurrentiels comme la perte sèche du surplus des consommateurs découlant des hausses de prix imputables au fusionnement, les Lignes directrices adoptent ce qu'il est convenu d'appeler une approche williamsonienne ou démarche de bien-être économique global en matière d'analyse de compromis¹⁴. Cette démarche accepte les fusionnements qui augmentent davantage les bénéficiaires qu'ils ne réduisent le surplus des consommateurs. Réduite à sa plus simple expression, cette méthode pourrait permettre d'autoriser un fusionnement qui entraîne une majoration des prix et une détérioration du service, pourvu qu'il produise des gains en efficacité (productivité) suffisants qui ne pourraient être réalisés d'autres façons.

Même si sa décision ne portait pas sur les gains en efficacité, le Tribunal a néanmoins tenu compte de la définition de l'effet anticoncurrentiel invoquée par le directeur et par les intimés. Il a soutenu que l'effet anticoncurrentiel doit comprendre la redistribution des surplus découlant de l'exercice du pouvoir de marché, de même que la perte sèche au chapitre des surplus.

Le Tribunal a déclaré que l'article 96 ne signifie nullement que « les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » doivent être interprétés comme la perte sèche. Il a ensuite indiqué que la *Loi sur la concurrence* a pour objet, comme il est précisé à l'article 1.1, d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne. Selon le Tribunal, il n'existe pas de jurisprudence supposant que l'article 1.1 doit

¹⁴ Voir Williamson (1968) et McFetridge (1996) pour un survol des documents connexes.

être interprété comme donnant préséance à l'efficacité par rapport aux prix concurrentiels pour les consommateurs.

Le Tribunal a reconnu que l'argument selon lequel la définition de l'effet anticoncurrentiel doit englober les transferts de surplus se traduirait par le rejet d'un nombre important de fusions susceptibles d'accroître l'efficacité. Il a plutôt indiqué qu'il conviendrait d'accorder une plus grande importance aux gains en efficacité lorsqu'il n'est pas absolument certain qu'une diminution sensible aura des effets préjudiciables (transfert plus perte sèche). Le Tribunal a adopté la position suivante :

Assurément, une interprétation possible en fonction du libellé dudit paragraphe est de peser les gains en efficacité allégués par rapport à la vraisemblance que des effets préjudiciables (transfert de richesses et affectation inefficace de ressources) résulteront d'une diminution sensible de la concurrence. Autrement dit, s'il est vraisemblable, mais pas absolument certain, que ces effets se produiront, on pourrait donner plus de poids aux gains en efficacité que dans le cas contraire. Dans certains cas, les effets préjudiciables vraisemblables d'un fusionnement peuvent être modestes, tandis que, dans d'autres, ils peuvent être très importants. Il n'est pas déraisonnable de supposer que les gains en efficacité allégués pourraient faire l'objet d'une comparaison dans ce contexte. S'il était vraisemblable que les gains en efficacité entraîneraient une baisse de prix pour les consommateurs, ce facteur serait vraisemblablement déterminant¹⁵.

On pourrait croire que le Tribunal n'accepterait pas un fusionnement qui aurait pour effet de majorer les prix ou de détériorer le service sur certains marchés intérieurs sans égard à l'ampleur des gains en efficacité qui en résulteraient. Ce raisonnement rétrécirait considérablement la défense reposant sur les gains en efficacité par rapport aux dispositions des Lignes directrices. Il pourrait en découler de graves répercussions sur les fusionnements de banques de l'annexe I. Ces fusionnements sont souvent réputés essentiels pour réaliser les gains en efficacité nécessaires pour concurrencer les banques étrangères. Le Tribunal pourrait accorder une importance restreinte à des arguments de cette nature. Cette possibilité sera abordée de façon plus détaillée dans le cadre de l'analyse des gains en efficacité.

Southam

L'affaire *Southam* représente une affaire contestée en vertu de laquelle le directeur a demandé une ordonnance enjoignant Southam, le propriétaire des deux seuls quotidiens de la région de Vancouver, de céder les deux plus importants journaux communautaires sur les 13 qu'il avait acquis, de même qu'une publication immobilière, *The Real Estate Weekly*. Le directeur a soutenu que la propriété des quotidiens et des journaux communautaires par Southam réduisait sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité au détail dans les journaux et que la propriété des quotidiens, des journaux communautaires et de la publication immobilière par

¹⁵ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Hillside Holdings Canada* (9 mars 1992) CT-91/1, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence), p. 110; version anglaise publiée dans 41 C.P.R. (3^e) 343.

Southam réduisait considérablement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée.

À partir de 1989, Southam Inc., le propriétaire des deux quotidiens de la région de Vancouver, a acquis 13 journaux communautaires et une publication publicitaire dans le domaine de l'immobilier. Les quotidiens représentaient environ 70 % des recettes de publicité des journaux dans le Lower Mainland (le marché géographique) et les journaux communautaires comptaient pour le reste, c'est-à-dire environ 30 %. Grâce à cette acquisition, les journaux communautaires appartenant à Southam intervenaient pour 40 % et 45 % des recettes de publicité des journaux communautaires. C'est donc dire que les quotidiens et les journaux communautaires appartenant à Southam représentaient en gros 84 % des recettes de publicité des quotidiens et des journaux communautaires après les acquisitions¹⁶.

En novembre 1990, le directeur a déposé auprès du Tribunal de la concurrence une demande d'ordonnance exigeant le dessaisissement des deux plus importants journaux communautaires, le *Courier* et le *North Shore News*, de même que de la publication immobilière, *The Real Estate Weekly*.

Le directeur a soutenu que l'acquisition des journaux communautaires empêcherait ou réduirait sensiblement la concurrence sur le marché des services de publicité-détaillants dans les journaux dans la région de Vancouver. Southam a répondu que la publicité dans les quotidiens et celle dans les journaux communautaires ne constituaient pas de proches substituts et qu'une réduction de la concurrence entre eux ne pouvait donc être sensible.

Par conséquent, la question de la réduction de la concurrence à la suite de l'acquisition des journaux communautaires par les quotidiens consistait à déterminer s'il s'agissait du même marché de produit. Dans la négative, la fixation conjointe de prix par Southam pour la publicité-détaillants dans les quotidiens et dans les journaux communautaires ne pourrait entraîner une augmentation importante des tarifs de publicité. Dans l'affirmative, la fixation conjointe des prix de la publicité dans les quotidiens et dans les journaux communautaires par Southam pourrait toutefois se traduire par des hausses importantes des tarifs de publicité. L'issue de cette question dépendrait de l'existence d'autres proches substituts pour la publicité-détaillants dans les journaux.

L'analyse de la définition du marché de produit par le Tribunal de la concurrence dans l'affaire Southam

Le Tribunal de la concurrence a décrit ainsi sa démarche en vue de définir le marché du produit :

La description du marché pertinent est un moyen d'identifier les forces importantes du marché qui restreignent ou qui restreindront vraisemblablement la firme fusionnée. En premier lieu, il faut déterminer les extrants des autres firmes dont les acheteurs peuvent se prévaloir si jamais le prix ou d'autres particularités du produit offert par la firme

¹⁶ *Op.cit.*, n° 10.

fusionnée deviennent inacceptables à leurs yeux. Il s'agit en fait de délimiter le marché du produit, c'est-à-dire d'identifier les produits qui sont de proches substituts à ceux de la firme fusionnée.

[...]

En principe, pour déterminer si deux ou plusieurs biens ou services sont de proches substituts, il faut se demander dans quelle mesure les acheteurs pourraient passer de l'un à l'autre en réaction à une modification des prix relatifs. Ce critère de mesure, soit l'élasticité croisée de la demande, est rarement présent. En pratique, il faut habituellement s'en tenir à une preuve plus indirecte comme les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d'un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs. L'opinion des participants de l'industrie sur les produits et les firmes qu'ils considèrent comme étant leurs concurrents réels et potentiels est aussi une source de preuve sur laquelle on peut parfois compter¹⁷.

Bien que les *indices* de l'élasticité croisée diffèrent quelque peu, la démarche adoptée par le Tribunal en vue de définir le marché du produit suit l'approche du monopoleur hypothétique énoncé dans les Lignes directrices, dans les *Horizontal Merger Guidelines* du Department of Justice/Federal Trade Commission des États-Unis et dans des commentaires formulés par des universitaires¹⁸.

Les nombreuses preuves portant sur la définition du marché du produit pourraient être généralement qualifiées : (i) de preuves documentaires selon lesquelles Southam craignait une perte de publicité au profit des journaux communautaires et que les quotidiens et les journaux communautaires avaient amorcé une concurrence hors-prix dans le but de s'accaparer les annonceurs de l'autre; (ii) de témoignages des annonceurs, dont certains faisaient affaire à la fois avec les quotidiens et avec les journaux communautaires et dont certains étaient passés des quotidiens aux journaux communautaires. Après examen de ces éléments, le Tribunal a conclu que, même si la publicité dans les journaux communautaires constituait le substitut le plus proche de la publicité dans les quotidiens, et que ces derniers et les journaux communautaires « s'efforçaient d'attirer bon nombre des mêmes annonceurs » en modifiant les produits qu'ils

¹⁷ *Op.cit.*, n° 10, pp. 34 et 37.

¹⁸ Les *indices* d'élasticité croisée de la demande énoncés à la partie 3.2.2 des Lignes directrices sont : (1) les opinions, le comportement et l'identité des acheteurs; (2) les opinions, les stratégies et le comportement de la profession; (3) l'utilisation finale; (4) les caractéristiques physiques et techniques; (5) les coûts de substitution; (6) les relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix. Les *indices* de l'élasticité croisée précisés à la partie 1.11 des *Horizontal Merger Guidelines*, sont : (1) la preuve que les acheteurs ont acheté d'autres produits, ou ont envisagé de le faire, à la suite de variations relatives des prix ou d'autres variables concurrentielles; (2) la preuve que les décisions d'affaires des vendeurs découlent de la possibilité de changement de produit de la part des acheteurs à la suite de variations relatives des prix ou d'autres variables concurrentielles; (3) l'influence de la concurrence en aval à laquelle les acheteurs sont confrontés sur leurs marchés; (4) le temps et le coût nécessaires pour passer d'un produit à un autre. Dans une longue étude portant sur la définition du marché, Robert Pitofsky (1990), l'actuel président de la Federal Trade Commission, propose les *indices* suivants : (1) les modèles d'achat antérieurs à la suite de variations réelles des prix; (2) les mouvements parallèles des prix; (3) les perceptions des vendeurs et des acheteurs.

offraient, les annonceurs n'auraient vraisemblablement pas changé de fournisseur à la suite de variations minimales des tarifs de publicité relatifs. Par le fait même, ils constituaient de faibles substituts :

En conséquence, la preuve concernant la demande de publicité par la presse amène le Tribunal à conclure que les journaux communautaires et les quotidiens sont de très faibles substituts : un changement minimal de la relativité des prix n'incitera vraisemblablement pas les annonceurs à passer considérablement d'un genre de journal à l'autre. Même si les journaux communautaires, le temps aidant, ont réussi à soutirer de la clientèle aux quotidiens, cela s'explique davantage par l'évolution des changements au niveau des conditions dans lesquelles se trouvaient les annonceurs que par leur réaction à des changements de prix¹⁹.

Le Tribunal a également examiné la question de savoir si le fusionnement réduirait la rivalité entre les quotidiens et les journaux communautaires au chapitre de la modification du produit. Il en a dégagé trois conclusions. Premièrement, la rivalité observée à l'égard de la modification du produit ne constitue pas une preuve que les quotidiens et les journaux communautaires partageaient le même marché (produit) de publicité. Deuxièmement, il a noté une insuffisance de preuve en ce qui touche l'importance des modifications apportées aux produits pour les annonceurs. Troisièmement, il a remarqué une insuffisance de preuve à l'effet que les acquisitions réduiraient cette rivalité à l'égard des produits.²⁰

La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Southam

Le directeur a interjeté appel de la décision auprès de la Cour d'appel fédérale (CAF) dans le cas des journaux communautaires, soutenant que le Tribunal avait commis une erreur de droit en demandant des preuves « directes » (c'est-à-dire statistiques ou anecdotiques) selon lesquelles les annonceurs réagissaient à de faibles variations du prix relatif de la publicité dans les quotidiens et dans les journaux communautaires et qu'il ne tenait pas compte des preuves indirectes du caractère substitutif qui, selon lui, étaient également pertinentes.

Dans la décision qu'elle a rendue en août 1995, qui annulait la décision du Tribunal, la Cour d'appel fédérale a indiqué ce qui suit :

On peut dire que des produits sont sur le même marché s'ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l'un à l'autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c'est-à-dire s'il existe une sensibilité aux prix de la part des acheteurs. La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique, comme les témoignages d'acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d'obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la

¹⁹ *Op. cit.*, p. 260.

²⁰ *Ibid.*, pp. 254-258.

sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte consiste en certains indices pratiques, comme l'interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l'industrie, qui montrent que des produits sont de proches substituts.

Dans la mesure où il est possible de produire une preuve statistique de la forte élasticité de la demande, cette preuve est pratiquement concluante quant au fait que deux produits sont sur le même marché du produit. La preuve de la sensibilité aux prix peut aussi être produite sous forme anecdotique, ce qui est moins concluant, mais demeure un facteur de persuasion tendant à démontrer que des produits sont de proches substituts. L'absence de preuve directe du caractère substitutif, c'est-à-dire l'absence de preuve statistique ou anecdotique de la sensibilité aux prix, ne prouve pas de façon concluante que des produits ne sont pas de proches substituts»²¹.

Bien que la condition d'élasticité ait pu être mieux énoncée, le cadre d'analyse général est correct. La preuve directe de sensibilité aux prix et, par conséquent, du caractère substitutif proche, est suffisante mais non nécessaire pour indiquer que les deux activités sont exercées sur le même marché de produit. En l'absence de la preuve directe requise, on peut également induire le caractère substitutif proche à partir d'indices pratiques, comme ceux présentés dans les Lignes directrices ou dans les *Horizontal Merger Guidelines*.

Ainsi présenté, le litige entre le directeur et Southam était simple. Le directeur soutenait que le Tribunal n'a pas tenu compte de la preuve indirecte qui, dans l'ensemble, portait sur la sensibilité de l'acheteur aux prix et sur le caractère substitutif proche. Southam prétendait que le Tribunal n'a pas pris en compte la totalité de la preuve indirecte et a jugé cette preuve insuffisante pour garantir l'induction de la sensibilité de l'acheteur aux prix et partant, du caractère substitutif proche.

La CAF a conclu que le Tribunal n'a pas tenu compte de la preuve indirecte pertinente en ce qui touche le caractère substitutif. Elle a indiqué que si le Tribunal avait dûment pris en compte les deux formes de preuve indirecte, l'interchangeabilité fonctionnelle et ce que la Cour a appelé la concurrence générale ou interindustrielle, jumelée à d'autres preuves de soutien indéterminées, il aurait considéré la publicité dans les quotidiens et dans les journaux communautaires comme faisant partie du même marché de produit.

Pour ce qui est de l'interchangeabilité fonctionnelle, le Tribunal a conclu que, même si la publicité dans les quotidiens et dans les journaux communautaires renfermait le même contenu (« multi-prix/multi-produits »), elle ne visait ni la même utilisation ni la même fin parce que la publicité dans les journaux communautaires est plus locale. La Cour a soutenu que les différences au chapitre de l'étendue géographique n'avaient aucun rapport avec la décision touchant l'interchangeabilité fonctionnelle :

Toutefois, ce caractère plus local des journaux communautaires ne se rapporte pas à la question de l'interchangeabilité fonctionnelle, mais au comportement des acheteurs quant

²¹ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* [1995] 3 C.F. 557 (C.A.), pp. 632-633; version anglaise publiée dans (1996) 63 C. P.R. (3^e) 60.)

à leur préférence pour l'étendue géographique. Il ne faudrait pas confondre ce dernier facteur subjectif avec le facteur purement objectif qu'est l'interchangeabilité fonctionnelle, lequel est axé sur l'utilisation d'un produit ou les fins auxquelles il sert. À mon avis, la publicité « multi-prix/multi-produits » est une utilisation ou une fin suffisante pour qu'on puisse conclure, de façon objective, que la publicité dans les quotidiens de Pacific et la publicité dans les journaux communautaires sont fonctionnellement interchangeables²².

L'argument de la Cour soulève des questions au sujet de la définition de l'interchangeabilité fonctionnelle. L'une d'elles consiste à déterminer s'il est utile d'établir une distinction entre les caractéristiques subjectives et objectives d'un produit, c'est-à-dire si les différences de caractéristiques objectives sont moins pertinentes que le caractère substitutif des deux produits. Une autre question a trait aux éléments de la caractéristique subjective. La CAF a considéré que le contenu informatif d'une publicité représente une caractéristique objective, tandis que le nombre de lecteurs visés a été réputé une caractéristique subjective. Par analogie, on pourrait conclure que l'huile à chauffage et le gaz naturel sont équivalents au plan fonctionnel en prétendant objectivement que les deux fournissent de la chaleur, tout en considérant les différences d'exigences de stockage, de volatilité du carburant et de durée de vie de la chaudière comme des caractéristiques subjectives parce qu'elles reposent sur les préférences des consommateurs.

S'étant conformée à la condition qu'elle estimait nécessaire pour établir l'interchangeabilité fonctionnelle, la Cour a ensuite examiné ce qui, à son avis, constituait une preuve corroborante indirecte prenant la forme des conclusions du Tribunal au sujet de la concurrence générale ou de la concurrence interindustrielle. Le Tribunal avait conclu que les journaux communautaires avaient attiré des annonceurs des quotidiens et que non seulement les quotidiens se préoccupaient-ils de cette situation, mais ils avaient également apporté certaines modifications à leurs produits et en envisageaient d'autres pour récupérer ces annonceurs. Le Tribunal a toutefois fait remarquer que cette conclusion ne signifiait pas que de faibles variations des prix inciteraient les annonceurs à revenir aux quotidiens ou que ce sont ces variations qui les avaient d'abord poussés à délaisser les quotidiens. Ces facteurs sont devenus respectivement les arguments du « phénomène à sens unique » et du « produit supérieur ».

La Cour fédérale a conclu que le Tribunal a commis une erreur en ne tenant pas compte des preuves de « concurrence générale », selon l'expression qu'il a utilisée. La CAF n'a pas prétendu que les preuves de concurrence générale soumises au Tribunal sous-entendent la sensibilité des acheteurs aux prix. Elle a uniquement déclaré que les preuves de concurrence générale révèlent l'existence d'une concurrence « dans les faits » :

Cette preuve est suffisante pour établir l'existence d'une concurrence véritable entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires. Les préoccupations subjectives de Southam se reflétaient dans les mesures qu'elle a prises pour faire concurrence aux journaux communautaires, par exemple en mettant sur pied Flyer Force. Le Tribunal a semblé rejeter la preuve d'une concurrence interindustrielle parce que la perte de clientèle

²² *Ibid.*, pp. 636-637.

au profit des journaux communautaires faisait partie « d'un phénomène à sens unique » et que beaucoup d'annonceurs qui avaient délaissé les quotidiens de Pacific n'y reviendraient pas en réponse à une variation de prix. Cet argument du « phénomène à sens unique » est entièrement fondé sur le concept de la sensibilité aux prix.

Southam avait tout au moins intérêt à stopper ou à ralentir ce phénomène à sens unique, ou même à le renverser. Qui plus est, Southam a apporté des modifications à son produit en vue de parvenir à ces fins. En se concentrant entièrement sur le « phénomène à sens unique », le Tribunal n'a tenu aucun compte de la preuve selon laquelle il y avait une concurrence à l'égard de la clientèle actuelle et, peut-être, future. Bref, il existait une concurrence dans les faits, et le Tribunal a commis une erreur en rejetant cette preuve de concurrence « générale »²³.

Essentiellement, la CAF a soutenu que la concurrence hors-prix (concurrence « dans les faits »), ainsi que l'interchangeabilité fonctionnelle, sont suffisantes pour placer les deux produits dans le même marché :

Bien que le Tribunal ait été saisi d'une preuve du caractère substitutif constituée par l'interchangeabilité fonctionnelle et la concurrence interindustrielle, il n'en a, en définitive, tenu aucun compte. Par le fait même, il a adopté une approche trop étroite du caractère substitutif étant donné qu'il a rejeté des conceptions « larges » de l'interchangeabilité et de la concurrence interindustrielle. De plus, il a commis une erreur en se concentrant surtout sur la sensibilité aux prix. Dans la présente espèce, le fait que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires servaient aux mêmes fins et se faisaient concurrence est suffisant pour inclure ces deux produits dans le même marché du produit²⁴.

On peut supposer que la décision de la CAF sous-entend que l'interchangeabilité fonctionnelle « objective » et la modification du produit ou d'autres formes de rivalité hors-prix suffisent pour supposer que les exigences respectives de chacun des produits sont très sensibles aux variations des prix des autres produits. On pourrait également interpréter la décision de la CAF en précisant que le caractère substitutif proche et la grande sensibilité aux prix ne sont pas nécessaires pour placer deux produits ou services dans le même marché de produit pertinent.

La décision de la Cour d'appel fédérale a mis en relief certains problèmes relevés lorsque l'on tente de déduire la sensibilité des acheteurs aux prix à partir de preuves indirectes²⁵. Cette

²³ *Ibid.*, p. 638.

²⁴ *Ibid.*, p. 640.

²⁵ Les problèmes auxquels ont été confrontés le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel fédérale dans leurs tentatives pour définir le marché de produit pertinents dans l'affaire *Southam* sont typiques de ceux auxquels d'autres instances ont été confrontées. Après un examen exhaustif de la jurisprudence aux États-Unis, Keyte (1995) conclut qu'il faut préciser le rôle de l'élasticité croisée de la demande aux fins dans la définition des marchés comportant des produits sensiblement différenciés. L'auteur suggère d'insister d'abord sur l'interchangeabilité de l'utilisation finale, ne serait-ce que pour empêcher les tribunaux de mal interpréter l'absence de preuve d'élasticité croisée comme preuve de faible élasticité croisée et de définir les marchés de façon trop restrictive. Il accepterait des marchés de

décision a suscité des questions au sujet de la suffisance des *indices* existants, à savoir s'ils doivent être classés ou pondérés, et quelle doit être la norme en matière de preuve²⁶. Certaines de ces questions ont été abordées par la Cour suprême du Canada, qui a entendu l'appel de la Cour d'appel fédérale²⁷.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Southam

Southam a interjeté appel de la décision de la CAF à la Cour suprême du Canada, qui a rendu son jugement en mars 1997²⁸. La Cour suprême a annulé la décision de la Cour d'appel fédérale, confirmant ainsi la décision du Tribunal de la concurrence. Dans sa décision, la Cour suprême a rejeté la conclusion de la CAF, à savoir que le Tribunal de la concurrence avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des preuves d'interchangeabilité fonctionnelle et de concurrence interindustrielle, et il a noté qu'en fait la plus grande partie de la décision du Tribunal portait sur l'examen de ces facteurs. La Cour a refusé d'étudier la question de savoir si le Tribunal avait commis une erreur de droit en n'appréciant pas suffisamment les preuves d'interchangeabilité fonctionnelle et de concurrence interindustrielle, indiquant que la détermination au préalable de facteurs de pondération était incompatible avec la notion de critère de pondération :

Un critère serait artificiel et impossible à appliquer s'il prétendait accorder un poids fixe à certains facteurs, par exemple si, suivant ce critère, la preuve de la concurrence interindustrielle avait 10 fois plus de poids dans les délibérations du Tribunal que la preuve de ressemblances physiques entre les produits en cause. Les choses de ce genre ne sont pas facilement quantifiables. Elles ne devraient pas être considérées comme des questions de droit, mais plutôt être laissées, du moins au départ, à l'appréciation du Tribunal. Tout au plus est-il possible d'affirmer, en droit, que le Tribunal doit tenir compte de chacun des facteurs; l'appréciation du poids des divers facteurs doit cependant être laissée au Tribunal. (¶.43)

Après avoir conclu que le Tribunal n'avait pas commis d'erreur de droit, la Cour suprême a examiné la question de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en appliquant les faits au droit (une erreur de droit et de fait). La Cour a décidé que les cours d'appels doivent faire preuve de retenue à l'égard du champ d'expertise du Tribunal dans les affaires de fait et de droit en général et que la définition du marché du produit « ... relève nettement de l'expertise du Tribunal en matière économique et commerciale. »(¶.52) Après examen des autres normes de révision appliquées par les cours d'appel, la Cour a conclu qu'une norme de caractère déraisonnable présenterait le niveau de retenue pertinent en ce qui touche l'expertise commerciale du Tribunal.

produits plus restreints que ceux sous-entendus par l'interchangeabilité des produits s'il était possible de préciser que les frais de substitution de produit sont tels qu'un groupe important de consommateurs ne pourraient passer d'un produit à l'autre pour des motifs de variation de prix ou de qualité.

²⁶ Pour une critique des ensembles antérieurs d'*indices* comme ceux préconisés par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Brown Shoe*, voir Werden (1992).

²⁷ Le Tribunal de la concurrence a également examiné de façon détaillée dans la décision *Télé-Direct* les questions soulevées dans la décision *Southam* rendue par la CAF. Voir la section IX de la présente étude.

²⁸ *Southam Inc. et al. c. Directeur des enquêtes et recherches* [20 mars 1997] 1 R.C.S. 748, p. 770.

En vertu d'une norme de caractère déraisonnable, le Tribunal ne serait réputé par les cours d'appel avoir commis une erreur d'application des faits au droit que si les conclusions qu'il avait rendues étaient déraisonnables. Est déraisonnable la conclusion qui est fondée sur une hypothèse ne portant pas sur la preuve ou qui découle d'un raisonnement contradictoire.

En appliquant un critère de caractère déraisonnable aux conclusions du Tribunal au sujet de l'interchangeabilité fonctionnelle et de la concurrence interindustrielle, la Cour a statué que même si les conclusions du Tribunal n'étaient peut-être pas correctes, elles n'étaient pas déraisonnables. Pour ce qui est de l'interchangeabilité fonctionnelle, la Cour suprême a rejeté le point de vue de la CAF, à savoir que ce facteur doit avoir préséance, parce qu'il serait incompatible avec la pondération des nombreux facteurs relatifs à la définition du marché. La Cour suprême a également écarté l'argument « non convaincant » de la CAF, à savoir que les différences de portée géographique des quotidiens et des journaux communautaires étaient « subjectives » et qu'elles ne permettaient donc pas de déterminer l'interchangeabilité fonctionnelle.

Pour ce qui est de la concurrence interindustrielle, la Cour suprême a considéré que la question consistait à déterminer si le Tribunal a été déraisonnable en statuant que les preuves documentaires à l'effet que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents, étaient en soi insuffisantes pour placer les quotidiens et les journaux communautaires dans le même marché de produit. La Cour a décidé que même si elle avait accordé plus de poids que le Tribunal aux preuves, la conclusion de ce dernier n'était pas dénué de logique et sans fondement dans la preuve, donc non déraisonnable. La Cour a statué que la conclusion du Tribunal respectait le critère du caractère déraisonnable et qu'en conséquence, la décision devait être maintenue.

Répercussions des décisions d'appel dans l'affaire Southam

Bien qu'elle ait confirmé la décision du Tribunal, la Cour suprême a clairement signifié que l'application du critère de définition du marché par le Tribunal n'aurait pas survécu à l'application du critère d'examen supérieur que représente l'« exactitude » :

Peut-être que si je statuais sur cette affaire *de novo*, je n'écarterais pas aussi facilement que l'a fait le Tribunal la preuve de la concurrence interindustrielle qui, reconnaît-on, a un poids considérable. À mon avis, il est très révélateur que la propre experte de Southam, une experte-conseil américaine de l'industrie des journaux, a indiqué que les journaux communautaires étaient la source des difficultés de Southam dans le Lower Mainland. Conclure, au vu d'une telle preuve, que les quotidiens et les journaux communautaires ne sont pas concurrents est peut-être étrange. En ce sens, la conclusion du Tribunal est difficile à accepter. Toutefois, elle n'est pas déraisonnable. Le Tribunal a expliqué que, à son avis, Southam se trompait au sujet de l'identité de ses concurrents; et, bien que je ne trouve peut-être pas ce motif convaincant, je ne peux affirmer qu'il est dénué de logique et sans fondement dans la preuve. De façon plus générale, je remarque que le Tribunal semble avoir été préoccupé par la définition du marché pertinent. Il est possible que ses membres aient, à l'occasion, perdu de vue la question ultime, c'est-à-dire celle de savoir si l'acquisition des journaux communautaires par Southam diminuait sensiblement la

concurrence. Ici aussi, il m'est impossible d'affirmer que l'approche du Tribunal était déraisonnable. La définition du marché pertinent est effectivement une étape nécessaire de l'examen; et le fait que le Tribunal s'y soit attardé est peut-être compréhensible si, comme cela semble avoir été le cas, les limites du marché pertinent n'étaient pas évidentes. (¶.79)

La Cour suprême a été aussi préoccupée que la Cour d'appel fédérale par la conclusion apparente du Tribunal, à savoir que « Southam se trompait au sujet de l'identité de ses concurrents » (¶.79). La conclusion que les deux cours d'appel semblent avoir dégagée, et qui les a préoccupées, réside dans le fait que le Tribunal croyait, mieux que Southam, connaître les concurrents de ce dernier. On pourrait en dégager que les cours d'appel auraient été portées à considérer comme concluant le point de vue de Southam au sujet de ses concurrents (« concurrence dans les faits ») pour ce qui est de classer les quotidiens et les journaux communautaires dans le même marché pertinent.

Contrairement à la supposition de la Cour suprême, le Tribunal a toutefois reconnu non seulement que les quotidiens et les journaux communautaires étaient des concurrents, mais également que chacun était le plus proche concurrent de l'autre. La question en cause consistait à déterminer s'ils étaient des concurrents suffisamment proches. En insistant sur la définition du marché du produit, le Tribunal tentait de préciser si les quotidiens et les journaux communautaires étaient des concurrents suffisamment proches pour s'être livrés une concurrence de prix significative. Si les décisions respectives des quotidiens et des journaux communautaires concernant la fixation des prix n'étaient pas matériellement limitées par la concurrence exercée par l'autre, le fusionnement n'aurait pu entraîner une réduction appréciable de la concurrence de prix ni une augmentation importante des prix. En concluant que la crainte documentée de Southam au sujet d'une réduction sensible du chiffre d'affaires au profit des journaux communautaires ne sous-entendait pas en soi que les quotidiens et les journaux communautaires partageaient le même marché de produit, le Tribunal a accepté l'argument selon lequel les annonceurs qui s'adressaient autrefois aux quotidiens sont tout simplement passés à un produit supérieur. Pour le Tribunal, ce changement ne découlait pas de la concurrence des prix entre de proches substituts. Il ne semble pas non plus que les motifs pour lesquels les annonceurs ont quitté les quotidiens aient compté pour la Cour fédérale ni pour la Cour suprême. La seule question qui importait, abstraction faite des acquisitions, relevait du fait que Southam aurait pris certaines mesures pour recouvrer la part du marché qu'elle avait perdue au profit des journaux communautaires.

La concurrence s'exerce sur les marges plutôt que sur les prix. La CAF a souligné l'importance de cette « concurrence générale ». La Cour suprême a fait remarquer (dans la citation ci-dessus) qu'en insistant sur la définition du marché du produit, il semble que le Tribunal ait perdu de vue la rivalité hors-prix entre les quotidiens et les journaux communautaires. En termes contemporains, le chevauchement concurrentiel dans l'affaire *Southam* visait peut-être davantage

le marché de l'innovation que celui des produits²⁹. Pour une discussion plus approfondie et d'autres ouvrages, voir la Federal Trade Commission (1996) ch.7, §.B. Les quotidiens et les journaux communautaires luttent pour obtenir les annonceurs en modifiant leurs produits respectifs pour les rendre plus attrayants aux annonceurs qui utilisaient ou auraient pu utiliser le produit de leur concurrent. Il se peut que cette concurrence les ait amenés sur le même marché de produit à un moment donné, mais pas nécessairement.

En fait, le Tribunal a examiné la question de la concurrence hors-prix dans sa décision (pp. 275-281). Il a indiqué qu'une conclusion selon laquelle le fusionnement se traduirait par un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence hors-prix exigerait les types de preuves suivants : (i) la preuve que la rivalité englobe la modification des produits existants afin d'attirer un ensemble d'utilisateurs communs; (ii) la preuve que les modifications antérieures apportées aux produits influent sensiblement sur les choix offerts aux consommateurs (utilisateurs); (iii) la preuve que le rythme de modification des produits est susceptible de ralentir sensiblement à la suite du fusionnement. Ayant appliqué ce critère, le Tribunal a conclu qu'il ne possédait pas suffisamment de preuves au sujet de l'importance, pour les annonceurs, des modifications apportées aux produits par les quotidiens et les journaux communautaires. De l'avis du Tribunal, la preuve était également insuffisante pour indiquer que l'acquisition des journaux communautaires par Southam empêcherait ou réduirait sensiblement la rivalité au chapitre des produits.

Le Tribunal n'a jamais négligé ni perdu de vue la question de la « concurrence générale ». Il a plutôt conclu que les preuves étaient insuffisantes pour appuyer la déduction selon laquelle les acquisitions empêcheraient ou réduiraient sensiblement la concurrence³⁰. Les conséquences de l'acquisition sur la concurrence hors-prix peuvent néanmoins être analysées de façon générale.

²⁹ La notion d'un marché de l'innovation est définie de la manière suivante dans les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* :

[TRADUCTION]

Un marché de l'innovation se compose de la recherche-développement axée sur des marchandises ou des processus particuliers nouveaux ou améliorés, et sur les proches substituts de ces activités. Les proches substituts représentent les efforts de recherche-développement, les technologies et les marchandises qui limitent sensiblement l'exercice du pouvoir de marché en ce qui touche la recherche-développement pertinente, par exemple, en limitant la capacité et l'incitatif d'un monopoleur hypothétique de ralentir le rythme de la recherche-développement.

³⁰ La prévision de la réduction vraisemblable de la rivalité au chapitre de l'innovation à la suite d'un fusionnement pose un problème. Que la réduction de la rivalité en matière de modification des produits ou d'autres formes de rivalité dans le domaine de l'innovation soient sensibles ou non dépend de la capacité respective des entreprises parties à la fusion et de la capacité des autres concurrents existants et éventuels. Selon les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, les organismes antitrust des États-Unis procéderont à cette évaluation en se fondant sur la part de la R-D pertinente ou sur la part d'autres actifs tenant compte de la capacité pertinente d'innovation (brevets, revenus de redevance) prise en compte par la nouvelle entité, et sur l'évaluation des clients et d'autres éléments du marché, comme l'importance concurrentielle des participants sur le marché de l'innovation. Dans les secteurs (comme la publication de journaux et les services bancaires) non caractérisés par d'importantes activités officielles de R-D ou de vastes portefeuilles de brevets, l'établissement de la capacité d'innovation à l'intérieur et à l'extérieur de l'entité fusionnée est probablement très subjective et la notion d'un marché de l'innovation demeurera vraisemblablement insaisissable.

Les conséquences d'une réduction de la concurrence dans un marché d'innovation dépendent généralement du point de vue. Bien qu'une réduction de la rivalité en matière d'innovation nuise aux consommateurs en leur qualité de consommateurs, elle peut être avantageuse pour l'ensemble de la société. Ainsi, les pertes subies par les consommateurs en raison d'une réduction de la variété peuvent être inférieures aux économies de ressources déjà affectées à la modification des produits. Dans ce cas, la variété des produits est peut-être réduite, mais la valeur des variétés perdues pourrait être inférieure à leur coût. Des améliorations peuvent également être apportées plus lentement aux produits, mais la perte subie par les consommateurs en raison du report des améliorations peut être inférieure aux économies de coûts découlant de l'allongement du processus de mise au point.

La question de savoir si une réduction de la rivalité au chapitre de l'innovation est vraisemblablement avantageuse au plan social constitue un exercice économique visant à déterminer le meilleur deuxième. Une partie du rendement des ressources investies dans l'innovation prend la forme de bénéfices acquis par d'autres innovateurs existants ou potentiels. Cette possibilité de déplacement des bénéfices se traduirait par un surinvestissement dans l'innovation. Cependant, les bénéfices des innovateurs sont inférieurs à l'avantage social de leurs innovations, et l'écart prend la forme du surplus des consommateurs. En soi, cette situation se traduirait par un sous-investissement dans l'innovation. Ces deux distorsions (rivalité en matière de redistribution et appropriation incomplète) fonctionnent en sens opposé et pourraient se traduire par une quantité trop grande, trop faible ou correcte d'innovation. Selon le jeu de ces distorsions, une réduction de la rivalité en matière d'innovation pourrait, à la limite, être nuisible ou avantageuse au plan social.

Appliqué à l'affaire *Southam*, cet argument sous-entend que Southam continuerait de modifier ses produits et accroîtrait ainsi la rentabilité globale de ses quotidiens et journaux communautaires, mais les dépenses qui n'auraient servi qu'à accroître les bénéfices des quotidiens au détriment de ceux des journaux communautaires et *vice versa*, seraient éliminées. L'acquisition supprime, du moins en partie, une distorsion (rivalité en matière de redistribution), mais ne supprime pas l'autre (appropriation incomplète des avantages de l'innovation au plan social). Par conséquent, il se pourrait que la rivalité des produits soit trop faible et que leur amélioration des produits soit moins qu'idéale.

Ordonnances par consentement

En 1989-1990, le Tribunal de la concurrence a entendu et accueilli trois demandes d'ordonnance par consentement en vertu des articles 92 et 105 de la *Loi sur la concurrence*³¹. Il s'agit des affaires *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (1990) (*Gemini I*), *Directeur des enquêtes et recherches c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (1990) (*Compagnie pétrolière Impériale*), et *Directeur des enquêtes et recherches c. Asea Brown Boveri Inc.* (1990)

³¹ Le Tribunal a également rejeté une demande d'ordonnance par consentement. L'ordonnance proposée dans l'affaire *Palm Dairies* (1986) a été rejetée par le Tribunal parce qu'elle aurait obligé ce dernier à exercer en permanence une surveillance réglementaire sur l'entité fusionnée. Les parties ont par la suite abandonné le projet plutôt que de contester la décision du Tribunal.

(*ABB*)^{32 33}. Aucune autre ordonnance par consentement n'a été demandée jusqu'en 1997, lorsque le Tribunal a entendu et accueilli trois autres demandes. Il s'agit des affaires *Directeur des enquêtes et recherches c. Dennis Washington et al.* (1997) (*Seaspan*), *Directeur des enquêtes et recherches c. Canadian Waste Services Inc.* (1997) (*CWS*) et *Directeur des enquêtes et recherches c. ADM Agri-Industries* (1997) (*ADM*)³⁴.

Le Tribunal a également entendu une demande du directeur en vertu de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence* en vue de modifier une ordonnance par consentement antérieure (*Gemini I*). Dans cette affaire, *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada (Gemini II)*, pour laquelle une décision a été rendue en 1993, le Tribunal a analysé en détail de l'effet vraisemblable de la faillite de Lignes aériennes Canadien International sur la concurrence dans le marché du transport aérien de voyageurs au Canada³⁵.

Dans l'affaire *La Compagnie Pétrolière Impériale*, le directeur désirait obtenir une ordonnance par consentement pour corriger ce qu'il estimait les effets anticoncurrentiels du fusionnement des deux plus grandes sociétés pétrolières intégrées verticalement du Canada, Compagnie pétrolière Impériale (Impériale) et Texaco Canada. En se fondant sur les données relatives au mouvement des produits (expéditions), le directeur a défini trois marchés géographiques, c'est-à-dire la région de l'Atlantique, l'Ontario et le Québec, et l'Ouest du Canada. Le fusionnement a ramené à deux le nombre de raffineries dans la région de l'Atlantique; l'une d'elles ne vendait pas de produits à des entreprises indépendantes. Le fusionnement a réduit le nombre de raffineries en Ontario et au Québec, le faisant passer de six à cinq; à l'issue de la fusion, l'entité fusionnée intervenait pour 28 % de la capacité de raffinage dans cette région. Les parts de la capacité de raffinage dans l'Ouest du Canada n'ont pas fluctué.

Le directeur a conclu que le fusionnement accroîtrait la probabilité de comportement collusoire entre les raffineurs. La tendance à l'interdépendance a été considérée comme découlant de la concentration du raffinage, de l'homogénéité du produit, de l'intégration verticale des raffineurs et de la transparence des prix, et du grand nombre de petits acheteurs acquis sur le marché de détail. L'existence d'un vaste marché de gros dans lequel des entreprises non intégrées relativement imposantes pourraient créer un affrontement entre les raffineurs a été considérée comme un moyen d'ébranler les tentatives de comportement coopératif entre les raffineurs. L'ordonnance par consentement a été structurée pour accroître ou, à tout le moins, prévenir une réduction de la

³² *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (1^{er} décembre 1993), CT-88/1, Ordonnance par consentement (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 27 C.P.R. (3^e) 476; *Directeur des enquêtes et recherches c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (6 février 1990), CT-89/3, Ordonnance par consentement, (Tribunal de la concurrence) (non publiée); *Directeur des enquêtes et recherches c. Asea Brown Boveri Inc.* (16 mars 1990) CT-89/1, Ordonnance par consentement (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 27 C.P.R. (3^e) 65.

³³ Les services de l'auteur ont été retenus par le directeur dans l'affaire *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* et par l'intimé dans l'affaire *ABB*.

³⁴ *Directeur des enquêtes et recherches c. Dennis Washington et al.*, (29 janvier 1997), CT-96/1, (Tribunal de la concurrence); *Directeur des enquêtes et recherches c. Canadian Waste Services Inc.*, (5 mars 1997), CT-97/1 (Tribunal de la concurrence).

³⁵ *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada*, (22 avril 1993), CT-88/1, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 49 C.P.R. (3^e) 7.

capacité des entreprises indépendante de se comporter comme des clients stratégiques sur le marché intérieur de gros, et pour trancher les différences entre les prix de gros pratiqués au Canada et aux États-Unis.

L'ordonnance par consentement rendue en 1990 exigeait qu'Impériale se dessaisisse de tous les actifs de Texaco dans la région de l'Atlantique, y compris une petite raffinerie, des terminaux et des stations-service. En vertu de cette ordonnance, Impériale devait fournir une quantité précise d'essence à des entreprises indépendantes de l'Ontario et du Québec pendant une période de sept ans, et se dessaisir de terminaux et de stations-service en Ontario, au Québec et dans les provinces de l'Ouest³⁶. Le dessaisissement des stations-service avait pour but de permettre à l'entité fusionnée de conserver entre 25 % et 30 % de chaque marché local de détail, selon la part que détenaient les entreprises indépendantes sur ce marché. Les marchés locaux étaient définis comme des marchés de Kent (cabinet de recherche sur le marché du pétrole), dans la mesure où ces données étaient diffusées.

La règle de dessaisissement particulière était la suivante :

<u>Part des indépendants</u>	<u>Part d'Impériale après le dessaisissement</u>
20 % ou plus	30 % ou plus
15 % - 19,9 %	25 % - 29,9 %
moins de 15 %	25 % ou moins

D'autres règles s'appliquaient aux régions non définies comme des marchés de Kent et aux villes et villages de moins de 10 000 habitants. Par exemple, dans les localités où l'on dénombrait jusqu'à trois établissements, Impériale a été autorisée à n'en conserver qu'un. D'autres règles étaient conçues pour que les entreprises indépendantes acquièrent le plus grand nombre possible d'établissements visés par le dessaisissement.

Le dessaisissement a finalement porté sur 414 stations-service (67 % à des entreprises indépendantes) et 13 terminaux (cinq à des entreprises indépendantes), de même que sur une raffinerie. Même si certains facteurs ont probablement été pris en compte, des preuves indiquent que le taux d'accroissement de la part du marché de l'essence au détail des entreprises indépendantes a quelque peu accéléré pendant les années qui ont suivi le dépôt de l'ordonnance par consentement.

Un raffineur régional intégré a exploité pendant quatre ans la raffinerie ayant fait l'objet du dessaisissement, puis l'a fermée³⁷. Une partie du processus de dessaisissement a été prolongée, certaines stations-service n'ayant pas encore été cédées à la fin de juillet 1995. Ce retard a été attribué en partie aux problèmes de dépollution liés au changement de propriétaire au sein de

³⁶ Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1990*, p. 19.

³⁷ L'entreprise qui a acquis la raffinerie, Ultramar, s'était engagée à l'exploiter pendant sept ans, mais elle a été autorisée à la fermer sur préavis de 90 jours en cas de conditions défavorables. La fermeture a fait l'objet d'une contestation judiciaire infructueuse de la part du syndicat représentant les travailleurs de la raffinerie et du gouvernement provincial.

l'industrie. Pour ce qui est de l'exigence d'approvisionnement des entreprises indépendantes, Impériale a dépassé les montants précisés dans l'ordonnance pendant au moins une des années visées³⁸.

L'affaire *ABB* portait sur l'acquisition des activités liées au matériel de transport et de distribution d'électricité de Westinghouse au Canada, une entreprise multinationale des États-Unis, par Asea Brown Boveri, une entreprise multinationale helvético-suédoise. L'acquisition n'a laissé qu'un seul fabricant national de transformateurs électriques d'au moins 400 MVA (mégavoltampères) et seulement deux fabricants nationaux de transformateurs de 40 à 400 MVA³⁹.

Dans l'affaire *ABB*, l'ordonnance par consentement rendue en 1989 avait pour objectif de compenser la concurrence nationale réduite en intensifiant celle exercée par les importations. *ABB* devait obtenir (du ministère des Finances), pendant au moins cinq ans, la remise complète des droits de douane applicables à toutes les importations de transformateurs d'au moins 400 MVA. *ABB* devait également demander une réduction accélérée des droits de douane sur les transformateurs de 40 à 400 MVA importés des États-Unis. Ces droits devaient diminuer progressivement sur 10 ans jusqu'à leur élimination en vertu de l'Accord de libre-échange (ALÉ) entre le Canada et les États-Unis. Selon les dispositions de l'ordonnance par consentement, ils devaient être supprimés en trois ans.

L'ordonnance par consentement rendue dans l'affaire *ABB* renfermait également une disposition par la suite qualifiée d'« attrayante ». Si *ABB* n'obtenait pas une réduction accélérée des droits de douane sur les importations en provenance des États-Unis dans le délai prescrit, elle serait tenue de se dessaisir de la plus petite des deux usines qu'elle avait acquises. Si *ABB* n'obtenait pas la remise des droits sur les transformateurs de 400 MVA importés, elle devait se dessaisir de toutes les activités de fabrication de transformateurs qu'elle avait acquises de Westinghouse. Toutefois, *ABB* a obtenu la réduction accélérée des droits de douane en vertu de l'ALÉ pour les transformateurs de 40 à 400 MVA et la remise des droits, sur une période de cinq ans, à l'égard des transformateurs d'au moins 400 MVA importés de tous pays. La remise de cinq ans des droits de douane devait se terminer à la fin de 1994. À la réception des commentaires des services d'électricité, à savoir que la remise de 15 % des droits sur les transformateurs de grande puissance avait permis à des fournisseurs d'outre-mer d'exercer une concurrence efficace sur le marché et que la concurrence prévue des fournisseurs des États-Unis (qui ont accès au marché canadien en franchise de droits) ne s'était pas matérialisée, le directeur a demandé au ministère des Finances de proroger la remise de droits pour une période supplémentaire de cinq ans⁴⁰. Cette prorogation prendra fin en 1999.

L'affaire *Gemini I* portait sur le fusionnement de deux systèmes informatisés de réservation (SIR) de billets d'avion, Reservec, appartenant à Air Canada, et Pegasus, qui appartenait à Lignes aériennes Canadien International (comme elle était désignée à l'époque). L'entité fusionnée,

³⁸ Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1992*, p. 11.

³⁹ Hunter (1989).

⁴⁰ Directeur des enquêtes et recherches, Tribunal de la concurrence, *Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1995*, p. 26.

Gemini, intervenait pour environ 80 % des SIR au Canada, et Sabre (propriété de American Airlines) comptait pour près de 20 %; trois autres fournisseurs de SIR détenaient des parts négligeables du marché.

L'ordonnance par consentement rendue dans l'affaire *Gemini I* (en 1989) renfermait un ensemble de règles d'exploitation du système informatisé de réservation (Gemini) de deux transporteurs aériens de voyageurs du Canada, Air Canada et Lignes aériennes Canadien International (Canadien). Ces règles étaient semblables à celles imposées en 1984 aux fournisseurs de SIR aux États-Unis par la Civil Aeronautics Board. Gemini devait être exploité de façon à désigner les compagnies aériennes concurrentes (non participantes) d'une manière non discriminatoire et elle devait aussi fournir sur une base réciproque à Air Canada et à Canadien des systèmes de réservation concurrentiels offrant des renseignements sur la disponibilité des derniers sièges. Il était également interdit à Air Canada et à Canadien d'utiliser le système Gemini pour coordonner l'établissement des tarifs et ainsi réduire la concurrence entre eux.

Pour ce qui est de la concurrence sur le marché des SIR, l'ordonnance par consentement a vraiment eu un effet positif. Dans une décision rendue en 1993 au sujet d'une demande du directeur en vue de modifier l'ordonnance par consentement *Gemini* (*Gemini II*, voir ci-dessous), le Tribunal a conclu ce qui suit :

De plus, la preuve présentée devant le Tribunal indique très clairement que l'ordonnance par consentement a été efficace et qu'elle a été appliquée de façon à réaliser son objet essentiel axé sur la concurrence, puisqu'elle a créé un contexte dans lequel Sabre a pu accroître sa part nationale des segments réservés par les SIR, qui est passée d'environ 20 % en 1989 à plus de 40 % en 1992. Aucun transporteur autre que les propriétaires de Gemini ne s'est plaint au Tribunal de la façon dont il est traité par Gemini⁴¹.

En 1992, Canadien a tenté de mettre un terme à son association avec Gemini pour conclure une alliance avec American Airlines (qui exploitait le SIR Sabre), mais elle en a été empêchée par Air Canada. Le directeur a demandé au Tribunal de rendre une ordonnance pour libérer Canadien du système Gemini parce qu'à défaut d'une alliance avec American Airlines, Canadien déclarerait faillite, permettant ainsi à Air Canada d'exercer un monopole dans la plupart des paires de villes desservies au Canada. Dans sa décision (*Gemini II*), le Tribunal a accueilli l'analyse du directeur au sujet des conséquences de la faillite de Canadien sur la concurrence, mais il a décidé qu'il n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance de cette nature⁴². Cette décision a été rejetée en appel et l'affaire a été renvoyée devant le Tribunal, qui a ordonné la dissolution du groupe Gemini. Canadien a transféré son système de réservation interne à Sabre en 1994 et Gemini a été scindée en deux sociétés, Advantis Canada, une société de services informatiques et de réseau de télécommunications appartenant à IBM, et Galileo, une filiale d'Air Canada qui a repris le SIR de Gemini. Les règles d'exploitation du SIR émises en rapport avec l'ordonnance par consentement Gemini demeurent en vigueur.

⁴¹ *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (22 avril 1993), CT-88/1, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence), p. 41; version anglaise publiée dans 49 C.P.R. (3^e) 36.

⁴² Pour plus de détails, voir Campbell (1993) et Campbell et Hughes (1993) et (1993a).

L'affaire *Seaspan* portait sur le fusionnement de trois sociétés (Cates, Seaspan et Norsk) qui offraient des services de transport par barge et d'assistance maritime (par remorqueur) dans les eaux côtières de la Colombie-Britannique. Le fusionnement a éliminé la concurrence au chapitre de la prestation de services d'assistance maritime à Burrard Inlet, supprimé l'arrivant le plus probable sur le marché des services d'assistance maritime à Roberts Bank, et réduit à deux le nombre de concurrents offrant des services de transport par barge à copeaux et par barge protégée. Selon le directeur, les marchés de services de transport par barge et d'assistance maritime étaient caractérisés par d'importants entraves à l'accès, c'est-à-dire la réglementation et les coûts irrécupérables.

L'ordonnance par consentement oblige l'intimé à se dessaisir d'une quantité importante de biens, y compris des remorqueurs et des barges, pour permettre d'équiper un nouveau concurrent. Si ce dessaisissement ne donne pas les résultats escomptés, l'intimé doit vendre la société Cates, le fournisseur de services de transport maritime à Burrard Inlet, comme entreprise de services d'assistance maritime autonome, de même que tous les services de transport par barge de Norsk.

L'affaire *CWS* portait sur l'acquisition d'une entreprise d'enlèvement des déchets solides, Laidlaw, par une autre, Canadian Waste Management Services (CWS). Le directeur a conclu à un empêchement ou à une réduction sensible de la concurrence dans les villes de Sarnia et de Brantford, où l'acquisition a permis à CWS d'accaparer respectivement 90 % et 80 % du marché commercial de la gestion des déchets solides chargés à l'avant. À la suite d'une acquisition antérieure par Laidlaw (Waste Management International, WMI), CWS s'est retrouvée avec une part de 70 % du marché commercial des déchets enlevés par chargement avant à Ottawa et de 95 % dans l'Outaouais. Le directeur a également conclu à une réduction sensible de la concurrence sur ces deux marchés. Il a indiqué qu'il n'y a pas eu de réduction sensible dans les deux autres régions visées, car deux concurrents dynamiques y sont demeurés. Selon le directeur, des obstacles importants ont réduit l'accès à ces marchés locaux sous formes d'économie découlant de la densité des circuits et de contrats décalés à long terme.

L'ordonnance par consentement prévoit que CWS se dessaisira de toutes les activités de gestion des déchets solides de Laidlaw à Sarnia et à Brantford, et des activités de gestion des déchets solides de WMI qu'elle avait acquises de Laidlaw à Ottawa et dans l'Outaouais. L'ordonnance précise également que les entreprises qui acquerront les sociétés dont CWS se dessaisira dans ces villes auront accès, selon certaines modalités, aux décharges contrôlées par CWS à Sarnia et à Ottawa.

L'affaire *ADM* (1997) portait sur l'achat des actifs de minoterie de Maple Leaf Mills (MLM) au Canada par Archer Daniels Midland (ADM), et sur le chevauchement direct des activités d'ADM et de MLM au chapitre de la production, de la commercialisation et des ventes de farine de blé. Le directeur a déterminé le marché du produit pertinent comme la farine panifiable de blé dur en vrac, de même que trois marchés géographiques pertinents : les provinces de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba (le « marché de l'Ouest du Canada »), la province de l'Ontario jumelée à la région métropolitaine de Buffalo, dans l'État de New York (le « marché de l'Ontario/Buffalo »), et le marché du Québec et de la région de l'Atlantique. Le directeur a conclu que la transaction n'avait pas empêché ni réduit sensiblement

la concurrence, et n'était pas susceptible de le faire, au chapitre de l'offre de farine panifiable de blé dur en vrac sur les marchés de l'Ouest du Canada et de l'Ontario/Buffalo.

Pour ce qui est du marché de l'Ouest du Canada, le directeur a conclu qu'après le fusionnement, ADM interviendrait pour environ 48 % du marché de la farine panifiable de blé dur en vrac, d'après la capacité de minoterie. Cependant, ce marché comptait sept autres minoteries (farine de blé dur), y compris Robin Hood, la deuxième plus importante minoterie de l'Ouest du Canada, qui était en mesure de contraindre toute hausse de prix par ADM après le fusionnement. Le directeur a également fondé en partie sa conclusion sur l'expansion prévue de deux minoteries de l'Ouest du Canada qui n'appartenaient pas à ADM, de même que sur la concurrence que pourraient exercer les minoteries des États-Unis.

Pour ce qui est du marché de l'Ontario/Buffalo, le directeur a conclu qu'ADM détiendrait environ 42 % de ce marché après le fusionnement. Six autres minoteries (blé dur) actives en Ontario étaient capables de desservir ce marché, y compris Robin Hood qui exploitait la deuxième plus importante minoterie en Ontario. La conclusion du directeur, à l'effet que la concurrence ne serait pas réduite sensiblement sur ce marché, était également fondée sur le fait que la société U.S. Milling Company, une minoterie située à Buffalo (New York), serait capable de limiter toute majoration importante et non transitoire des prix par ADM après le fusionnement.

Le directeur a conclu que le fusionnement proposé serait susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence au chapitre de l'offre de farine panifiable de blé dur en vrac sur le marché du Québec et des provinces de l'Atlantique. Selon le directeur, la part du marché d'ADM après le fusionnement dépasserait 60 %, ce qui est très élevé dans un marché fortement concentré. Le ratio de concentration des quatre entreprises sur le marché de la farine panifiable de blé dur en vrac demeurerait à 100 % après le fusionnement, et l'indice Herfindahl-Hirschman (« IHH ») se situerait à 4659,34 points après le fusionnement, comparativement à 2842,15 avant le fusionnement.

L'ordonnance par consentement approuvée par le Tribunal exigeait le dessaisissement d'une minoterie représentant 7 % de la capacité sur le marché pertinent, de même qu'un engagement de la part d'ADM à fournir aux acheteurs de cette minoterie de la farine supplémentaire à certaines conditions, selon des quantités pouvant atteindre 8 % de la capacité du marché pertinent⁴³.

Procédures arrêtées

En décembre 1996, le directeur a demandé au Tribunal de rendre une ordonnance exigeant la dissolution du fusionnement entre Canada Maritime Ltée et CAST North America sous prétexte que ce fusionnement réduirait sensiblement la concurrence au chapitre de la prestation de services de transport de marchandises conteneurisées entre le port de Montréal et le Nord de l'Europe. Le directeur a prétendu que l'entité fusionnée détiendrait 63 % du marché. En outre, le fusionnement permettrait à CAST de se joindre au consortium auquel était déjà partie Canada

⁴³ *Directeur des enquêtes et recherches c. ADM Agri-Industries Ltd.*, (8 mai 1997), CT-97/2, Ordonnance par consentement (Tribunal de la concurrence).

Maritime, ce qui aurait pour effet de faire passer la part du marché détenue par le consortium de 45 % à 85 %. Le directeur a également soutenu qu'il n'existait pas de concurrence interportuaire efficace et que des entraves prenant la forme de coûts irrécupérables rendaient difficile l'accès au marché des services de conteneur à partir du port de Montréal, les navires devant être de dimensions réduites et renforcés pour résister aux glaces. La demande du directeur était remarquable du fait que l'Office national des transports avait déjà autorisé le fusionnement au plan de la réglementation, décision qui ne contrevenait pas à l'intérêt public.

En septembre 1997, le directeur a demandé l'arrêt des procédures lorsqu'un nouveau concurrent d'importance a fait son entrée sur le marché. Selon toute vraisemblance, le directeur retirera sa demande.

Observations relatives au processus d'examen des fusionnements

En vertu de la *Loi sur la concurrence* (la Loi), certains facteurs doivent être pris en compte avant de décider si un fusionnement est susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence. Les dispositions de la Loi interdisent de statuer sur l'empêchement ou la réduction sensible de la concurrence en se fondant uniquement sur des preuves attestant de la part du marché ou de la concentration. Par conséquent, un fusionnement ne peut être réputé anticoncurrentiel au Canada uniquement sur la base des ratios de concentration ou de l'IHH.

Il a été noté que le seuil de la part du marché auquel les fusionnements sont susceptibles d'être contestés est beaucoup plus élevé au Canada qu'aux États-Unis (Kennish et Fong, 1995). À l'exception de l'affaire *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée*, il semble que les affaires entendues par le Tribunal portaient sur des fusionnements qui ont créé des entreprises dominantes capables d'exercer unilatéralement un pouvoir de marché. Bien qu'il soit envisagé dans les Lignes directrices, l'argument selon lequel un fusionnement accroît la probabilité de l'exercice conjoint du pouvoir de marché dans un secteur oligopolistique (petits nombres) a été rarement soulevé. À ce titre, il se peut que la démarche du Canada se rapproche davantage de celle de la Communauté européenne, qui consiste à ne contester que les fusionnements qui entraînent la création ou l'enchâssement d'une position dominante, que de celle des États-Unis, qui porte sur l'accroissement de l'interdépendance et sur la position dominante. Évidemment, il importe également de reconnaître que le directeur examine souvent des fusionnements sur des marchés qui font déjà l'objet d'une grande concentration d'après les normes américaines et que l'autorisation de fusionnements dans des marchés où la concentration est légèrement moins forte peut découler d'une limitation des ressources tout autant que de l'application de normes antitrust.

En acceptant des niveaux élevés de concentration sur le marché intérieur, le directeur et le Tribunal s'en sont remis à la discipline de la concurrence exercée par les importations (dans les affaires *ABB*, *Hillsdown* et *ADM*), à la facilité de l'expansion marginale (*Hillsdown*), à l'accès imminent ou à l'expansion marginale (*ADM*) et à la facilitation de l'implantation par l'entremise des règles judiciaires régissant l'accès à des réseaux (*Gemini I*). L'affaire *La compagnie Pétrolière Impériale Limitée* constitue une exception, qui présente la possibilité d'une

interdépendance accrue plutôt qu'une dominance et un dessaisissement visant à obtenir une part du marché *pro forma* d'au plus 25 % pour l'entité fusionnée.

Bien qu'un certain nombre d'affaires tranchées par le directeur au moyen d'engagements et par le Tribunal à l'aide d'ordonnances par consentement portent sur l'acceptation de niveaux relativement élevés de concentration chez les producteurs nationaux, le dossier révèle certaines situations où le directeur a pris des mesures pour empêcher que le nombre de concurrents importants sur le marché ne passe de trois à deux. Lorsque le directeur a acquiescé à un fusionnement pour des motifs de position dominante, il semble avoir accordé beaucoup d'importance aux mesures de redressement qui réduisent à moins de 50 % la part du marché *pro forma* de l'entité fusionnée. Lorsqu'il est préoccupé par l'interdépendance et qu'il dispose de mesures de redressement, le directeur peut faire preuve de beaucoup plus de rigueur en ce qui touche la structure de marché issue du fusionnement qu'il est disposé à accepter. Dans l'affaire de *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée*, l'ordonnance par consentement a limité à 25 % la part des principaux marchés de détail de l'entité fusionnée dans lesquels la participation des entreprises indépendantes était relativement faible. Il s'agit probablement du précédent pertinent applicable aux fusionnements de banques de l'annexe I.

Les décisions du Tribunal ont été motivées, mais non influencées directement, par la politique industrielle. Même si les analyses du Tribunal au sujet des conséquences des fusionnements sur la concurrence ont tenu compte des politiques industrielles en vigueur, comme les restrictions touchant la propriété étrangère des transporteurs aériens nationaux, celles qui visent le cabotage (*Gemini II*), le Tribunal n'a pas appliqué les objectifs de la politique industrielle au-delà de la protection du processus concurrentiel. Il a respecté cette démarche malgré l'intervention des procureurs généraux des provinces qui recommandaient de structurer les mesures de redressement pour préserver les emplois locaux (*Gemini I*, *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée*). Il en va de même pour le directeur, qui n'a pas tenu compte des arguments selon lesquels il faut conserver sur le marché « un intervenant canadien dynamique ». Il est évident que si la propriété des banques de l'annexe I, l'emploi dans les banques et la composition du portefeuille sont des facteurs importants, ils devront être examinés hors du contexte de la *Loi sur la concurrence*.

Les résultats obtenus par l'application de mesures de redressement sont mitigés. Les activités de surveillance n'ont vraisemblablement pas permis de dégager des éléments qui auraient porté le directeur à modifier sa décision, à savoir ne pas contester une transaction. Cette situation est quelque peu étonnante, car on pourrait croire qu'il existerait au moins une instance dans laquelle les effets anticoncurrentiels appréhendés par le directeur, mais dont il n'était pas certain, se sont concrétisés. La question de savoir si les activités de surveillance ont été ou auraient pu être significatives compte tenu du fait que les pistes sont totalement brouillées après un fusionnement n'a pas encore été réglée. Les dessaisissements ont manifestement été efficaces dans certaines situations (*Safeway/Woodwards*) et ont posé des problèmes dans d'autres (*A&P*). Il a parfois fallu beaucoup de temps pour que la mesure de redressement par dessaisissement donne ses effets (*La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée*, en raison de problèmes de réglementation environnementale et *Southam*, à cause d'appels sur le fonds et sur la mesure de redressement). Les ordonnance garantissant l'accès ou exigeant la fourniture d'intrants essentiels ont, semble-t-il, donné de meilleurs résultats. La nature et l'efficacité des mesures de redressement qui pourraient

être adoptées pour prévenir toute réduction sensible de la concurrence découlant d'un fusionnement de banques de l'annexe I demeurent incertaines.

Réformes proposées en matière de procédure : Bureau de la concurrence

La rapidité d'exécution du processus d'examen des fusionnements a fait l'objet de nombreux commentaires. La durée des enquêtes de fusionnement au sein du Bureau est considérée comme incertaine et éventuellement longue. Le Bureau s'est récemment engagé à garantir des « délais d'exécution maximaux », c'est-à-dire a) 14 jours pour des transactions simples, b) 10 semaines pour des transactions complexes, et c) 5 mois pour des transactions très complexes.

L'autre problème important au chapitre de l'examen des fusionnements au sein du Bureau réside dans le fait qu'il semble difficile d'établir le fondement qui permettrait au directeur de régler les cas qui lui sont présentés. Campbell (1997, p. 471) résume ce problème en indiquant qu'il porte sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire incontrôlé du directeur.

Le pouvoir discrétionnaire du directeur peut être limité par l'application privée. Il s'agit d'une question litigieuse longuement analysée. L'une des faiblesses de l'application privée réside dans le fait que les parties qui ont le plus à gagner sont les concurrents qui s'estiment lésés. Ils forment un groupe d'intérêt concentré qui cherche à empêcher l'implantation d'un concurrent plus puissant ou de concurrents dynamiques en général, et qui possède la capacité, que n'ont souvent pas les consommateurs, de passer outre les problèmes de l'abstentionnisme.

Malgré la possibilité du recours à l'application privée comme forme de harcèlement concurrentiel, Roach et Trebilcock (1997) soutiennent qu'il subsiste un « motif probant » en faveur de l'application privée des dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de pratiques examinables, principalement pour appliquer la « justice correctrice », mais aussi comme moyen d'assurer la responsabilisation du directeur. Ces auteurs estiment que l'on pourrait réduire le recours anticoncurrentiel à des mesures privées en prévoyant une procédure obligatoire de jugement sommaire et une règle de « perdant-payeur », et en refusant aux demandeurs privés le droit de réclamer l'application de mesures de redressement provisoires.

À défaut d'application privée, Campbell suggère une plus grande transparence pour limiter le pouvoir discrétionnaire du directeur. Cette mesure exigera plus de détails sur les motifs qui sous-tendent les décisions du directeur. Il faudrait alors peut-être divulguer ce que l'on considèrerait jusqu'ici comme des données confidentielles sur les marchés exploités par l'entité fusionnée.

Réformes proposées en matière de procédure : Tribunal de la concurrence

Pour ce qui est du Tribunal de la concurrence, Campbell (1997) qualifie les délibérations du Tribunal de longues, officielles (très judiciairisées) et coûteuses. Par conséquent, le directeur et les parties en cause ont évité dans la mesure du possible de recourir à cette instance dont la charge de travail a été « irrégulière ». Les ressources du Tribunal en général et l'expertise de ses

membres non spécialisés en particulier ont été essentiellement sous-utilisées. Campbell a proposé un certain nombre de changements qui pourraient simplifier et accélérer les travaux touchant les fusionnements et d'autres pratiques soumises à l'examen du Tribunal, et accroître la mesure dans laquelle ils reposent sur des motifs économiques. Campbell (1997, p. 499) suggère de réduire le rôle des juges de la Cour fédérale au sein du Tribunal, voire d'éliminer complètement leur intervention. Il propose également plusieurs façons d'améliorer le traitement des affaires. Le Tribunal pourrait notamment préciser les points importants que les parties en cause devraient aborder, imposer des conditions rigoureuses en matière d'intervention, abandonner le processus de communication préalable, recourir au dépôt préalable de preuves fournies par des profanes, limiter les motifs d'appel et restreindre le processus d'examen des ordonnances par consentement à la détermination des lacunes importantes⁴⁴.

Pour ce qui est de la jurisprudence, les deux affaires de fusionnement contestées ont été quelque peu idiosyncratiques; ce n'est pas le genre d'affaire dont on pourrait s'attendre à tirer une grande valeur au plan des précédents⁴⁵. Pourtant, certains juristes croient que le Tribunal a renoncé à appliquer le droit à cause des possibilités limitées qui découlaient de ces affaires. Campbell (1997, p. 421) conclut que les décisions du Tribunal renferment « étonnamment peu de principes juridiques ou économiques ». Il propose au Tribunal d'accorder plus d'attention aux décisions qu'il a déjà rendues, de tenir compte des Lignes directrices plutôt que de les négliger, et de recourir davantage aux remarques incidentes.

Répercussions sur l'examen des fusionnements dans le secteur des services financiers

Les décisions du directeur et du Tribunal donnent certaines indications relativement à quelques points que doit examiner le Groupe de travail au sujet de la politique de fusionnement. Par exemple, on a mentionné que l'évaluation des fusionnements ne permet pas d'aborder la question de la concurrence hors-prix ou qu'à tout le moins elle n'y a pas accordé suffisamment d'attention. Les décisions du Tribunal et des cours d'appel dans l'affaire *Southam* (abordées en détail ci-dessus) démontrent que les points en litige ont été largement diffusés et que le Tribunal possède un cadre raisonnable qui lui permettra de les étudier à l'avenir. On ne peut en déduire que la prédiction des effets vraisemblables des changements au chapitre de la structure du marché sur les divers éléments de la concurrence hors-prix ne constituera plus un défi ou que le secteur financier ne présente pas certaines formes exclusives de concurrence hors-prix. Cette question est traitée de façon plus détaillée dans une autre section de la présente étude.

⁴⁴ Nous accueillons plus particulièrement la proposition de Campbell, qui recommande d'éliminer la distinction subtile entre les questions de fait, les questions de droit et les questions de fait et de droit pour ce qui est des affaires qui doivent être tranchées uniquement par les membres juristes et d'après les motifs d'appel.

⁴⁵ Dans les affaires d'abus de la position dominante qu'il a tranchées, le Tribunal a établi une jurisprudence au chapitre de la définition des marchés géographiques et du produit et des entraves à l'accès qui s'appliquent aux affaires de fusionnement. Voir la section IX.

On a également laissé entendre que le processus d'examen des fusionnements ne tient peut-être pas dûment compte de la modification des entraves à l'accès⁴⁶. La démarche du Tribunal au chapitre des entraves à l'accès, qui a été énoncée dans l'affaire *Southam* de même que dans d'autres décisions, insiste sur le fait que l'investissement indivisible et spécialisé qui est requis pour donner accès au marché constitue un élément essentiel d'une entrave non réglementaire à l'accès. Cette démarche est conforme à la pensée économique contemporaine. Ceux qui soulèvent la question des entraves à l'accès craignent peut-être que ces obstacles aient été ou soient bientôt réduits. Par exemple, grâce à l'évolution des services bancaires électroniques, il se pourrait que l'accès à grande échelle au marché des services bancaires de détail n'exige pas l'implantation d'un réseau de succursales ou le lent processus de création d'une réputation de stabilité au niveau local. Par conséquent, les entraves à l'accès pourraient diminuer. Les arguments selon lesquels les entraves à l'accès ont récemment diminué ou diminueront bientôt sont courants dans l'examen des fusionnements. Le directeur et le Tribunal sont en mesure de bien saisir ces arguments et se sont montrés disposés à les examiner.

Il est possible de déduire en partie la façon dont le directeur et le Tribunal examinent un fusionnement de banques de l'annexe I à partir de l'ordonnance par consentement rendue dans l'affaire *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée*. La fabrication de l'essence et sa distribution constituent un secteur d'activité très visible. Le public semble convaincu qu'il s'agit d'une activité cartellisée. En effet, on y retrouve certaines conditions propices à la cartellisation énoncées dans les Lignes directrices. Le raffinage est une activité concentrée et les raffineurs sont intégrés au processus de vente au détail. Les prix de vente au détail sont transparents et les achats au détail sont de taille réduite, répétitifs et périodiques. Les marchés de la vente au détail sont locaux. Les fournisseurs comprennent des raffineurs-vendeurs intégrés et des entreprises indépendantes non intégrées. Dans l'affaire *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée*, le directeur a insisté pour que les parts du marché de détail *pro forma* de l'entité fusionnée ne dépassent pas 30 % sur tous les grands marchés et 25 % sur les marchés où les entreprises indépendantes occupent une place peu importante. Ce plafonnement de la part du marché n'est fondé sur aucun calcul économique apparent. Le directeur a également insisté pour que l'entité fusionnée fournisse son produit à des entreprises indépendantes (en Ontario). Le Tribunal a reproché au directeur de ne pas avoir été assez sévère pour corriger la réduction de la concurrence qu'il avait relevée.

⁴⁶ Dans son mémoire au Groupe de travail, l'Association des banquiers canadiens dit craindre que les Lignes directrices ne soient pas suffisamment souples pour englober une situation où l'élargissement des activités d'une région géographique à une autre est facilitée :

« L'ABC n'a qu'une réserve en ce qui concerne les lignes directrices visant les fusions, à savoir le besoin de définir le « marché » comme un élément essentiel de l'analyse de la politique en matière de concurrence.

Deux types de marchés sont évalués : un marché géographique et un marché du produit. Cependant, la technologie dans le secteur des services financiers redéfinit complètement la notion de marché selon les deux perspectives. Nous craignons que les lignes directrices actuelles en matière de fusion ne soient pas assez souples pour refléter cette nouvelle réalité. En effet, la nouvelle technologie nous rapproche davantage d'un marché national de services financiers. Ainsi, l'arrivée de la Wells Fargo Bank sur le marché montre que les petites et moyennes entreprises ne sont pas vouées à rester des fournisseurs de services locaux. » (1997, pp. 94-95)

Ce scénario fait ressortir certaines similitudes évidentes entre l'affaire *La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* et certains fusionnements entre les six grandes banques. Il n'est pas inconcevable que le directeur puisse envisager une mesure de redressement semblable, c'est-à-dire exiger des dessaisissements sur les marchés locaux pour maintenir la part du marché de l'entité fusionnée à l'égard de toute gamme de produits importante, en-deçà de 25 % par exemple. Ce plafond pourrait dépendre de l'importance des fournisseurs des principales gammes de produits parmi les banques ne faisant pas partie de l'annexe I sur le marché local⁴⁷. En outre, une garantie d'approvisionnement des concurrents non intégrés (c'est-à-dire les entreprises de services financiers qui contractent des emprunts auprès des banques, mais qui les concurrencent également) pourrait être requise. Évidemment, ces deux scénarios comportent aussi des différences. La concurrence exercée par les importations était importante sur certains marchés de l'essence. Le nombre de marchés de produits à prendre en compte est beaucoup plus élevé dans le secteur des services financiers. La technologie y évolue plus rapidement. Il pourrait être plus difficile d'y appliquer des mesures de redressement prenant la forme de dessaisissements.

Les fusionnements de banques de l'annexe I sont fréquemment réputés axés sur l'efficacité. Bien que nous examinions cette question de façon plus détaillée dans une autre section de notre rapport, nous notons ici que le directeur interprète le paragraphe 96(2) de façon restreinte et qu'en conséquence, il n'autoriserait probablement pas *directement* un fusionnement sous prétexte qu'il accroît les ventes à l'étranger ou qu'il en prévient la perte. Le Tribunal interprète l'article 96 de façon encore plus restreinte : à son avis, tout fusionnement se traduisant par une hausse de prix ou une détérioration du service offert aux clients nationaux comporte des lacunes, quelle que soit l'ampleur des gains en efficacité et l'augmentation des exportations qui en découlent.

De façon plus générale, il semble qu'à certains égards le processus d'examen des fusionnements n'a pas été exécuté comme prévu dans l'ensemble. Pour ce qui est de son rôle, le directeur semble avoir adopté un processus plus expéditif et plus transparent. Certaines des réformes proposées à l'égard du Tribunal exigeraient des mesures législatives qui ne sont pas abordées dans les propositions formulées récemment en vue de modifier la *Loi sur la concurrence*. Rien ne justifie que les réformes de nature plus opérationnelle ne soient pas exécutées.

Déclarer que le processus est lent et que la jurisprudence n'est pas ce qu'elle devrait être après 11 ans n'équivaut pas à affirmer qu'il existe de meilleures façons d'aborder les fusionnements d'entreprises de services financiers en général et de banques de l'annexe I en particulier. Même si d'autres modes de réglementation au Canada et ailleurs renferment des éléments attrayants dignes d'être intégrés dans les instances examinées en vertu de la *Loi sur la concurrence*, il est difficile de trouver un régime de réglementation ne comportant pas de lacunes à certains égards.

Bien que l'ensemble des notions, principes et règles juridiques accueillis ne soit peut-être pas idéal, il s'agit du seul instrument de travail pouvant être appliqué au processus d'examen des fusionnements, qu'il soit exécuté par le Bureau de la concurrence, le ministère des Finances ou d'autres organismes. En plus, le nombre de projets de fusionnements de banques de l'annexe I,

⁴⁷ Cela soulève la question de savoir si une logique économique sous-tend ce plafonnement de la part du marché et, dans l'affirmative, si le plafond doit être différent pour les réseaux de succursales bancaires et la vente d'essence au détail.

s'il en est, sera vraisemblablement peu élevé. Ces projets domineront le processus d'examen des fusionnements pendant une période relativement courte, mais les lacunes de ce processus au chapitre de la procédure ne poseront pas de problème permanent. On ne peut vraisemblablement pas en dire autant des dispositions de la Loi portant sur l'abus de position dominante et sur les restrictions verticales. Ces éléments sont analysés de façon plus détaillée aux sections VIII et IX.

Tableau II.1
Nombre de fusionnements en application de la
Loi sur la concurrence 1986-1996

Exercice	1986- 1987	1987- 1988	1988- 1989	1989- 1990	1990- 1991	1991- 1992	1992- 1993	1993- 1994	1994- 1995	1995- 1996	Total
Examens entrepris	40	146	191	219	193	195	204	192	193	228	1 573
Dossiers conclus :											
Parce que le fusionnement ne pose pas de problème selon la Loi	17	120	166	204	170	196	198	185	183	204	1 643
Avec surveillance seulement	5	7	10	13	10	5	4	1	2	4	61
À la suite d'une restructuration antérieure à la réalisation	-	2	1	-	-	-	-	-	-	-	3
À la suite d'une restructuration postérieure à la réalisation ou d'engagements	1	2	3	1	2	-	-	-	-	-	9
Moyennant une ordonnance par consentement	-	-	-	3	-	-	-	-	-	-	3
À la suite d'un litige	-	-	-	-	-	1	2	-	1	-	4
Abandon du fusionnement proposé en raison des objections du directeur	3	2	2	2	1	1	3	2	3	3	22
Fusionnements déclarés publiquement	938	1 082	1 053	1 091	944	739	627	600	-	-	7 074
Fusionnements posant un problème/Fusionnements déclarés publiquement	0,025	0,024	0,024	0,014	0,024	0	0	0,012	-	-	0,016

Note : Les fusionnements portent sur l'année civile. Aucune données pour les fusionnements exécutés entre 1994 et 1996.

Source : Rapports annuels, directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence*.

Tableau II.2
Fusionnements et acquisitions dans le secteur
des services financiers - 1992-1996

Acquéreur	Société visée				
	Banques	Sociétés de fiducie et de prêts hypothécaires	Sociétés d'assurances de personnes	Sociétés d'assurances multirisques	Courtiers en valeurs mobilières
Banques	9	11	3	1	3
Sociétés de fiducie et de prêts hypothécaires	-	4	-	-	2
Sociétés d'assurances de personnes	1	1	13	-	-
Sociétés d'assurances multirisques	-	-	-	7	-
Courtiers en valeurs mobilières	-	-	-	-	-

Source : Directeur des enquêtes et recherches (1996)

III. Le point de vue du bureau de la concurrence au sujet de la concurrence dans le secteur des services financiers

Fusionnements de banques

Selon son mémoire au Groupe de travail (Canada, Directeur des enquêtes et recherches, 1997), le Bureau de la concurrence entend appliquer son document intitulé *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi* (les « Lignes directrices ») aux fusionnements de banques sans y apporter de modification importante⁴⁸. Plus particulièrement, le Bureau souhaite utiliser les mêmes critères et normes pour définir les marchés géographique et de produit (le critère du monopoleur hypothétique fondé sur une augmentation de prix de 5 % pour un an), la même part du marché et les mêmes refuges (ou zones sûres) de concentration (un fusionnement est peu susceptible d'être contesté si : (1) l'entité fusionnée détient une part du marché *pro forma* de moins de 10 % ou (2) l'entité fusionnée détient moins de 35 % du marché, *et* le ratio de concentration des quatre entreprises est inférieur à 65 %) et la même norme servant à déterminer la facilité d'accès (capacité d'une entité fusionnée de soutenir une hausse des prix de 5 % pendant deux ans)⁴⁹.

Le Bureau n'applique pas la même procédure que le Département américain de la Justice (DOJ) et le Conseil de la Réserve fédérale (CRF) pour fixer des seuils différents au-delà desquels le fusionnement d'une banque n'est plus assuré d'une zone sûre. Les zones les plus généreuses à l'égard des fusionnements de banques aux États-Unis ont pour but de compenser le fait que la taille du marché est mesurée en fonction des dépôts des banques et de certains dépôts d'épargne et, dans la mesure où d'autres institutions de dépôts et fournisseurs de services financiers sont exclus, la taille du marché est sous-estimée et les parts du marché des banques parties à un fusionnement sont surestimées. Le CRF va encore plus loin et définit des seuils plus élevés en deçà desquels des facteurs atténuants (comme de faibles entraves à l'accès) sont susceptibles de s'appliquer. Par contre, le Bureau a décidé de s'en tenir aux seuils énoncés dans les Lignes directrices. On pourrait donc en déduire que le Bureau a l'intention de prendre en compte les recettes de tous les fournisseurs de services financiers pertinents lorsqu'ils établissent la taille du marché. Il ne s'agit pas d'une tâche facile. Il convient également de noter que la notion de zone sûre est plus importante aux États-Unis qu'au Canada. En sol canadien, bon nombre de fusionnements non visés par les règles de zone sûre dans les Lignes directrices n'ont pas fait l'objet d'engagements ou d'ordonnances par consentement, encore moins de contestations.

⁴⁸ Le Bureau de la concurrence a par la suite demandé au public de formuler des observations sur la démarche qu'il proposait en matière d'évaluation des fusionnements de banques de l'annexe I. Il est donc possible que la démarche décrite dans le mémoire au Groupe de travail soit modifiée.

⁴⁹ Ces éléments définissent la zone sûre. En d'autres termes, les Lignes directrices précisent que le directeur commence à s'inquiéter au sujet de la concurrence à la suite du comportement en interdépendance possible lorsque l'entité fusionnée détient plus de 10 % du marché et que le ratio de concentration des quatre (plus grandes) entreprises sur le marché dépasse 65 %. Il entretient des craintes au sujet de l'exercice unilatéral du pouvoir de marché lorsque la part de marché de l'entité fusionnée dépasse 35 %.

Définition du marché et sélection

Pour ce qui est de la définition du marché, le Bureau conclut que des marchés de produits sont susceptibles d'être définis pour chaque service financier (par exemple, des prêts d'un certain type et d'une certaine taille) et pour des groupes particuliers de clients (petites entreprises, clients à la recherche d'un guichet unique). Le Bureau n'appliquera pas la démarche du CRF, qui a supposé que le marché du produit comprend l'ensemble des services bancaires (marchés pluricellulaires). Le Bureau conclut également que les marchés d'au moins certains services financiers sont vraisemblablement locaux. Il pourrait en découler un grand nombre de marchés géographiques, de produits ou de clients, dans lesquels un fusionnement pourrait poser des problèmes de concurrence. Pour simplifier le processus de définition des marchés, s'il en est, dans lesquels un projet de fusionnement pourrait poser des problèmes de concurrence, le Bureau a proposé un processus de sélection. À cet égard, il s'est éloigné quelque peu des Lignes directrices.

L'un des processus de sélection possible est fondé sur une région géographique de base appelée subdivision de recensement (SDR). Une subdivision de recensement représente souvent une ville, un canton ou une municipalité régionale⁵⁰. Statistique Canada groupe les subdivisions de recensement en régions métropolitaines de recensement (RMR) et en agglomérations de recensement (AR). Une RMR est un noyau urbain d'au moins 100 000 habitants auquel les régions urbaines et rurales avoisinantes sont très bien intégrées sur le plan socio-économique. Une AR est un noyau urbain d'au moins 10 000 habitants auquel les régions urbaines et rurales adjacentes sont très bien intégrées au plan socio-économique.

Statistique Canada applique un ensemble de règles pour grouper les subdivisions de recensement en RMR et en AR. Ces règles sont fondées sur des modèles de migration. La *règle de migration en aval* précise que, si au moins 50 % de la population active occupée vivant dans une SDR travaille dans le noyau urbain, la SDR est incluse dans la RMR ou dans l'AR. La *règle de navettage à contresens* prescrit que, si au moins 25 % de la population active occupée travaillant dans une SDR habite dans le noyau urbain, la SDR fait partie de la RMR ou de l'AR.

On pourrait définir le marché géographique comme étant la RMR ou l'AR. Les autorités bancaires et antitrust des États-Unis adoptent souvent une approche semblable et utilisent les régions statistiques métropolitaines (RSM) et les régions Rand McNally (RRM) comme marchés géographiques. En vertu de cette démarche, le marché géographique engloberait le noyau urbain et toutes les SDR dont 50 % de la population active occupée travaille dans le noyau ou 25 % de cette même population active réside dans le noyau. Le Bureau n'a manifestement pas l'intention d'adopter cette démarche. Il propose plutôt de se fonder sur les SDR. Il recherche toutes les SDR dans lesquelles le fusionnement proposé entraînerait un dépassement des seuils de la part du marché et de concentration du marché à l'égard de certaines activités ou groupe de secteurs d'activité. Il convient vraisemblablement de se fonder sur une mesure globale de la production des services financiers. S'il existe un problème au niveau global, il doit également y en avoir un dans au moins un secteur d'activité. On pourrait simplement commencer par le nombre de

⁵⁰ En Ontario, par exemple, on dénombre 947 subdivisions de recensement, dont 51 cités, 140 réserves indiennes, 147 villes, 468 cantons et 108 villages.

succursales, ou par les dépôts. Le Bureau chercherait ensuite toutes les SDR du pays dans lesquelles le seuil de la part du marché ou le seuil de concentration du marché, mesuré d'après le nombre de succursales ou la valeur des dépôts, de (presque) toutes les institutions de dépôts est dépassé. Encore une fois, il est difficile de croire que le Bureau appliquera rigoureusement le seuil d'interdépendance 65-10 % à ce processus de sélection, mais il n'a pas fait la preuve du contraire⁵¹.

Après avoir trouvé les divisions de recensement (DR) dans lesquelles le seuil est dépassé à l'égard d'une certaine mesure globale de la production des services financiers, le Bureau se demanderait ensuite s'il est justifié de grouper l'une ou l'autre de ces DR avec les DR avoisinantes pour constituer un marché géographique plus vaste. La preuve serait établie d'après les données sur les déplacements recueillies dans le cadre du recensement. Il n'a pas été précisé si le Bureau utilisera une règle différente de celle de Statistique Canada pour grouper les DR. S'il applique les mêmes règles, il pourrait également commencer par les RMR et les AR qu'utilise Statistique Canada. Il serait intéressant de déterminer si les règles de regroupement doivent différer selon le marché de produit en cause et, dans l'affirmative, si une telle option serait pratique. Le bien-fondé de l'intégration de DR avoisinantes en marchés géographiques plus vastes dépend de la proportion de la population respective de chaque DR travaillant dans l'autre et de la probabilité que les navetteurs passent d'une banque située près de leur domicile à une autre se trouvant près de leur lieu de travail, ou vice-versa.

Après avoir appliqué sa règle de regroupement des DR, quelle qu'elle soit, le Bureau déterminerait ensuite si des DR dans lesquelles le seuil de concentration du marché et de part du marché est dépassé peuvent être jumelées à des DR dans lesquelles ce seuil n'est pas dépassé. Dans son mémoire, le Bureau semble supposer que la capacité de jumeler une DR dans laquelle le seuil est dépassé à une DR dans laquelle il ne l'est pas suffit pour éliminer d'éventuelles craintes au chapitre de la concurrence. Une autre démarche consisterait à déterminer si le seuil est dépassé dans les DR jumelées. Le problème relatif à cette démarche réside dans le fait qu'elle sous-entend l'application d'une mesure de redressement, du moins partielle, à une région géographique dans laquelle il n'existait pas de problème au départ. On peut donc facilement concevoir, par exemple, qu'Ottawa pourrait se trouver dans le marché pertinent pour le fusionnement d'une banque d'Arnprior, tandis que Arnprior ne se situerait pas dans le marché pertinent pour le fusionnement d'une banque d'Ottawa.

L'application de cette méthode devrait permettre de dégager certaines DR dans lesquelles le seuil de part du marché et de concentration est dépassé et qui ne peuvent être jumelées à d'autres DR dans lesquelles le seuil n'est pas dépassé. Il s'agirait des DR que nous assujettirions à une analyse plus poussée.

⁵¹ Le seuil du CRF, qui comporte généralement des facteurs atténuants, représente une variation de 250 points de l'IHH, pour un indice de 2 200 points après le fusionnement. Le CRF considérerait habituellement qu'il n'existe pas de problèmes de concurrence lorsque les banques parties au fusionnement détiennent une part de marché combinée de moins de 23 %. [) HHI = $2s_1s_2$, de sorte que toute paire de parts du marché dont le produit est inférieur à 125, supposons 10 et 12,5 %) ne dépasserait pas le seuil].

Il convient toutefois de se rappeler que ce critère a été appliqué à partir du nombre de succursales ou de la valeur des dépôts, ou d'un indice semblable de la production de services financiers. Le dépassement du seuil ainsi mesuré suffit à supposer qu'une analyse plus approfondie est requise, mais non obligatoire. Le seuil pourrait quand même être dépassé à l'égard d'un secteur d'activité particulier même s'il n'est pas dépassé globalement. Il convient alors de se demander si le domaine d'activité particulier est un marché de produit pertinent.

Par exemple, l'entité fusionnée peut détenir 30 % des dépôts sur le marché géographique, mais fournir 40 % des prêts hypothécaires. Le seuil (exercice unilatéral de pouvoir de marché) ne serait pas dépassé à l'égard des dépôts, mais il le serait pour les prêts hypothécaires. Il convient alors de se demander si les prêts hypothécaires constituent un marché pertinent. Cette question doit être abordée avant le début de l'exercice de sélection du marché géographique, sinon des régions géographiques problématiques pourraient être déterminées pour les secteurs d'activité qui ne sont pas des marchés de produit. Il se pourrait que le seuil ne soit pas dépassé pour le marché de produit correctement défini.

Le Bureau est d'avis que même si l'argent peut être fongible, il est associé à une expertise qui peut être coûteuse à reproduire. Il se pourrait que les prêteurs à la consommation ne soient pas en mesure de passer sans frais à des prêts hypothécaires, soit parce qu'ils ne possèdent pas l'expertise ou la réputation requise, soit parce que l'offre de fonds n'est pas infiniment élastique. Il pourrait donc ne pas convenir de supposer que le marché de produit pertinent peut être défini aussi largement que des « prêts » ou des « dépôts ». Des entreprises différentes pourraient donc être incluses dans le marché pour chaque secteur d'activité. Des prêteurs à la consommation spécialisés seraient compris dans le marché des prêts à la consommation, des prêteurs hypothécaires spécialisés seraient inclus dans le marché des prêts hypothécaires, et ainsi de suite. S'il n'existe pas de données sur la valeur des services fournis par les spécialistes non bancaires pertinents, ou si ces données sont incomplètes, les seuils devront être révisés à la hausse, comme le fait le CRF, et ils devront varier d'une gamme de produits à l'autre.

Le Bureau a déjà adopté des définitions de domaine d'activité pour les marchés de produits pertinents dans le secteur du courtage des valeurs mobilières⁵². Ce sont : a) le marché de la consommation ou de détail; b) le marché des titres institutionnels; c) le marché des emprunts institutionnels; d) le marché de la souscription; et e) le marché des acquisitions. Ce groupement ne signifie pas que le Bureau ne pourrait pas placer un marché de courtiers en valeurs mobilières multi-produits au-dessus de chacun de ces marchés de produits. Le Bureau a également défini un certain nombre de marchés de produits au sein du secteur de l'assurance-vie collective et de l'assurance-maladie⁵³. Ces marchés comprennent : a) l'assurance-vie collective; b) l'assurance-mort accidentelle et mutilation; c) l'assurance pour soins médicaux et dentaires; et l'assurance-invalidité de courte et longue durée. Ces produits peuvent également être vendus sous forme de forfaits, et le Bureau peut également considérer les ventes à forfait comme un marché de produit pertinent. L'assurance-vie individuelle est également réputée marché de produit pertinent. Selon le Bureau, ce dernier marché est local. Le Bureau a également indiqué

⁵² Mémoire du directeur des enquêtes et recherches au ministère des Finances (1996), ¶.89.

⁵³ *Ibid.*, ¶.90.

qu'il définirait l'assurance automobile comme un marché de produit et le marché géographique comme local⁵⁴.

Seuils de concentration

Le Groupe de travail a demandé si les seuils de concentration énoncés dans les Lignes directrices s'appliquaient aux fusionnements de banques. Dans son mémoire, le Bureau suppose qu'il appliquera les mêmes seuils aux fusionnements dans le secteur financier que dans tous les autres secteurs. Les seuils du CRF et du Département américain de la Justice (DOJ) sont plus généreux, mais ils tiennent simplement compte du fait que ces organismes reconnaissent qu'ils ont sous-estimé la taille du marché. Ils ne sous-entendent nullement que la nature du secteur des services financiers est telle que, compte tenu de l'établissement correct de la taille du marché, des seuils différents seraient requis. Cela dit, aucune pratique du DOJ ou du CRF n'indique que, tous autres facteurs (entrave à l'accès, disponibilité de produits de remplacement, etc.) étant égaux, le seuil auquel le pouvoir de marché pourrait être exercé unilatéralement ou des mesures de collusion deviendraient possibles est différent dans le secteur des services financiers et dans d'autres secteurs d'activité. Évidemment, il se pourrait que ce point de vue soit ou ne soit pas correct, et les arguments selon lesquels le secteur des services financiers est plus ou moins responsable de la cartellisation doivent être examinés.

Il importe également de reconnaître que des lignes directrices ne servent simplement qu'à guider. Elles ne sont pas exécutoires. Les organismes d'application de la loi peuvent agir quelque peu différemment qu'ils ne le disent. Les seuils d'application efficaces depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence*, il y a 12 ans, semblent avoir été plus élevés que ne l'indiquent les Lignes directrices. De même, il existe actuellement aux États-Unis de nombreux marchés bancaires qui sont déjà fortement concentrés. Des fusionnements ont peut-être été autorisés sur certains de ces marchés. En Australie, l'ACCC et le Comité Wallis ont émis des opinions sur le nombre de banques (et plus particulièrement sur le rôle des banques régionales) qui, à leur avis, sont nécessaires.

La théorie économique peut également fournir certaines indications. Les modèles de marché peuvent suggérer certaines règles. Ils peuvent être également utilisés pour simuler les effets des fusionnements. Ces points sont traités à la Section VI, qui porte sur le pouvoir de marché. Évidemment, il s'agit de modèles bruts. Plus particulièrement, ils abordent à peine, et non sans difficulté, les questions relatives à l'accès éventuel, à l'aspect spatial de la concurrence ou aux effets du changement technologique.

Questions non abordées

Le Bureau n'a pas abordé certaines questions dans son mémoire. Parmi celles-ci, mentionnons le prix qui servira à appliquer le critère du monopoleur hypothétique aux fins de la définition du marché et des entraves à l'accès. Quel prix le monopoleur hypothétique augmente-t-il de 5 % ? S'agit-il d'une augmentation de 30 points de base sur un taux hypothécaire de 6 % ? Cette

⁵⁴ *Ibid.*, ¶.91.

question pourrait être source de complications. Les banques sont des intermédiaires et le prix qu'elles demandent pour leurs services d'intermédiation constituent leur marge. Les banques imposent également des frais et vendent aussi d'autres services. Même si les banques peuvent quand même être raisonnablement qualifiées d'intermédiaires, il pourrait être difficile de poser la question suivante aux consommateurs : « Comment réagiriez-vous à une augmentation de 5 % de la marge de votre banque? »

Cela soulève une deuxième question. Bien que l'analyse présentée à la section II ci-dessus précise que le directeur et le Tribunal sont au courant de la question de la concurrence en matière de services, l'exercice de définition du marché et la définition d'une réduction sensible de la concurrence sont figés au plan de l'augmentation des prix. Le lien entre la modification de la structure du marché et la qualité du service n'est pas aussi simple que le lien entre la structure du marché et les prix. L'accroissement du pouvoir de marché entraîne-t-il nécessairement une détérioration du service⁵⁵? Quel est le seuil de détérioration du service par un monopoleur hypothétique? La réaction des consommateurs serait-elle semblable ou obtiendrions-nous des définitions différentes du marché géographique et du marché de produit?

Une troisième question a trait à l'interprétation des parts du marché. Premièrement, il devrait exister une marge d'erreur de mesure, comme le prévoient les autorités américaines. Deuxièmement, il se pourrait que les parts du marché aient une signification différente au plan de l'intensité de la concurrence dans le secteur bancaire par rapport à d'autres secteurs d'activité. Comme l'indique l'analyse aux sections IV et V, les autorités américaines et australiennes ne considèrent pas que ce soit nécessairement le cas. Les caractéristiques de la concurrence propres à un marché peuvent, de toute manière, être intégrées directement dans la détermination de la probabilité d'une réduction sensible de la concurrence en vertu de l'article 93. Troisièmement, il se peut que les parts du marché local ne soient pas un très bon indice de la capacité de concurrencer dans un marché local donné. Il convient ici de déterminer si l'on doit accorder le même poids à une banque possédant un réseau national de succursales, mais 10 % des prêts hypothécaires sur un marché local donné, qu'à tout autre concurrent détenant 10 % du marché. Une question connexe porte sur la signification des expressions « capacité » et « aptitude à accroître la capacité » sur les marchés bancaires.

Une quatrième question porte sur la fixation des prix à l'échelle nationale. L'on soutient que les grandes banques fixent des prix à l'échelle nationale et ne tiennent pas compte de la situation sur le marché local (facteur qui pourrait avoir une certaine signification au sujet de la concurrence). Bien qu'il existe des preuves (voir la Section IV) que des sociétés de portefeuille bancaire des États-Unis accordent de vastes pouvoirs discrétionnaires à leurs gestionnaires locaux, il ne semble pas exister d'études publiées à ce sujet au Canada. Pas plus qu'il n'existe de preuve de

⁵⁵ Un autre aspect de la question du service consiste à déterminer si une réduction de la concurrence accroîtrait la probabilité d'une erreur de type 1 au chapitre de l'octroi de crédit. En d'autres termes, la réduction de la concurrence accroît-elle la probabilité de refus injustifié de crédit à un bon risque? Bien que la plupart des modèles économiques considèrent le rationnement du crédit comme un problème d'information asymétrique et d'absence de nantissement et non comme un problème de structure du marché, le public considère que la concentration accrue du secteur bancaire serait davantage susceptible d'entraîner un refus de crédit à de bons risques, plus particulièrement s'il s'agit de petites entreprises.

l'effet de la situation du marché local sur la qualité du service offert. À défaut de telles preuves, il pourrait être difficile d'établir le bien-fondé de dessaisissements locaux sélectifs.

Une cinquième question concerne les gains en efficience admissibles pour la défense reposant sur les gains en efficience en vertu de l'article 96. Cette question est analysée en détail à la Section VII.

Questions non liées aux fusionnements

Le mémoire du Bureau porte également sur des questions rattachées à la concurrence dans le secteur des services financiers, à l'exception des fusionnements. Les restrictions verticales et l'abus de position dominante sont examinées aux Sections VIII et IX ci-dessous. Les délais ne permettent pas l'analyse détaillée des répercussions au Canada de l'interdiction criminelle des restrictions horizontales sur la concurrence. Quelques brèves observations suffiront.

Le doute quant à l'action collusoire des grandes banques semble très répandu dans le public. Dans son mémoire au Groupe de travail, le directeur fait remarquer que, dans la mesure où ce comportement découle d'un intérêt personnel réalisé de façon indépendante, il dépasse le cadre d'application de la *Loi sur la concurrence*. Le directeur note en outre que l'on observe ce « parallélisme conscient » lorsque des entreprises agissent d'une même façon à l'égard d'une variable concurrentielle clé (prix, taux préférentiel, taux des CPG) parce qu'elles constatent qu'il en va de leur intérêt collectif de procéder ainsi. Il ne s'agit pas d'une infraction en vertu de l'article 45. L'infraction commise en vertu de l'article 45 doit être étayée de preuves selon lesquelles les accusés ont conclu un accord dont ils auraient dû savoir que ce dernier avait pour effet de réduire la concurrence. Bien que les preuves d'action parallèle puissent servir à appuyer une conclusion d'accord, la preuve doit déborder ce cadre. L'on qualifie parfois ce processus de « parallélisme plus ». Les preuves de pratiques conçues pour favoriser un comportement parallèle ou pour réduire l'attrait d'une réduction de prix (pour « affaiblir » la concurrence) pourraient suffire. Ces méthodes constituent des « mécanismes de facilitation ».

Le directeur peut également invoquer l'article 49, qui constitue en soi une interdiction de pratique telle la fixation des prix ou la répartition des clients ou du marché entre les institutions financières fédérales. L'article 49 est plus rigoureux que l'article 45, car il n'est pas nécessaire que la réduction de la concurrence soit excessive. L'article 49 pourrait être davantage raffermi en éliminant le pouvoir discrétionnaire du ministre des Finances d'accorder des exceptions supplémentaires (alinéa 49(2)h)).

L'article 49 ne s'applique qu'aux institutions financières fédérales. Ce ciblage pourrait être justifiable si des preuves indiquaient que des mesures anticartellaires plus rigoureuses sont davantage requises dans les marchés où œuvrent ces institutions que dans tout autre marché du pays. La justification devrait porter sur le fait que les accords dans les secteurs non exonérés en vertu du paragraphe 49(2) ne rachètent jamais les défauts (comme le truquage des offres ou la soi-disant fixation de prix non couverts) et que les marchés dans lesquels les institutions financières fédérales exercent leurs activités sont particulièrement vulnérables en cas de cartellisation. Ce serait le cas, par exemple, si les caractéristiques de ces marchés étaient telles qu'il serait particulièrement facile de conclure et d'appliquer ces types d'accord, mais difficile de

les détecter. Parmi les caractéristiques invoquées à cet égard, mentionnons l'homogénéité des produits, la transparence des conditions de vente, la stabilité et la similarité de la technologie, la demande soutenue, l'accès difficile et la clientèle de taille réduite et non stratégique. Il doit également exister des dispositions prévoyant des sanctions crédibles pour dérogation. Il s'agit là d'obligations exigeantes. En fait, un certain nombre de cartels reconnus coupables ont lamentablement failli au chapitre de la monopolisation soutenue.

Bien que certaines formes de prêts, de dépôts ou d'autres activités d'intermédiation puissent être vulnérables en cas de cartellisation, il est difficile de déterminer comment elles pourraient être « *exceptionnellement* » vulnérables ou de quelle façon les conséquences de la cartellisation de ces activités pourraient être « *exceptionnellement* » défavorables. Quel que soit le bien-fondé de l'interdiction *per se* de certaines restrictions horizontales, il n'est pas justifié de le confiner aux marchés desservis par les institutions financières fédérales ou, qui pis est, aux institutions financières fédérales proprement dites.

IV. Politique concernant les fusionnements de banques aux États-Unis

Introduction

Aux États-Unis, les fusionnements de banques sont assujettis à la réglementation de la Division antitrust du Département de la Justice (DOJ) et de l'organisme de réglementation bancaire pertinent. Ce dernier est le Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale (CRF) pour les sociétés de portefeuille bancaire et les banques à charte d'État membres du Système de la Réserve fédérale. L'organisme de réglementation régissant les banques à charte fédérale est l'Office of the Comptroller of the Currency (OCC). Pour les banques à charte d'État qui ne sont pas membres du Système de la Réserve fédérale, l'organisme de réglementation pertinent est la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC). L'OCC et la FDIC n'ont vraisemblablement pas refusé un fusionnement pour des motifs de concurrence depuis dix ans, même si le DOJ et le CRF ont fait modifier bon nombre de fusionnements proposés malgré qu'ils en aient refusé seulement quelques-uns.

Le DOJ et l'organisme de réglementation bancaire pertinent analysent de façon indépendante les projets de fusionnement à l'aide des mêmes critères antitrust. En outre, les fusionnements doivent respecter les critères de concurrence énoncés dans la loi dite *Interstate Banking and Branching Efficiency Act*, de 1994. Cette loi interdit toute fusion de sociétés de portefeuille bancaire à l'issue de laquelle l'entité fusionnée détiendrait plus de 10 % des dépôts des institutions de dépôts assurées aux États-Unis. Il est également interdit à la Réserve fédérale d'approuver un fusionnement à l'issue duquel l'entité fusionnée détiendrait plus de 30 % des dépôts des institutions de dépôts assurées dans un État. Les États peuvent relever ce seuil en invoquant la loi ou en demandant au contrôleur des banques de l'État de rendre une décision. Les États peuvent également abaisser ce seuil par voie législative; certains États appliquent des seuils ne dépassant pas 10 % (Indick et Kini, 1995, p. 108). Le fusionnement de banques exerçant leur activité dans plus d'un État (banques inter-États) (par opposition aux sociétés de portefeuille bancaire) peut être interdit dans les États qui ont décidé de ne pas appliquer les dispositions touchant les succursales inter-États (par opposition aux services bancaires inter-États) de la loi dite *Interstate Banking and Branching Efficiency Act*. Le Texas s'est en fait prévalu de ce droit de désengagement (Rhoades, 1997, n. 14).

Le DOJ et le CRF effectuent leurs enquêtes de façon indépendante, quoiqu'ils utilisent les mêmes données. Bien que l'on accorde beaucoup d'importance aux différences qui caractérisent leurs méthodologies respectives, l'effet net de ces différences semble très minime. Dans certaines circonstances, le CRF peut accorder une plus grande importance que le DOJ à la participation des institutions d'épargne sur le marché, ce qui pourrait le porter à envisager le marché pertinent comme légèrement plus vaste et les parts du marché des banques parties à une fusion comme légèrement plus faibles que le DOJ. Néanmoins, presque tous les projets de fusionnement sont finalement approuvés par ces deux organismes lorsque les dessaisissements requis ont été effectués. Selon Amel (1997), le CRF n'a rejeté que deux demandes de fusionnement au cours des quatre dernières années. Ces deux projets portaient sur l'acquisition d'institutions d'épargne

par des banques et les deux ont été refusés parce que les parties n'étaient pas capables d'effectuer les dessaisissements requis ou n'étaient pas disposées à le faire.

La principale différence entre les méthodes d'évaluation de la concurrence de ces deux organismes se situe dans la façon de structurer les dessaisissements correctifs. Le CRF tient principalement à ce que la taille du dessaisissement assure un fusionnement conforme à ses lignes directrices en matière de part et de concentration du marché (voir ci-dessous) et que les entités dessaisies soient viables. Le DOJ s'attache davantage aux caractéristiques des actifs dessaisis, des banques qui les acquièrent et des clients potentiels.

Les différences qui caractérisent les méthodes respectives du DOJ et du CRF en matière de détermination de la taille du marché et de la façon de structurer les dessaisissements découlent de l'accent placé par le DOJ sur les besoins bancaires des petites entreprises. Le DOJ estime que les petites entreprises, qui constituent le client le moins mobile au plan géographique des banques commerciales, ont donc plus de difficulté à se protéger contre l'exercice du pouvoir de marché par les banques. Pour le DOJ, les petites entreprises représentent le groupe de consommateurs à risque lors du fusionnement de banques. Puisque, de l'avis du DOJ, les institutions d'épargne n'offrent habituellement pas toute la gamme de services requis par les petites entreprises, elles sont exclues lorsque le DOJ établit initialement la part du marché. De même, le DOJ intervient de façon plus active dans la structuration des dessaisissements pour s'assurer qu'ils sont conformes aux besoins de la clientèle constituée de petites entreprises.

Le système américain est guidé par des règles et il est uniformisé. Il est conçu en fonction du grand nombre de fusionnements traités dans un système de banques individuelles. Depuis 1990, le DOJ et les organismes bancaires ont examiné bien plus d'un millier de fusionnements par année (Guerin-Calvert, 1996, p. 290).

Les fusionnements sont analysés selon le principe du premier arrivé, premier servi. Les fusionnements préventifs ne semblent pas avoir posé de grands problèmes, peut-être parce qu'il est encore possible d'effectuer des fusionnements inter-États (élargissement du marché géographique), de même que des fusionnements à l'intérieur de marchés locaux particuliers. Le nombre de banques aux États-Unis pourrait passer de 7 300 à l'heure actuelle à 6 sans enfreindre les lignes directrices sur les fusionnements, pourvu que chacune des six banques soit active dans chacun des 2 000 marchés bancaires locaux des États-Unis.

La plupart des projets de fusionnement sont complets et renferment des propositions de dessaisissement de succursales qui suffisent à assurer la conformité aux lignes directrices du DOJ et du CRF en matière de concentration du marché. La demande de succursales est telle que les dessaisissements correctifs au profit de concurrents en place et d'éventuels concurrents ne sont pas difficiles à structurer.

Il existe peu de différends au sujet de la définition du marché géographique et du marché de produit. Toutes les parties exercent leur activité à partir de marchés géographiques définis au préalable par la Banque de Réserve fédérale. Les préoccupations portent principalement sur les clients et sur les gammes de produits (prêts à terme aux petites entreprises) dans les marchés géographiques les plus restreints. On suppose que d'autres clients ont le choix d'obtenir des

services financiers dans des régions où des banques parties à une fusion n'exercent pas leur activité. Cette supposition est justifiée dans le contexte d'un système de banques individuelles comme celui des États-Unis. Bien que les banques parties à une fusion puissent détenir une part importante du marché local, leur part du marché régional ou national est probablement très faible.

D'après les données recueillies, les évaluations de concurrence menées respectivement par le DOJ et le CRF sont en grande partie redondantes. Le DOJ conteste rarement un fusionnement approuvé par le CRF⁵⁶. Les deux types d'évaluation sont systématiquement axés sur la concurrence. Ni l'un ni l'autre organisme n'a pour objectif de protéger les banques américaines contre des prises de contrôle par des intérêts étrangers, pas plus qu'ils n'ont pour tâche de préserver les emplois dans les banques. Ils ne se préoccupent pas non plus de la compétitivité proprement dite. Bien que l'on invoque des arguments de gains en efficience dans le cas de fusionnements visant des banques dont l'actif est inférieur à 100 millions de dollars, ces gains en efficience doivent être réalisés dans les marchés locaux pertinents et ils ne peuvent empêcher un fusionnement qui entraînerait une augmentation des marges ou une détérioration du service sur ces marchés.

La situation au Canada serait très différente à certains égards. Seul un petit nombre de fusionnements est possible. Il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles de la décision simple. On pourrait procéder à l'analyse de chaque cas. En outre, puisque les banques canadiennes exploitent leur activité à l'échelle nationale, le fait que le marché géographique soit national plutôt que local pour certains secteurs d'activité ne réduirait pas nécessairement l'ampleur du problème de la concurrence découlant d'un fusionnement, c'est-à-dire que, pour les plus grandes banques, les parts du marché national peuvent être semblables à celles du marché local. Dans ce cas, le fait que certains clients puissent se déplacer d'une région à une autre pourrait ne pas signifier qu'ils n'ont pas subi un recul significatif en matière de choix à la suite du fusionnement.

Si la politique fédérale selon laquelle « les grandes institutions ne s'achètent pas entre elles » était abrogée, un certain nombre de fusionnements pourraient être proposés dans un court délai. Vu que les fusionnements successifs réduisent également le nombre de concurrents sur le marché, la probabilité qu'un fusionnement donné sera réputé réduire la concurrence augmentera à mesure que le fusionnement se situera loin dans la liste. On pourrait alors prétendre que, pour des motifs d'équité, ces fusionnements devraient être analysés simultanément plutôt que l'un après l'autre. Cependant, l'analyse simultanée d'au moins deux projets de fusionnement comporte son propre jeu de problèmes. Si, par exemple, deux fusionnements sont proposés et que la concurrence sur le marché est telle qu'un seul peut être autorisé, le choix effectué en fonction des avantages économiques nets respectifs pourrait exiger une analyse plus précise que ne le permet le processus d'examen. Ce problème ne se poserait évidemment pas si aucun des fusionnements n'était autorisé ou si les deux l'étaient, avec ou sans dessaisissements.

⁵⁶Guerin-Calvert (1992, pp. 670-671) cite trois cas entre 1990 et 1992 où le DOJ a contesté des fusionnements approuvés par le CRF. Dans chacun d'eux, le DOJ a rapidement réglé le litige avec les intimés. Dans chaque cas, le règlement prévoyait le dessaisissement d'une plus grande partie des activités et, dans l'un d'eux, un processus de dessaisissement mieux structuré que celui exigé par le CRF. Guerin-Calvert insiste sur le fait que les différends entre le DOJ et le CRF sont peu fréquents et minimes.

Il pourrait également être plus difficile de mettre au point des mesures de redressement par dessaisissement au Canada qu'aux États-Unis. Il se pourrait qu'aucun groupe d'institutions de dépôts du Canada ne soit disposé à acheter d'autres succursales, comme ce fut généralement le cas aux États-Unis.

Définition du marché géographique

La taille du marché géographique dépend du secteur d'activité et de la taille de la clientèle. Les marchés géographiques ne peuvent donc pas être définis de façon indépendante des marchés de produit. Le DOJ et le CRF établissent la distinction générale entre les services bancaires de gros et les services bancaires de détail. Ces derniers sont utilisés par la plupart des ménages et des petites entreprises. Ils englobent les comptes d'opérations, les prêts à la consommation et les prêts aux petites entreprises. Le marché géographique pertinent de ces services est estimé local, tandis que le marché géographique pertinent des services bancaires de gros est considéré comme régional ou national, voire international⁵⁷. Des preuves appuyant l'importance des marchés locaux pour les ménages et les petites entreprises sont reproduites aux tableaux IV.1 et IV.2 ci-après. Ces tableaux révèlent que les ménages et les petites entreprises des États-Unis ont largement recours aux banques commerciales situées à deux ou trois milles de leur domicile ou de leur lieu de travail pour obtenir toute une gamme de services financiers. Les marchés des services bancaires de gros sont caractérisés par une concurrence de grands nombres, tandis que les marchés des services bancaires de détail peuvent être concentrés. Le DOJ et le CRF considèrent que le fusionnement de banques pourrait poser un problème antitrust, mais seulement sur le marché des services bancaires de détail.

Le marché géographique des services bancaires de détail est en principe défini à l'aide du critère du monopoleur hypothétique. Ce critère permet de déterminer si une entreprise qui a monopolisé l'offre de services bancaires dans une région géographique donnée considérerait comme rentable une augmentation d'au moins 5 % du prix de ses services pendant au moins deux ans. Une telle hausse ne serait pas rentable si un nombre suffisant de clients pouvaient s'adresser à d'autres fournisseurs de services bancaires à l'extérieur de la région géographique visée. Dans ce cas, le marché géographique défini au départ est trop restreint et un marché plus vaste doit être envisagé. Le marché géographique pertinent serait élargi jusqu'à ce qu'il soit suffisamment vaste pour qu'un monopoleur hypothétique juge rentable d'augmenter le prix de ses services d'au moins 5 % par rapport aux prix en vigueur.

Du point de vue pratique, l'exercice de définition du marché géographique vise à déterminer le coût du passage à d'autres fournisseurs dans des régions voisines. Aux États-Unis, on recourt souvent à des soi-disant « marchés prédéfinis ». Les 12 banques de la Réserve fédérale des États-Unis ont attribué à chaque banque de leur district respectif un marché géographique de

⁵⁷ Rhoades (1996, p. 345) cite une conclusion selon laquelle 75 % des ménages ont ouvert des comptes de chèques, les comptes d'épargne, des comptes de dépôts du marché monétaire (CDMM) et des dépôts chécables (CD) dans des institutions financières situées entre cinq et 12 milles de leur domicile ou de leur lieu de travail. Cinquante pour cent des petites entreprises ont obtenu 12 services financiers qu'elles utilisent auprès d'institutions financières situées dans un rayon de sept milles.

services bancaires de détail. Ces marchés sont généralement très localisés. Pour préciser les limites de ces marchés locaux, les banques de la Réserve fédérale s'en remettent dans une grande mesure à la décision d'autres intervenants, à savoir si une région est intégrée au plan économique. Dans les régions urbaines, les marchés régionaux coïncident le plus souvent avec les « zones métropolitaines Ranally » (ZMR). Ces zones qui entourent toutes les grandes villes des États-Unis sont définies par Rand McNally, une firme de recherche géographique et de cartographie. Les ZMR contiennent une ou plusieurs villes centrales, des localités satellites et des banlieues. Elles ne correspondent pas nécessairement aux limites de comtés ou à d'autres frontières juridiques. Les banques de la Réserve fédérale utilisent également des régions statistiques métropolitaines (RSM) et des zones de marché du travail (ZMT). Les RSM représentent des groupes de comtés. Ces groupements sont fondés sur les données relatives aux déplacements issues du recensement. En principe, un comté est compris dans une RSM si les déplacements vers le « noyau » sont suffisants. Pour appuyer cette démarche, on soutient que les consommateurs de services bancaires de détail peuvent effectuer des opérations près de leur domicile ou de leur lieu de travail. Pour utiliser une analogie locale, les consommateurs pourraient être en mesure de combattre une augmentation de prix de la part d'un monopoleur d'Ottawa en faisant affaires avec des banques situées près de leur domicile (ou de leur lieu de travail) à Gloucester, à Barrhaven ou à Kanata.

Dans les régions moins densément peuplées, où les ZMR et les RMR ne sont pas définies, les banques de la Réserve fédérale utilisent elles-mêmes les données sur les déplacements et d'autres données démographiques pour préciser les parties ou groupements de comtés qui constituent des marchés bancaires géographiques. Dans ce cas, le problème consiste à définir la zone commerciale locale et à déterminer le chevauchement des zones commerciales respectives dans les centres commerciaux adjacents. Les zones commerciales sont définies par rapport aux biens non durables, comme les aliments, les boissons et les produits pharmaceutiques, de même que les services utilisés fréquemment, comme le nettoyage à sec.

Pour utiliser une analogie locale, la ville d'Arnrior pourrait ne pas constituer un marché géographique pertinent parce que bon nombre de ses résidents se déplacent quotidiennement vers Ottawa et pourraient y effectuer leurs opérations bancaires si les prix devaient augmenter à Arnrior et parce que les consommateurs de la région d'Arnrior pourraient effectuer leurs opérations dans d'autres centres commerciaux, comme Renfrew. Les principaux facteurs à prendre en compte pour déterminer si ce type de diversion est probable englobent : (1) le coût forfaitaire que doivent assumer les consommateurs pour passer d'une banque à une autre; (2) le coût en temps et les frais de transport pour obtenir des services bancaires dans un autre centre; (3) la capacité des banques d'autres localités d'assumer l'augmentation de l'achalandage (Bannon et Black, 1996, pp. 88-89).

Dans certains cas, la définition du marché géographique peut ne pas être cruciale. Les banques parties à une fusion peuvent exercer leur activité dans toute la région géographique prise en compte, de sorte qu'il n'importe pas que le marché géographique soit défini de façon restreinte ou large. Ainsi, si les banques A et B détiennent le même pourcentage du chiffre d'affaires à Arnrior et Ottawa, le fait que Arnrior et Ottawa soient considérées comme faisant partie du même marché ou de marchés différents pourrait importer peu. Dans d'autres cas, il s'agira d'un facteur important. Si les banques A et B possèdent 70 % du marché à Arnrior, mais 35 % à

Ottawa et Arnprior ensemble, la définition de marché géographique sera importante. En fait, aux États-Unis, la définition du marché géographique pertinent serait déterminante dans ce cas. Si le marché géographique était défini de manière à englober Ottawa et Arnprior, le fusionnement pourrait être approuvé avec très peu de réserves, tandis que si Arnprior est un marché, la demande de fusionnement serait certainement rejetée.

Tous les organismes qui réglementent les fusionnements de banques aux États-Unis utilisent le marché géographique susmentionné comme point de départ de leurs analyses respectives des effets des fusionnements proposés sur la concurrence. Le DOJ s'écarte parfois de la définition du CRF parce qu'il définit le marché du produit quelque peu différemment et parce que, selon lui, la définition du marché géographique dépend de l'emplacement des banques parties à la fusion. Par conséquent, il se pourrait que le DOJ considère que deux banques parties à un fusionnement dans des villes situées à 20 milles l'une de l'autre comme un même marché géographique, mais si deux banques de l'une des deux villes fusionnaient, la banque de l'autre ville pourrait être exclue du marché géographique.

À titre d'exemple de marchés bancaires de détail de la Nouvelle-Angleterre définis par la banque de la Réserve fédérale de Boston, mentionnons Boston, qui englobe la ZMR de Boston et quatre villes du Sud du New Hampshire. Le marché est limité par Cape Cod au sud. Le Massachusetts compte 18 marchés bancaires de détail. Trois d'entre eux coïncident avec des ZMR et trois avec des comtés, six sont des ZMR auxquelles s'ajoutent des villes avoisinantes et six constituent des groupes de villes de deux comtés ou plus.

La Réserve fédérale ne croit pas que l'implantation de systèmes bancaires électroniques ait élargi les marchés géographiques des services bancaires de détail. Elle soutient que relativement peu de ménages utilisent un ordinateur, les guichets automatiques ou le téléphone pour avoir accès aux banques à distance.

Définition du marché de produit

Il existe évidemment de nombreux types de services bancaires de détail. Il convient de déterminer si chaque gamme de produits constitue un marché de produit pertinent distinct. Aux États-Unis, les organismes d'application de la loi et les tribunaux ont tous rejeté l'argument selon lequel les comptes d'opérations, les comptes d'épargne, les prêts commerciaux, les prêts hypothécaires, etc., doivent être considérés comme des secteurs d'activité distincts. Ils estiment que l'importance d'une banque sur le marché se mesure selon la valeur de ses dépôts (de tous types) et que les dépôts sont fongibles et peuvent donc être transférés d'une catégorie d'actifs à une autre. On pourrait appeler cette possibilité le « caractère substitutif axé sur l'offre » ou le « groupage ». La capacité d'une banque de consentir diverses formes de prêts dépend de ses dépôts. Par contre, les dépôts d'une banque et d'autres éléments de passif, quelle qu'en soit la forme, n'ont d'égal que l'actif. Selon ce point de vue, la présence d'une banque sur le marché se mesure par la valeur totale de ses dépôts plutôt que par la valeur d'un type particulier d'actif qu'elle détient. Selon certaines preuves, les ménages et les petites entreprises des États-Unis s'adressent aux banques commerciales pour acheter un groupe de services (voir le tableau IV.3 à la fin de la section IV). L'approche du marché groupé fait également de nécessité vertu. Les

dépôts constituent le seul élément déclaré au niveau de la succursale. Dans la mesure où les banques à plusieurs succursales sont prises en compte, les dépôts constituent la seule mesure possible de la taille du marché local et de la part et de la concentration du marché local. La définition du marché à partir des dépôts permet d'appliquer les lois antitrust de façon prévisible et bien comprise, et peut-être faussée.

Bien que la part des diverses formes de prêts que détient une banque sur un marché local puisse être proportionnelle à sa part de dépôts, certains motifs nous portent à croire que ce pourrait ne pas être le cas. Les preuves recueillies aux États-Unis indiquent que les banques possédant de nombreuses succursales ne répartissent pas leurs prêts de la même façon que leurs dépôts. Ce pourrait ou non être le cas au Canada. En outre, les institutions qui n'acceptent pas les dépôts pourraient dominer le marché pour certaines formes de prêts. La démarche de groupage utilisée aux États-Unis exclut toutes les institutions financières non bancaires (sociétés de crédit, banques de crédit hypothécaire, caisses de crédit) parce qu'elles n'offrent pas tous les groupes de services proposés par les banques. Par conséquent, la concentration de marchés locaux se rapportant à divers types de prêts peut être considérablement surestimée. Le DOJ et le CRF compensent cette situation par un relèvement du seuil de la part du marché auquel un fusionnement proposé accroît les craintes en matière de concurrence.

Même si l'activité globale en matière de prêt était étroitement liée aux dépôts sur tous les marchés locaux, diverses formes de prêts pourraient ne pas l'être. Supposons que les banques A et B interviennent pour 35 % des dépôts locaux, mais pour 70 % des prêts à la consommation locaux. Les banques C et D comptent également pour 35 % des dépôts, mais pour 70 % des prêts hypothécaires résidentiels. L'hypothèse selon laquelle les dépôts constituent un indice convenable de la part du marché équivaut à supposer que si les banques A et B fusionnaient et relevaient les taux d'intérêt sur les prêts à la consommation, les banques C et D pourraient se retirer du marché des prêts hypothécaires résidentiels et se lancer à l'assaut du marché des prêts à la consommation, éliminant ainsi la hausse des taux d'intérêt sur les prêts à la consommation. Évidemment, les fonds prêtables sont fongibles, mais cela ne signifie pas nécessairement que les institutions concurrentes pourraient apporter la modification nécessaire à leurs portefeuilles d'actifs en faveur des prêts à la consommation dans un délai suffisamment court. Cette situation dépendrait en partie de l'intensité de l'activité au chapitre des prêts consentis par les banques C et D à l'extérieur du marché local. Une augmentation locale des taux d'intérêt sur les prêts à la consommation pourrait être annulée par une variation infinitésimale des portefeuilles de prêts régionaux ou nationaux des banques C et D.

En résumé, deux questions se posent. La première consiste à déterminer si un groupe de services, les services à guichets uniques ou les services de distribution de plusieurs produits peuvent constituer un marché de produit pertinent. Les preuves recueillies aux États-Unis à partir de 1993 relèvent au moins et de façon très claire qu'il le peut⁵⁸. La deuxième question

⁵⁸ Bien que les ménages et les petites entreprises des États-Unis aient tendance à acheter certains services aux banques, Berger, Humphrey et Pulley (1996) ont conclu qu'en moyenne ils ne paient pas de supplément pour l'utilisation d'un guichet unique. On en déduit donc que les consommateurs n'accordent pas de valeur au groupement des services ou qu'il existe une concurrence suffisante dans le groupe ou sur le marché du guichet unique pour que les banques ne puissent pas exiger un supplément.

consiste à déterminer si le marché groupé constitue le seul marché de produit pertinent. En principe, la réponse est assurément « non ». La défense fondée sur la notion de marché groupé aux États-Unis est strictement d'ordre pratique. Les données utilisées pour analyser les secteurs d'activité ne sont pas disponibles et le groupement pèse probablement peu dans la balance dans la plupart des cas. Si les données sont disponibles et que le nombre de fusionnements à traiter est restreint, les marchés de produits uniques et de produits groupés doivent être examinés.

Résumé du point de vue du DOJ et du CRF en matière de définition de marché

Dans les zones urbaines, le marché géographique pertinent est généralement une région statistique métropolitaine. Les services bancaires représentent le marché du produit. Les dépôts constituent une variable substitutive de la valeur des services bancaires vendus sur le marché. Pour le DOJ, la taille du marché, donc le dénominateur de la part du marché, est déterminée d'après les dépôts bancaires commerciaux. Dans le cas des fusionnements qui ont pour effet de majorer l'IHH des dépôts bancaires commerciaux de plus de 200 points pour le faire passer à au-delà de 1 800 points, et de susciter d'éventuelles craintes au chapitre de la concurrence, le DOJ ajoute à son calcul de la taille du marché les dépôts d'une institution d'épargne (association d'épargne et de prêts) qui exploite le marché géographique pertinent et qui offre activement des services aux petites entreprises.

Le CRF adopte un point de vue différent. Il définit la taille du marché d'après les dépôts bancaires commerciaux et y ajoute 50 ou 100 % des dépôts des institutions d'épargne (association d'épargne et de prêts), selon que les institutions d'épargne sur le marché pertinent consentent ou non des prêts commerciaux⁵⁹. Par conséquent, sur les marchés géographiques où les institutions d'épargne ne consentent pas de prêts aux petites entreprises, la taille du marché pertinent déterminée par le CRF est plus grande que celle du marché envisagé par le DOJ, et les parts de marché des banques parties à des fusionnements sont plus restreintes. Dans les zones rurales, le marché géographique pertinent est généralement représenté par un comté ou une municipalité.

Matrices de part et de concentration du marché (IHH)

Le DOJ et le CRF appliquent la méthode utilisée couramment aux États-Unis, c'est-à-dire qu'ils concluent à l'exercice probable du pouvoir de marché après le fusionnement à partir d'un changement dans la structure du marché, plus particulièrement une modification de la concentration du marché découlant du fusionnement⁶⁰. Par conséquent, un fusionnement ayant pour effet d'accroître la concentration du marché au-delà d'un certain seuil est considéré comme potentiellement anticoncurrentiel parce qu'il est susceptible de permettre à l'entité fusionnée d'élargir unilatéralement l'écart entre les dépôts et les prêts ou parce qu'il accroît

⁵⁹ Le CRF accroît le poids qu'il accorde aux dépôts dans les institutions d'épargne comme facteur atténuant lorsqu'il détermine que les seuils de 200 et de 1 800 points seront dépassés si les dépôts dans les institutions d'épargne sont pondérés à 50 %.

⁶⁰ Le fondement théorique et empirique de ce point de vue est analysé dans une autre section de la présente étude.

l'interdépendance entre les banques qui demeureront sur le marché et entraîne donc un élargissement commun de l'écart entre les dépôts et les prêts. Les *Horizontal Merger Guidelines*, qui s'appliquent à tous les secteurs d'activité, renferment d'autres indices structurels de la probabilité de l'exercice en interdépendance du pouvoir de marché. Cette question est abordée plus loin dans la présente section.

Le seuil auquel un fusionnement est considéré comme potentiellement anticoncurrentiel provient des *Horizontal Merger Guidelines* du DOJ et de la FTC. Ces lignes directrices s'appliquent à tous les secteurs d'activité, mais elles ont été légèrement modifiées pour être utilisées dans le cadre des fusionnements de banques. Ce seuil est exprimé d'après l'effet du fusionnement proposé sur l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH). L'IHH est une variable de la concentration du marché. Il correspond à la somme des carrés des parts du marché détenues par les concurrents sur le marché visé⁶¹. Il augmente à mesure que diminue le nombre de concurrents sur le marché et que leurs parts respectives deviennent plus inégales.

Dans le cas des fusionnements à l'extérieur du secteur bancaire, il existe une zone (assez) sûre pour les fusionnements qui majorent l'IHH dans une proportion moindre de 50 points ou qui se traduisent après coup par un IHH inférieur à 1 800 points. Le fusionnement de deux entreprises détenant chacune 5 % du marché aurait pour effet d'augmenter de 50 points l'IHH *pro forma*⁶². La modification de l'IHH à la suite d'un fusionnement équivaut au double du produit des parts du marché des entreprises parties à la fusion.

La zone sûre en matière de fusionnement dans le secteur bancaire est légèrement plus vaste. Le CRF et le DOJ n'exprimeraient pas de craintes en matière de concurrence si, à la suite d'un fusionnement, l'IHH sur le marché pertinent était inférieur à 1 800 points ou si le fusionnement avait pour effet de majorer l'IHH sur le marché pertinent dans une proportion inférieure à 200 points. La majorité des marchés bancaires locaux aux États-Unis dépassent déjà le seuil des 1 800 points⁶³. Le fusionnement de deux entreprises détenant chacune 10 % du marché ferait augmenter l'IHH de 200 points. Les parts des marchés combinés avant le fusionnement qui se trouveraient à l'intérieur de la zone sûre figurent au tableau IV.4.

Il convient de se rappeler que le CRF et le DOJ définissent différemment les marchés bancaires et qu'en conséquence le calcul des parts du marché et de l'IHH peuvent différer quelque peu. Le CRF a recours à ce qui est appelé la « matrice A ». À cette fin, sa définition de la taille du marché englobe 50 % des dépôts de toutes les institutions d'épargne et 100 % des dépôts de toutes les banques du marché géographique visé. Le CRF et le DOJ sont susceptibles d'examiner de façon

⁶¹ Par exemple, si deux entreprises se partagent un marché à parts égales, l'IHH est $50^2 + 50^2 = 5\,000$. Si trois entreprises se partagent un marché dans des proportions de 50, 30 et 20 %, l'IHH sera $50^2 + 30^2 + 20^2 = 3\,800$.

⁶² La théorie économique prévoit que l'entité issue de la fusion sera moins affectée par un certain effritement de sa part du marché, du fait que les clients recherchent des sources d'approvisionnement secondaires, ce que l'expérience acquise tend à confirmer. Par conséquent, l'augmentation réelle de l'IHH et de la part du marché de l'entité fusionnée sera vraisemblablement inférieure à la hausse prévue.

⁶³ Rhoades (1996, p. 347) indique qu'en 1994, 137 des 308 marchés situés dans des RSM et 2 111 des 2 283 marchés de comtés (ruraux) affichaient un IHH supérieur à 1 800 points.

plus détaillée, à l'aide de la matrice A, un fusionnement proposé qui dépasse les seuils de 200 et de 1 800 points.

Le DOJ utilise également la matrice B. À cette fin, la taille du marché correspond à la somme des dépôts de toutes les banques sur le marché géographique. Par conséquent, la matrice B diffère de la matrice A en ce qu'elle ne tient pas compte des dépôts dans les institutions d'épargne. Le DOJ examinera l'effet d'un fusionnement proposé sur la concurrence en ce qui touche l'offre de prêts commerciaux si les seuils de 200 et de 1 800 points sont dépassés selon la matrice B.

Si la matrice B indique qu'un examen plus approfondi est justifié, les parties sont priées de fournir des renseignements sur les prêts commerciaux consentis par les banques et les institutions d'épargne sur le(s) marché(s) géographique(s) pertinent(s). Le DOJ estime que le calcul de l'IHH avant et après le fusionnement à l'aide de données sur les prêts commerciaux et industriels a) de moins de 250 000 \$ et b) entre 250 000 \$ et 1 million de dollars permet également d'évaluer l'ampleur de la concurrence au chapitre des prêts aux petites entreprises sur le marché pertinent. L'IHH appliqué aux des prêts commerciaux pourrait ou non fournir beaucoup plus de renseignements, car les parties pourraient, dans certains cas, devoir déterminer les parts des prêts commerciaux à l'aide des parts des dépôts.

Outre les IHH touchant les prêts commerciaux, les parties à des fusionnements qui dépassent les seuils de la matrice B doivent également fournir des renseignements sur la pertinence de cette matrice, notamment :

- des preuves qu'une institution d'épargne offre vraiment des services à des clients commerciaux, plus particulièrement des prêts pour le démarrage d'entreprise ou pour le fonds de roulement, et des services de gestion de trésorerie;
- des preuves qu'une caisse de crédit offre des services à des clients commerciaux;
- des preuves de concurrence exercée par des institutions hors marché qui offrent des services à des clients commerciaux (plus particulièrement pour le démarrage d'entreprise ou pour le fonds de roulement);
- des preuves de concurrence exercées par des institutions non bancaires auprès de clients commerciaux (plus particulièrement pour le démarrage d'entreprise ou pour le fonds de roulement).

Le seuil à partir duquel les autorités commencent à s'inquiéter de la concurrence est plus élevé pour les banques que pour les autres secteurs d'activité de manière à compenser le fait que les caisses de crédit, les sociétés de financement, les banques de crédit hypothécaire et d'autres prêteurs ou fournisseurs locaux de services financiers sont exclus du calcul de la taille du marché.

L'IHH est la somme des carrés des parts de marché de toutes les entreprises actives sur le marché pertinent. Il correspond à l'inverse du nombre d'entreprises de *taille égale* actives sur le marché.

Par conséquent, un fusionnement qui débouche sur un marché pertinent composé de six banques de taille égale suppose un IHH de 1 667 ($10\,000 \times 1/6$) qui ne serait pas contesté par le CRF ni par le DOJ. Le fusionnement de deux des six banques de taille égale se traduirait par un IHH de 2 220 et entraînerait une hausse de 555 points ($10\,000 \times 2 \times (1/6) \times (1/6)$) de l'IHH *pro forma* sur le marché pertinent; à défaut de dessaisissements acceptables, ce fusionnement serait contesté par le DOJ et il ne serait pas approuvé par le CRF.

Le CRF prévoit une procédure d'approbation accélérée (à l'échelle locale) des fusionnements qui respectent un critère plus poussé de calcul de la part du marché. Si la part du marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35 %, et que l'IHH après la fusion est inférieur à 1 800 ou que la variation de l'IHH découlant du fusionnement est inférieure à 200 points, le fusionnement peut être approuvé par la banque de Réserve fédérale compétente sans analyse plus poussée de ses répercussions sur la concurrence. Par exemple, le fusionnement de banques détenant respectivement (à peine moins de) 25 et 4 % du marché pourrait faire l'objet de la procédure d'approbation accélérée (part combinée inférieure à 35 %, IHH inférieur à 200).

Si le fusionnement de banques fait bondir l'IHH de plus de 200 points et lui fait dépasser le seuil des 1 800 points, l'analyse de ses répercussions sur la concurrence passe à l'étape suivante. Des facteurs atténuants s'appliquent généralement aux marchés des services bancaires de détail et permettent d'autoriser les fusionnements qui produisent un léger dépassement de ces seuils. Le CRF a défini un deuxième seuil au-delà duquel ces facteurs atténuants ne seront vraisemblablement pas appliqués. Il est très peu probable que le CRF autorise les fusionnements qui ont pour effet d'augmenter l'IHH de plus de 250 points *et* de le faire passer à plus de 2 200 points. Les facteurs atténuants sont réputés susceptibles de se traduire par l'approbation d'un fusionnement qui fait augmenter l'IHH dans une proportion inférieure à 250 points ou qui le porte à moins de 2 200 points. En outre, si la part du marché de l'entité fusionnée est inférieure à 40 %, la banque de la Réserve fédérale compétente peut appliquer une procédure d'approbation accélérée.

Le DOJ et le CRF tiennent compte des facteurs atténuants suivants :

1. La concurrence potentielle : il est relativement facile d'avoir accès au marché pertinent. Les entraves juridiques et économiques à l'accès sont peu nombreuses. Il se peut que certains marchés ne soient pas attrayants pour des raisons classiques : taille relativement restreinte et faible croissance. Certains obstacles économiques propres à l'activité bancaire peuvent entraver l'accès, y compris le faible taux de pénétration du marché en raison de l'importance de la réputation et des contrats de relation entre les consommateurs et les entreprises en place.
2. Les similitudes entre les banques et les institutions d'épargne sur le marché : les institutions d'épargne peuvent exercer leurs pouvoirs au chapitre des prêts à la consommation, des prêts commerciaux et des comptes d'opérations et ainsi concurrencer activement les banques. Dans ce cas, l'IHH serait recalculé pour accroître le poids des dépôts d'épargne. Donc, plutôt que de se voir attribuer un poids de 50 % (matrice A), les dépôts d'épargne pourraient obtenir un poids de 100 % et, en conséquence, l'IHH serait

moins élevé après le fusionnement, ce qui pourrait ramener l'IHH du fusionnement en question en deçà des seuils de 200 et de 1 800 points.

3. La banque acquise est un faible concurrent. La rentabilité et la part du marché sont des indices de compétitivité.
4. Le marché est à la baisse et une rationalisation s'impose. Les indices de croissance ou de repli du marché englobent la population, le revenu, les dépôts et l'emploi, de même que la rentabilité des banques. Il peut être très difficile de vendre des banques à capital fermé dans des régions rurales, sauf à des banques exerçant leur activité dans le même marché géographique. En l'absence de soumissionnaires externes valables, le CRF approuve un fusionnement qui dépasse le seuil de l'IHH.
5. La concurrence exercée par d'autres institutions de dépôts, comme des caisses de crédit, des banques industrielles ou des banques de crédit populaire est exceptionnellement intense. L'absence de conditions d'adhésion à des caisses de crédit et à des institutions de dépôts non bancaires qui consentent des prêts commerciaux est particulièrement répandue. On estime que le CRF pourrait envisager d'inclure les dépôts des caisses de crédit dans son calcul de l'IHH même s'il est peu probable qu'il leur accorde tout le poids qui leur revient (Amel, 1997, p. 15).
6. La concurrence exercée par les institutions qui n'acceptent pas de dépôts ou de banques situées à l'extérieur du marché géographique est exceptionnellement intense.
7. La banque acquise est par ailleurs susceptible de faillir et il n'existe pas d'options d'achat moins anticoncurrentielles de l'institution en sérieuse difficulté.
8. L'actif de l'entité bancaire qui subsiste est inférieur à 100 millions de dollars, d'où la possibilité de réaliser d'importantes économies d'échelle. Pour les banques de plus grande envergure, les gains en efficacité éventuels sont rarement réputés importants par le DOJ ou le CRF.

Les parts de marché des banques parties à un fusionnement qui ne serait vraisemblablement pas contesté si des facteurs atténuants étaient appliqués sont présentés au tableau IV.5. Les fusionnements figurant dans les zones ombragées seraient admissibles à la procédure accélérée appliquée par la banque de Réserve fédérale pertinente.

Enjeux de l'application de l'analyse des fusionnements au secteur bancaire

L'application de l'analyse des fusionnements au secteur bancaire a fait l'objet de nombreux arguments aux États-Unis. Ceux-ci ne portent généralement pas sur le fait que les critères de fusionnement intégrés au *Horizontal Merger Guidelines* du DOJ et de la FTC sont incorrects, mais plutôt sur l'interprétation de ces critères dans le contexte des services bancaires.

L'un des points abordés a trait à l'importance du marché géographique local comme fondement de l'analyse. Il est reconnu aux États-Unis que même si certains marchés de produits (services bancaires de gros) sont d'envergure nationale ou internationale, les marchés des services bancaires de détail sont en grande partie locaux pour le moment. Bien que l'on admette que les services bancaires électroniques serviront à élargir les marchés géographiques au fil des ans, l'option privilégiée consiste à exploiter un marché local et à l'élargir selon les circonstances.

Une question connexe consiste à déterminer si la notion du marché local est significative lorsque ce marché est dominé par des sociétés de portefeuille bancaire actives sur plusieurs marchés. Deux points sont soulevés ici et ils s'appliquent tous deux au contexte canadien. Le premier consiste à déterminer si les sociétés de portefeuille bancaire modifient leur comportement selon la situation du marché local. Les banques peuvent utiliser des guides de tarification qui s'appliquent uniformément à tous les marchés, quelle que soit la situation du marché local. Il n'est pas rare que les prix soient établis à l'échelle nationale ou par zone (pour les prix de détail, les prix de vente pourraient être fixés de façon différente) dans d'autres secteurs. En outre, il se pourrait que les banques à succursales soient confrontées à des coûts du contrôle des dirigeants qui obligeraient à limiter les pouvoirs discrétionnaires des gestionnaires locaux, même si elles devaient pour cela renoncer aux avantages découlant de la situation du marché local. Bien qu'ils admettent la possibilité que la fixation de prix à l'échelle nationale puisse être avantageuse et que les pouvoirs discrétionnaires des gestionnaires locaux puisse devoir être limités, la plupart des économistes auraient du mal à accepter l'affirmation selon laquelle l'examen des fusions doit se poursuivre comme si les caractéristiques du marché local n'importaient pas. La réaction de Rhoades (1996, p. 350) pourrait être typique :

De grandes banques exerçant leur activité sur plusieurs marchés peuvent en fait utiliser des guides de tarification qui établissent les tarifs de base pour les divers services offerts par tous leurs bureaux. Ces guides serviraient à renseigner les bureaux locaux, à maintenir une certaine forme de contrôle centralisé sur les prix des divers services et à mettre en œuvre des stratégies qui pourraient privilégier certains services par rapport à d'autres (par exemple, l'augmentation des prêts hypothécaires et la diminution des prêts aux entreprises, ou l'augmentation des dépôts de base et la diminution des ressources acquises). Cependant, le bon sens et la maximisation des bénéfices laisseraient à entendre que les banques, comme d'autres détaillants, n'appliqueraient probablement pas à la lettre leurs guides de tarification, mais accorderaient aux bureaux locaux la marge de manœuvre nécessaire pour tenir compte de la situation du marché local aux fins de fixation des prix.

La deuxième question consiste à déterminer si la meilleure façon de mesurer la capacité d'une société de portefeuille bancaire à réagir aux débouchés sur le marché local réside dans le calcul de sa part du marché local. Il n'est pas inconcevable qu'une banque exerçant son activité sur plusieurs marchés puisse détourner des ressources d'autres marchés pour tirer profit des possibilités qu'offre le fusionnement de deux de ses concurrents locaux même si sa part actuelle du marché est relativement modeste. Ces ressources comportent évidemment un coût d'option prenant la forme de bénéfices sur d'autres marchés géographiques et leur demande peut être relativement inélastique. En outre, s'il est nécessaire de transférer des ressources humaines, la mesure dans laquelle des fonds peuvent être simplement passés d'un marché à l'autre pourrait être

davantage réduite. L'importance des ressources hors marché au plan de la concurrence a été analysée à la lumière des études empiriques effectuées aux États-Unis⁶⁴. Ce point est abordé de façon plus détaillée dans une autre section de la présente étude.

Un deuxième point traité de façon assez détaillée par les observateurs des États-Unis concerne l'importance des entraves à l'accès au secteur bancaire et si ces obstacles ont diminué de façon significative. Les obstacles juridiques à l'accès ont été sensiblement réduits. L'on soutient toutefois que les entraves économiques à l'accès à certains marchés des services bancaires de détail demeurent importantes. Rhoades (1997, p. 9) indique les quatre secteurs d'activité de détail auxquels il est difficile d'accéder : (1) les comptes d'opérations; (2) les dépôts d'épargne assurés; (3) les services de trésorerie; (4) les prêts aux petites entreprises. Les entraves juridiques à l'implantation sur certains de ces marchés ont trait à l'accès à la compensation et à l'assurance-dépôts. En fin de compte, la titrisation et l'établissement de cotes de crédit pourraient éventuellement réduire les entraves à l'accès aux marchés locaux des prêts aux petites entreprises aux États-Unis, mais ils n'ont vraisemblablement pas encore donné ce résultat. Selon Rhoades, il subsiste sur les marchés des services bancaires de détail des entraves économiques éventuelles à l'accès prenant la forme de coûts de substitution et d'un droit de préemption sur les emplacements. Les données empiriques (abordées dans une autre section de la présente étude) correspondent à la conclusion voulant que les marchés bancaires locaux des États-Unis n'ont pas été disputables par le passé⁶⁵. Il convient donc de déterminer lequel des secteurs d'activité, s'il en est, doit être considéré comme disputable, actuellement ou dans un avenir rapproché.

Un troisième point porte sur le paradigme de l'interdépendance et sa pertinence dans le secteur bancaire. Les *Horizontal Merger Guidelines* du DOJ et de la FTC présentent des caractéristiques de marché qui peuvent être vulnérables lorsque confrontées à l'exercice en interdépendance du pouvoir de marché une fois le seuil de concentration dépassé. La démarche préconisée dans ces lignes directrices (elle est également appliquée par le Bureau de la concurrence au Canada) consiste à rechercher les facteurs propices à l'application de mesures coordonnées, et à la détection et à la sanction des écarts. Les entreprises qui fabriquent des produits homogènes ou, à tout le moins, très semblables, selon une structure de coût similaire, sont plus susceptibles d'appliquer des mesures coordonnées. La connaissance de la structure de coût et de la clientèle des entreprises concurrentes est également importante. Selon toute vraisemblance, des mesures de détection et de redressement des écarts sont prises plus rapidement si les prix, la production et d'autres conditions de vente pertinentes des entreprises concurrentes sont connus ou s'ils peuvent être facilement déduits à partir de la variation de la part du marché. Cette dernière possibilité est la plus probable si la demande est stable et si elle se compose d'un grand nombre d'achats répétitifs, si les coûts sont uniformes et si la clientèle n'est pas stratégique. Les entreprises non conformistes possédant de petites parts du marché, mais qui présentent des possibilités d'augmentation importantes de la production, peuvent également déstabiliser un cartel.

⁶⁴ Wolken et Rose (1991) constatent que la capacité marginale des banques hors marché n'a aucun effet sur les marges bénéficiaires de la banque locale dominante. Cette étude comporte de nombreuses lacunes.

⁶⁵ Une étude particulièrement intéressante (DeYoung et Hasan, 1997) porte sur la rentabilité des nouvelles entreprises sur les marchés bancaires locaux. Les auteurs concluent qu'une nouvelle entreprise doit compter neuf ans pour devenir aussi rentable que les banques établies de taille semblable. Le bénéfice auquel l'entreprise renonce constitue un coût d'accès irrécupérable.

Bien que certains de ces facteurs semblent présents dans le secteur des services bancaires de détail, les autorités américaines n'ont pas été obligées de justifier l'interdépendance dans le secteur bancaire parce que les parties acceptent inévitablement un dessaisissement qui fait en sorte qu'à la suite de leur fusionnement, les entreprises se retrouvent en deçà du seuil auquel on aurait supposé un accroissement possible du comportement d'interdépendance. Ces facteurs concernent la probabilité de collusion réelle et soutenue. Ils sont discrets au sujet de l'effet d'un fusionnement sur cette probabilité ou des répercussions d'une collusion réelle sur la clientèle ou sur l'économie. Dans leur tentative de quantifier ce qui constitue essentiellement une approche qualitative en matière de détermination des effets anticoncurrentiels d'un fusionnement, les observateurs américains utilisent souvent des preuves statistiques de relation entre la concentration du marché et la rentabilité, tant en général que dans le secteur bancaire. Ces preuves sont analysées brièvement à la section VI.

Mesures de redressement

Certains projets de fusionnement sont rejetés sur-le-champ, mais une telle situation est très rare. Le CRF a rejeté deux projets de fusionnement au cours des quatre dernières années. Dans les deux cas, des banques projetaient d'acquérir des institutions d'épargne sur des marchés ruraux. Les deux propositions ont été bloquées parce que les parties ont refusé d'effectuer les dessaisissements requis, ce qui aurait apaisé les craintes du CRF au sujet de la concurrence.

Dans la plupart des cas, on propose une mesure de redressement prenant la forme d'un dessaisissement de succursales. Évidemment, les comptes des clients (dépôts, prêts, actifs connexes et ressources humaines) sont cédés, tout comme les succursales. Le CRF veut s'assurer de la viabilité des succursales cédées. Le DOJ veille en outre à ce que les dessaisissements permettent de maintenir la concurrence au chapitre des prêts aux petites entreprises. Ainsi, il a généralement indiqué que les grandes institutions en place n'étaient pas des acheteurs convenables d'actifs cédés. Subsistaient donc à titre d'acheteurs éventuels des institutions sur place et des entreprises hors marché de moindre envergure. Les dessaisissements ont donné de bons résultats, car les entreprises cédées ont maintenu leur part du marché (Guerin-Calvert, 1996, p. 317). Selon le rôle que joueront éventuellement les banques étrangères dans le secteur des services bancaires de détail, la démarche adoptée par les États-Unis en matière de redressement pourrait être beaucoup plus difficile à appliquer au Canada.

Tableau IV.1A
Pourcentage des ménages des États-Unis
qui s'adressent à divers types d'institutions
Selon le type d'institution et certaines de ses caractéristiques

Type d'institution	Toutes	Primaires	Locales (moins de 30 milles)	Non locales (plus de 30 milles)
Toutes	100	100	98,3	35,7
Institutions de dépôts	98,9	96,5	97,5	20,2
Banques commerciales	83,3	71,3	80,6	11,3
Institutions d'épargne	29,5	13,4	26,5	4,3
Caisses de crédit	31,8	11,8	26,8	6,6
Institutions n'acceptant pas les dépôts	35,7	3,5	20,3	20,7
Sociétés de financement	13,1	1,7	6,2	7,8
Maisons de courtage	16,3	1,0	10,7	7,3
Autres	12,2	0,8	4,6	7,8

Tableau IV.1B
Pourcentage des petites entreprises des États-Unis
ayant recours aux services de divers types d'institutions
D'après le type d'institution financière et certaines de ses caractéristiques

Type d'institution	Toutes	Primaires	Locales (moins de 30 milles)	Non locales (plus de 30 milles)
Toutes	100	98,5	93,3	16,9
Institutions de dépôts	98,7	93,5	92,4	7,6
Banques commerciales	91,4	83,9	84,9	6,4
Institutions d'épargne	12,1	7,7	10,9	0,8
Caisses de crédit	4,4	1,9	3,6	0,4
Institutions n'acceptant pas les dépôts	34,9	4,3	13,5	10,8
Sociétés de financement	13,4	1,4	3,8	4,1
Maisons de courtage	9,9	1,0	5,9	2,3
Crédit-bail	8	0,5	2,4	3
Autres institutions financières n'acceptant pas les dépôts	3,7	0,2	1,1	0,8
Institutions non financières	8,7	1,1	1,4	1,4

Source : Kwast, Starr-McCluer et Wolken (1997).

Tableau IV.2A
Nombre de milles séparant les ménages des États-Unis de leurs institutions
Selon le type de service financier

Type de service	Distance en milles selon le percentile			
	25 ^e	Médiane	75 ^e	90 ^e
Actif	<1	3	8	50
Chèque	<1	2	5	12
Épargne	<1	3	8	50
Marché monétaire	<1	3	10	50
Certificats de dépôt	<1	3	6	20
IRA ou Keogh	2	5	25	50
Courtage	4	10	50	50
Fiducie	3	15	50	50
Crédit	2	7	50	50
Prêts hypothécaires	3	8	50	50
Prêts autos	2	7	22	50
Ligne de crédit	<1	3	10	50
Autres prêts	2	10	50	50

Nota : Les distances sont indiquées jusqu'à concurrence de 50 milles.

Tableau IV.2B
Nombre de milles séparant les petites entreprises des États-Unis
de leurs institutions
Selon le type de service financier

Type de service	25 ^e	Médiane	75 ^e	90 ^e
Actif	1	2	5	15
Chèque	1	2	5	13
Épargne	1	2	6	17
Crédit	1	5	25	264
Lignes de crédit	1	4	11	45
Crédit-bail	5	39	431	1 214
Prêts hypothécaires	1	4	12	35
Prêts pour équipement	1	5	35	494
Prêts autos	2	6	25	137
Autres prêts	1	4	12	139
Services de gestion financière	1	3	10	55
Opérations	1	2	5	20
Gestion de trésorerie	1	3	10	30
Services financiers liés au crédit	1	3	14	74
Retraite	3	7	21	250
Courtage	3	7	24	216

Source : Kwast, Starr-McCluer et Wolken (1997)

Tableau IV.3A**Nombre moyen de services financiers utilisés par les ménages des États-Unis dans des institutions locales et non locales****Selon le type d'institution**

Type d'institution	Toutes	Locales (moins de 30 milles)	Non locales (plus de 30 milles)	Institutions locales en pourcentage de tous les services
Total	4,24	3,58	0,66	84,4
Dépôts	3,53	3,20	0,32	90,7
Banques commerciales	2,23	2,07	0,16	92,8
Institutions d'épargne	0,63	0,57	0,06	90,5
Caisses de crédit	0,67	0,57	0,1	85,1
Institutions n'acceptant pas les dépôts	0,71	0,37	0,34	52,1
Sociétés de financement	0,18	0,08	0,1	44,4
Maisons de courtage	0,37	0,23	0,14	62,2
Autres	0,16	0,06	0,1	37,5

Tableau IV.3B**Nombre moyen de services financiers utilisés par des petites entreprises des États-Unis dans des institutions locales et non locales****Selon le type d'institution**

Type d'institution	Toutes	Locales (moins de 30 milles)	Non locales (plus de 30 milles)	Institutions locales en pourcentage de tous les services
Total	3,11	2,78	0,32	89,4
Dépôts	2,45	2,32	0,13	94,6
Banques commerciales	2,19	2,07	0,12	94,7
Institutions d'épargne	0,2	0,19	0,01	95,2
Caisses de crédit	0,07	0,06	0,01	90,3
Institutions n'acceptant pas les dépôts	0,61	0,34	0,24	55,1
Institutions financières n'acceptant pas les dépôts	0,48	0,27	0,19	56,1
Sociétés de financement	0,18	0,08	0,09	46
Maisons de courtage	0,15	0,11	0,04	73,8
Crédit-bail	0,11	0,04	0,06	39
Autres	0,04	0,02	0,02	55
Institutions non financières	0,13	0,06	0,04	47
Source inconnue	0,04	0,04	0	88,9

Source : Kwast, Starr-McCluer et Wolken, (1997).

Tableau IV.4
Fusionnement de banques peu susceptibles de nécessiter un examen plus poussé à partir des seuils fixés par le CRF et le DOJ

Part du marché détenue par la banque 1 (%)	Part du marché détenue par la banque 2 (%)	Part du marché combinée (%)	Δ IHH
2	50,0	52,0	200
3	33,3	36,3	200
4	25,0	29,0	200
5	20,0	25,0	200
6	16,6	22,6	200
7	14,3	21,3	200
8	12,5	20,5	200
9	11,1	20,1	200
10	10,0	20,0	200

Les zones grisées indiquent les fusionnements admissibles à la procédure d'approbation accélérée appliquée par le CRF.

Tableau IV.5
Part du marché à laquelle le CRF est susceptible de donner son approbation après examen des facteurs atténuants

Part du marché détenue par la banque 1 (%)	Part du marché détenue par la banque 2 (%)	Part du marché combinée (%)	Δ IHH
2	62,5	64,5	250
3	41,7	44,7	250
4	31,3	35,3	250
5	25,0	30,0	250
6	20,8	26,8	250
7	17,9	24,9	250
8	15,6	23,6	250
9	13,9	22,9	250
10	12,5	22,5	250
11	11,4	22,4	250

Les zones grisées indiquent l'admissibilité à la procédure d'approbation accélérée appliquée par le CRF.

V. Évaluation du fusionnement de banques en Australie et au Royaume-Uni

La Commission Wallis chargée du processus d'examen des fusionnements de banques en Australie

La Commission Wallis (« la Commission ») a récemment envisagé la nécessité de réglementer la concurrence dans certains secteurs en Australie. La Commission estimait que pour justifier cette réglementation, il faudrait prouver que la norme de fusionnement prévue par la Loi sur la concurrence (l'article 50 de la loi dite *Trade Practices Act*) était insatisfaisante parce qu'elle était trop ou pas assez restrictive. À cet égard, la Commission a conclu que :

[TRADUCTION]

Les auteurs ont conclu qu'il n'existe aucune preuve de fonds qui pourrait justifier un critère différent.

L'examen du système financier australien évoque tout à fait le contraire. Comme il a été noté dans l'ensemble du rapport, les fournisseurs non classés comme les détaillants, les sociétés de télécommunication et les fabricants, s'implantent actuellement dans le système financier. En vertu de cette convergence, il serait extrêmement difficile, sur le plan pratique, d'appliquer un régime de concurrence distinct au le système financier. (1997, p. 419)

La Commission a ensuite recommandé ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'article 50 de la *Trade Practices Act* de 1974 doit continuer de s'appliquer au système financier, comme aux autres secteurs de manière à interdire un fusionnement dans le système financier qui serait susceptible d'entraîner une réduction sensible de la concurrence sur un vaste marché. (p. 419)

Le critère appliqué en vertu de l'article 50 de cette loi ressemble en bonne partie à celui visé à l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* au Canada.

La Commission a ensuite conclu que le Trésor ne doit pas posséder le pouvoir d'annuler une décision de l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), ni par ailleurs celui de réglementer les fusionnements de banques et de sociétés d'assurances pour des motifs de concurrence :

[TRADUCTION]

Les lois régissant les banques et les assurances doivent être modifiées pour préciser qu'au plan de la concurrence, un fusionnement ne doit être évalué qu'en vertu des dispositions de la *Trade Practices Act* de 1974. (p. 425)

La primauté de l'autorité chargée de la concurrence dans les dossiers touchant cette question aura peu de répercussions si les questions liées à la prudence et d'autres préoccupations font en sorte que l'organisme de réglementation spécial est toujours susceptible d'avoir la priorité sur l'organisme de réglementation en matière de concurrence. Ce point a été étudié par la Commission Wallis lorsque ce dernier a tenté de déterminer si la « politique des six piliers » (les fusionnements entre les quatre grandes banques et deux importantes sociétés d'assurance-vie ne seraient pas permis par le Trésor) était justifiée pour des motifs de prudence⁶⁶. La banque centrale craignait que même si la réduction du nombre de banques nationales à trois ne soulèverait pas de préoccupations en matière de prudence, une telle situation pourrait précipiter un autre fusionnement, ce qui porterait à deux le nombre de banques nationales et entraînerait l'Australie dans des « zones d'incertitude » pour ce qui est de la gestion des faillites. Selon la Commission, cet argument n'est pas convaincant, car même si elles sont d'envergure restreinte sur la scène internationale, les banques nationales étaient déjà de taille suffisante pour limiter les options en vue d'une réorganisation purement nationale si l'une d'entre elles devait faillir. Cette constatation a porté la Commission à conclure qu'il n'était pas justifié, pour des motifs de prudence, d'annuler l'approbation de l'ACCC en vue du fusionnement d'une grande banque ou d'une société d'assurances. La Commission a recommandé l'abrogation de la politique des six piliers, de sorte que l'ACCC demeurerait le seul organisme chargé d'examiner les fusionnements. Elle n'a toutefois pas tiré de conclusion au sujet de la décision que pourrait prendre l'ACCC si cette dernière était confrontée à un projet de fusionnement des quatre banques nationales. La Commission a également conclu qu'elle s'opposait au transfert de l'ensemble de la propriété d'institutions financières australiennes à des intérêts étrangers même si les restrictions touchant le contrôle étranger des quatre banques nationales étaient éliminées. (p. 474)

La décision de l'ACCC du sujet du fusionnement de Westpac Banking Corporation et de la Banque de Melbourne

Point de vue général

À l'examen de ce projet de fusionnement, l'ACCC a appliqué sa méthode d'analyse habituelle. Elle n'a pas modifié sa démarche en réaction à des différences perçues au chapitre des caractéristiques structurelles et comportementales du secteur des services bancaires. Son approche normale est semblable à celle du Bureau de la concurrence au Canada et du Département de la Justice et de la Federal Trade Commission aux États-Unis. Elle comporte les étapes suivantes :

⁶⁶ Les quatre banques nationales (ou grandes banques) sont National Australia, Westpac, ANZ et Commonwealth.

- la définition du marché sous l'angle du produit, de la fonction, de la région et de la période;
- l'application des matrices relatives à la part du marché et à la concentration du marché
 - la matrice de l'exercice unilatéral du pouvoir de marché : l'entité issue du fusionnement détient plus de 40 % du marché
 - la matrice de l'exercice par interdépendance du pouvoir de marché : l'entité fusionnée détient plus de 15 % du marché et les quatre plus importantes entreprises accaparent plus de 75 % du marché;
- la détermination à savoir si l'exercice du pouvoir de marché peut être limité par la concurrence exercée par les importations;
- la détermination de la capacité des nouveaux arrivants de limiter l'exercice du pouvoir de marché;
- l'examen d'autres facteurs, y compris :
 - le pouvoir compensateur;
 - la disponibilité de substituts;
 - l'élimination d'un concurrent dynamique et efficace;
 - les caractéristiques dynamiques du marché;
 - la probabilité d'une augmentation soutenue des marges bénéficiaires à la suite du fusionnement;
 - la nature et la portée de l'intégration verticale sur le marché.

Les éléments qui précèdent comportent deux répercussions importantes. Premièrement, la méthode d'examen des fusionnements appliquée par l'ACCC ressemble de près à celle du Canada (ses seuils de part du marché et de concentration du marché sont légèrement plus élevés). Deuxièmement, l'ACCC n'a pas modifié sa méthode d'examen des fusionnements lorsqu'elle a analysé le fusionnement Westpac-Melbourne.

Définition du marché

L'ACCC a établi une distinction entre les services bancaires destinés aux grandes entreprises (financement de grandes entreprises, diverses formes d'instruments dérivés) et des services bancaires de détail. Elle a conclu que le fusionnement proposé n'était pas susceptible d'influer sur la concurrence au chapitre des services bancaires destinés aux grandes entreprises qu'elle considérait d'envergure nationale ou internationale.

Pour ce qui est des services bancaires de détail, l'ACCC a reconnu que bon nombre de consommateurs continuent d'acheter des groupes de services auprès des banques, mais elle a néanmoins décidé d'examiner l'effet du fusionnement sur six produits : les dépôts (à terme), les prêts à l'habitation, les prêts personnels, les services bancaires aux petites entreprises et les comptes d'opérations.

Dans le cas des dépôts, l'ACCC a inclus dans le marché les sociétés de fiducie chargées de la gestion de trésorerie, des sociétés d'épargne immobilière, les caisses de crédit et les sociétés de secours mutuels. Elle a défini le marché géographique comme étant l'État. Le marché géographique des prêts à l'habitation a été défini comme étant d'envergure nationale. Pour ce qui est des prêts personnels, les sociétés d'épargne immobilière, les caisses de crédit et les sociétés de financement ont été prises en compte dans le marché et le marché géographique a été défini comme étant régional.

Les services bancaires aux petites entreprises ont été définis comme un marché pluricellulaire (crédit, services d'opérations, établissements de dépôt, relation bancaire, traitement par carte de crédit et virements électroniques de fonds). Le marché géographique a été réputé local (région métropolitaine de Melbourne) et d'État (Victoria) dans son sens le plus large.

Les cartes de crédit ont été réputées différentes des dépôts d'opérations et des prêts personnels. Il a été décidé que le marché géographique était l'État. Les comptes d'opérations (comptes de chèques) ne peuvent être offerts que par des institutions qui ont accès à des mécanismes de compensation (banques, caisses de crédit, sociétés d'épargne immobilière). Malgré la croissance des guichets automatiques bancaires (GAB), les consommateurs continuent de recourir aux services offerts en succursales. Pour cette raison, le marché géographique a été considéré comme l'État.

Matrice de concentration

Pour chacun des marchés géographiques et de produit pertinents définis ci-devant, l'ACCC a calculé les parts de marché et les ratios de concentration des quatre entreprises. Les résultats de cet exercice sont résumés au tableau V.1 à la fin de la section V. Dans le cas des services bancaires aux petites entreprises, on a adopté les prêts aux petites entreprises comme base de calcul de la taille du marché et de part du marché. La part des prêts aux petites entreprises portait sur la région métropolitaine de Melbourne même si le marché géographique englobait tout l'État de Victoria. Aucune donnée sur les cartes de crédit n'était disponible, de sorte que les données sur les comptes d'opérations ont servi à calculer les parts et la concentration du marché des cartes de crédit. Ce choix a été effectué parce que 80 % des détenteurs de comptes d'opérations possèdent également une carte de crédit émise par la même banque. Un autre problème résidait dans le fait que l'une des parties au fusionnement n'avait pas émis de carte de crédit et qu'il était donc impossible de mesurer la part du marché que représentait sa carte de débit, considérée comme un substitut partiel.

Facteurs influant sur la concurrence

Vu que le seuil permettant l'exercice par interdépendance du pouvoir de marché avait été franchi, l'ACCC a axé son analyse sur la concurrence exercée par les importations. Elle a conclu que l'importance soutenue des succursales locales était telle que la pénétration potentielle du marché par les concurrents étrangers (ou même de l'extérieur de l'État) ne possédant pas de succursales serait limitée. Elle a fait remarquer qu'il existait de nombreux obstacles aux services bancaires généralisés sur Internet et que les services bancaires téléphoniques n'avaient pas encore connu beaucoup de succès auprès de la clientèle. L'ACCC a également noté que l'importance des marques commerciales et les rapports entre bon nombre d'opérations bancaires limitaient également le rythme de pénétration des importations sur les marchés intérieurs.

Compte tenu de la capacité restreinte des importations de limiter l'exercice par interdépendance du pouvoir de marché, l'ACCC a examiné des entraves à l'accès sur les marchés pertinents. Elle a conclu qu'il existe des entraves importantes à l'accès sur ces marchés, notamment :

1. Les frais d'accès fixes sont considérables. Les nouveaux arrivants doivent obtenir un permis bancaire et se conformer à des règlements en matière de prudence.
2. L'accès aux succursales et aux opérations bancaires électroniques constituent un élément essentiel pour les consommateurs qui doivent choisir un fournisseur de services bancaires de détail. L'ACCC a reconnu qu'il existe deux points de vue au sujet des réseaux de succursales. Premièrement, les réseaux représentent un obstacle insurmontable en matière d'accès au service de détail. Deuxièmement, ils constituent un anachronisme et un handicap pour les institutions en place. L'ACCC a conclu que même si la nature des succursales bancaires évoluera et que les réseaux électroniques et certains kiosques de services dans les supermarchés (à moins qu'ils ne soient acquis par préemption par les institutions en place) ou ailleurs puissent réduire les coûts d'accès aux services bancaires destinés aux ménages, les succursales offrant tous les services conserveront toute leur importance, plus particulièrement pour les petites entreprises.
3. Les nouveaux arrivants pourraient éprouver de la difficulté à avoir accès aux services bancaires électroniques. Ils devraient assumer des coûts élevés pour établir leurs propres réseaux de GAB ou pour négocier l'accès des institutions en place à leur GAB; dans ce cas, les frais d'échange pourraient être importants (cette question a été étudiée au Canada). Un nouvel arrivant devrait faire accepter ses cartes de transfert électronique de fonds aux points de vente (TEFPV) et s'il désire offrir toute la gamme de services à des commerçants, il devrait être un commerçant par TEFPV (cette question a été analysée au Canada).
4. Il pourrait exister une prime bancaire découlant du fait que les consommateurs estiment que les banques sont plus sûres.
5. La grande majorité des consommateurs considèrent que la banque constitue leur principale institution financière et ils ne changent pas fréquemment d'institution financière. Parmi les obstacles qui empêchent le passage d'une institution à une autre,

mentionnons les coûts d'information, le maintien de la cote de solvabilité et les frais de déplacement. Cette situation ralentit la pénétration du marché par un nouveau concurrent et la rend donc coûteuse.

6. L'ACCC a considéré les économies d'échelle et de diversification réalisées grâce à l'implantation de vastes réseaux de succursales multi-produits comme un élément essentiel sur les marchés des comptes d'opérations, des cartes de crédit et des services bancaires aux petites entreprises.
7. La connaissance du nom de commerce est importante dans les services bancaires de détail, plus particulièrement à la suite d'un récent épisode de faillites d'institutions financières. Là encore, cette situation réduit le taux de pénétration du marché par de nouveaux arrivants et accroît ainsi les coûts d'accès.
8. Le coût d'accès comporte une part importante de coûts irrécupérables. Si l'accès au marché échoue, la plus grande partie des dépenses qui y ont été consacrées ne sera pas récupérée. Les coûts irrécupérables peuvent être inférieurs si les nouvelles institutions ont accès à des fournisseurs spécialisés de services d'infrastructure électronique et de services de soutien, s'ils possédaient déjà un réseau de bureaux (sociétés d'assurances) et un nom commercial établi et transférable (banques étrangères, sociétés d'assurances).

Après avoir conclu que les entraves à l'accès sur certains marchés des services bancaires de détail étaient importants, l'ACCC a examiné d'autres facteurs pertinents. Elle a constaté que les clients du secteur bancaire de détail ne possèdent aucun pouvoir compensateur et que les concurrents (banques du Commonwealth) pourraient facilement accroître l'offre de services financiers dans l'État de Victoria. Elle a conclu que la Banque de Melbourne avait été un concurrent dynamique et efficace.

Pour ce qui est des caractéristiques dynamiques du marché, l'ACCC a tenu compte de la part régressive des dépôts bancaires dans les actifs des ménages, de l'utilisation accrue des services bancaires électroniques, de la modification de la réglementation, de la constitution de coentreprises de soutien administratif, de l'accès de nouveaux fournisseurs, comme des sociétés de prêts hypothécaires, et de plusieurs autres facteurs.

L'ACCC a également tenté de déterminer si le fusionnement proposé entraînerait une augmentation des prix ou des marges. Pour ce faire, elle devait d'abord évaluer l'ampleur des gains en efficacité qui pouvaient dépendre du fusionnement. De ce point de vue, il s'agit d'une question semblable à la défense fondée sur les gains en efficacité au Canada. L'ACCC a admis qu'il existait de nombreuses sources de gains en efficacité potentiels, essentiellement en raison de la rationalisation et de la diversification, mais elle est demeurée sceptique en grande partie à cause de preuves (peut-être dépassés) aux États-Unis selon lesquelles les gains en efficacité découlant de fusionnements ont tendance à être surestimés. Elle a également examiné un autre point, la portée de l'interdépendance. Selon elle, les banques ont tenté par tous les moyens d'éviter une concurrence par les prix et que le marché de détail comportait des caractéristiques propices à la collusion, notamment :

- des antécédents en matière de réglementation;
- des entreprises appliquant des structures de coûts semblables (probabilité de comportement coopératif);
- la demande inélastique de comptes d'opérations;
- un produit homogène à prix transparent;
- la perte de la Banque de Melbourne comme fournisseur indépendant insistant sur les services bancaires de détail à faible coût (au plan des frais de transaction).

La multiplication des fournisseurs non bancaires et les facteurs dynamiques susmentionnés allaient à l'encontre de la conclusion de collusion.

Conclusion

Après avoir examiné les preuves dans le contexte de son cadre d'évaluation, l'ACCC a conclu qu'un seul des six marchés de produits analysés, celui des comptes d'opérations, suscitait des préoccupations en matière de concurrence. Les deux autres marchés sur lesquels le seuil de concentration a été dépassé, les dépôts et les cartes de crédit, ont finalement été réputés ne pas poser de problème de concurrence. La Banque de Melbourne ne participait pas directement au marché des cartes de crédit et l'innovation sur le marché des dépôts (de l'intermédiation) était suffisante.

Sur le marché des comptes d'opérations, l'effet anticoncurrentiel éventuel a pris la forme d'un risque accru de comportement interdépendant (c'est-à-dire collusoire). L'ACCC a également conclu que ses craintes à cet égard seraient atténuées par les engagements de Westpac à exploiter la Banque de Melbourne (BML) de façon autonome pendant trois ans, de maintenir certains frais et services de la BML et de permettre à de nouveaux concurrents de l'État de Victoria d'avoir accès aux réseaux nationaux de guichets automatiques et de TEFPV de Westpac et au réseau électronique de BML à des conditions jugées acceptables par un arbitre de l'extérieur (le cas échéant).

Le Trésor a par la suite approuvé le fusionnement. Dans sa décision, il a indiqué qu'il acceptait l'avis de la Banque de réserve d'Australie, à savoir que le fusionnement ne posait aucun problème au chapitre de la prudence, de même que celui de l'ACCC, qui précisait que ses craintes en matière de concurrence avaient été atténuées par les engagements de Westpac.

Répercussions au Canada

Les répercussions de ce fusionnement sur la concurrence n'ont été examinées que par l'ACCC. Aucun examen parallèle de l'incidence de ce fusionnement sur la concurrence n'a été effectué par le Trésor ou d'autres organismes de réglementation. Dans son analyse du fusionnement, l'ACCC a appliqué sa méthodologie habituelle. Elle n'a pas jugé nécessaire d'établir et d'utiliser des normes spéciales pour les fusionnements de banques. La méthodologie de l'ACCC a permis de

tenir compte des caractéristiques exclusives de la concurrence sur les marchés des services bancaires de détail. Les banques peuvent différer d'autres entreprises et les marchés bancaires peuvent être différents d'autres marchés, mais cette constatation ne signifie pas que les fusionnements dans le secteur bancaire doivent être évalués d'après des méthodes ou des normes différentes ou par des organismes d'arbitrage différents. Tous les marchés possèdent leurs propres caractéristiques spéciales⁶⁷.

Les préoccupations de l'ACCC au sujet d'une réduction de la concurrence au chapitre de l'offre de comptes d'opérations dans l'État de Victoria ont été atténuées par les engagements de l'entité fusionnée. Au Canada, une telle démarche engloberait vraisemblablement une ordonnance par consentement. Les engagements à exploiter la BML de façon autonome et à maintenir ses gammes de prix et de service pourraient ne pas être acceptables aux yeux du directeur et du Tribunal au Canada. Ces intervenants réclameraient probablement un ensemble de mesures de redressement plus automatiques. Ils considéreraient les dispositions concernant l'accès des nouveaux arrivants au marché des guichets automatiques et du transfert électronique de fonds au point de vente comme acceptables même si cette exigence ne serait vraisemblablement pas nécessaire au Canada à la suite de l'affaire Interac.

La décision de l'ACCC de ne pas s'opposer au fusionnement en raison de la prise d'engagements a été acceptée par le Trésor. Ce dernier a également approuvé la recommandation de la Banque centrale à l'égard des craintes touchant la prudence. De toute évidence, le Trésor n'a pas lui-même soulevé la question de la concurrence ou de la prudence, pas plus qu'il n'a ouvert les dossiers de l'emploi et du développement régional, entre autres. Bien que l'Australie se préoccupe autant de l'emploi que les autres pays, elle a peut-être reconnu que l'examen des fusionnements ne constitue pas la tribune idéale pour exprimer ses préoccupations et y remédier⁶⁸. Il est toutefois peu probable que le directeur ou le Tribunal, au Canada, serait en mesure de rejeter aussi facilement que l'ACCC les arguments relatifs aux gains en efficience.

La loi sur la concurrence et le secteur bancaire au Royaume-Uni

En Grande-Bretagne, les banques et les sociétés d'épargne immobilière sont assujetties à la même loi que les autres secteurs de l'économie en matière de concurrence. Il n'existe pas de dispositions ni d'exemptions spéciales pour le secteur des services financiers. Plus particulièrement, les dispositions de la loi dite *Fair Trading Act* de 1973 au chapitre du fusionnement s'applique de la même façon aux banques et autres entreprises de services financiers qu'à d'autres secteurs. Si le directeur général chargé de l'application de la loi entretient

⁶⁷ Aucune crainte n'a été formulée pendant l'analyse au sujet de l'intensification des ventes liées ou de la commercialisation jumelée à la suite du fusionnement. Les banques australiennes sont autorisées à pratiquer le crédit-bail d'éléments d'actif.

⁶⁸ La Commission Wallis n'a pas écarté l'examen des questions touchant l'emploi par l'ACCC. Elle a déclaré (p. 468) que si un fusionnement de banques était réputé enfreindre les dispositions de l'article 50, la Commission pourrait tenir compte du dossier d'emploi pour déterminer si les avantages publics du fusionnement étaient suffisants pour en justifier l'autorisation. Les critères relatifs aux avantages publics sont abordés à la section VII.

des craintes au titre de la concurrence dans le cas d'un fusionnement, il peut recommander au secrétaire d'État à l'Industrie de soumettre le fusionnement à l'examen de la Mergers and Monopolies Commission (MMC).

Ces dernières années, on a enregistré un certain nombre de fusionnements de banques en Grande-Bretagne⁶⁹. La plupart de ces fusionnements n'ont pas soulevé suffisamment de préoccupations au chapitre de la concurrence pour justifier une enquête de la MMC. Le directeur général n'a renvoyé qu'un fusionnement de banques à la MMC. Il s'agit du fusionnement des banques Lloyds et Midland en 1992. Ce fusionnement a soulevé des craintes en matière de concurrence sur trois marchés : l'affacturage, l'acquisition de commerces et les prêts aux petites entreprises. La MMC a mis un terme à son enquête après le rejet de la soumission de la banque Lloyds en vue de fusionner la banque Midland en faveur d'une offre présentée par la Banque de Hong Kong et de Shanghai. Ce fusionnement n'a pas soulevé de préoccupations en matière de concurrence. En 1995, l'Office of Fair Trading a examiné le fusionnement des banques Lloyds et TSB. Le directeur général a conclu que ce projet ne suscitait pas suffisamment de craintes en matière de concurrence pour justifier une enquête de la part de la MMC⁷⁰.

Lorsqu'il a examiné les fusionnements de banques, l'Office of Fair Trading a défini les marchés de produit, à un niveau, en séparant les services bancaires aux particuliers et aux entreprises et, à un deuxième niveau, selon les domaines d'activité, comme les prêts, les prêts hypothécaires, les comptes courants, les comptes de dépôts, l'acquisition de commerces et l'affacturage. Les marchés géographiques ont été généralement définis à l'échelle nationale. Cette démarche a été justifiée, entre autres, par la participation de chaînes nationales de supermarchés dans le secteur des services bancaires et l'essor des services bancaires téléphoniques et d'autres formes de services bancaires⁷¹. Les services bancaires par Internet n'ont pas encore soulevé de problème, pas plus que les arguments touchant « l'envergure garante du succès ».

L'Office of Fair Trading peut également faire enquête sur des allégations d'abus de position dominante (au moins 25 % du marché) ou d'abus de position dominante conjointe (appelée monopole complexe). Si le directeur général de l'Office of Fair Trading rend une conclusion d'abus, il peut renvoyer l'affaire à la MMC ou négocier des engagements avec la ou les partie(s).

L'un des aspects de l'activité bancaire qui a été renvoyé à la MMC en vertu des dispositions d'abus de la *Fair Trading Act* de 1973 porte sur les cartes de crédit. La MMC a mené une enquête à ce sujet en 1980 et elle a conclu que la pratique visant à interdire aux marchands participants de consentir des rabais au comptant ou comme mode de paiement remplaçant la carte de crédit (clause de non-discrimination) était anticoncurrentielle. Le gouvernement de l'époque a toutefois refusé d'interdire cette pratique. Les deux entreprises d'acquisition de cartes se sont

⁶⁹ Y compris Abbey National et National & Provincial, Bank of Ireland et Bristol & West, NatWest Gartmore et Halifax Clerical Medical, toutes en 1996, de même que RBS et Birmingham Midshires, en 1997.

⁷⁰ Lloyds TSB exploite maintenant la quatrième plus grande banque de Grande-Bretagne au plan de l'actif. Elle compte 2 700 succursales, c'est-à-dire le plus grand nombre en Grande-Bretagne. Elle détient la plus grande part du marché des comptes courants personnels, c'est-à-dire approximativement 27 %.

⁷¹ L'existence de chaînes nationales ne confère pas à elle seule un statut local aux marchés. Elle peut toutefois ne pas différencier si la concurrence doit être analysée à l'échelle locale ou nationale pour réformer les abus.

toutefois engagées à interrompre leurs discussions au sujet des modalités rattachées aux cartes de crédit.

En 1987, le directeur général a encore une fois émis des craintes à la MMC au sujet des pratiques des sociétés d'acquisition de cartes de crédit. Dans le rapport qu'elle a publié en 1989, la MMC a encore une fois conclu que la clause de non-discrimination était anticoncurrentielle et elle a de nouveau recommandé son interdiction. Le gouvernement a accepté cette recommandation et l'interdiction est entrée en vigueur en 1991. La MMC a également recommandé d'assouplir les restrictions touchant l'accès des émetteurs de cartes au marché de l'acquisition de cartes (commerçants). La recommandation a été acceptée par le gouvernement et les entreprises souhaitant émettre des cartes ont également pu devenir des acquéreurs.

En Grande-Bretagne, pour ce qui est de l'application de la loi sur la concurrence au secteur des services financiers en général, les observateurs ont conclu que même, si la concentration est élevée sur un certain nombre de marchés de produit, la concurrence est suffisante et très peu de preuves de comportement anticoncurrentiel ont été déposées. Cette situation s'explique en partie par l'ouverture du marché britannique aux banques étrangères, par la concurrence exercée par les sociétés d'épargne immobilière et par l'accès des supermarchés au secteur des services financiers de détail.

Tableau V.1
Application de la matrice de la part du marché et de la concentration :
Westpac-Melbourne

Marché de produits	Marché géographique	Part du marché	Concentration des quatre entreprises	Conclusion
Dépôts	Victoria	18,7	78,2	Interdépendance possible
Prêts à l'habitation	National	17,8	62,0	Aucun problème
Prêts personnels	Victoria	7,0	---	Aucun problème
Services bancaires aux petites entreprises	Région métropolitaine de Melbourne	10,9	87,7	Aucun problème
Cartes de crédit	Victoria	19,9	91,1	Interdépendance possible
Comptes d'opérations	Victoria	19,9	91,1	Interdépendance possible

VI. Questions relatives au pouvoir de marché

Preuves empiriques d'exercice du pouvoir de marché dans le secteur bancaire

La plupart des preuves empiriques portant sur les conséquences de l'exercice du pouvoir de marché dans le secteur bancaire proviennent des États-Unis. Il existe cinq types d'études empiriques sur l'exercice de ce pouvoir dans ce secteur, c'est-à-dire :

1. les rapports classiques entre la structure et la rentabilité;
2. les rapports entre la structure et les marges;
3. les rapports entre la structure et la rentabilité qui maintiennent les marges d'efficience à un niveau constant;
4. les rapports entre les fusions et les variations de marges;
5. les critères non structurels du comportement des preneurs de prix.

Les rapports classiques entre la structure et la rentabilité permettent de vérifier l'hypothèse que les taux de bénéfice (taux de rendement de l'actif ou de l'avoir propre, ou marges prix-coût) intensifient les fonctions de la part du marché et de la concentration du marché. Un rapport positif entre la rentabilité et la part du marché et la concentration du marché a été interprété comme si les banques détenant de plus grandes parts du marché ou exerçant leur activité sur des marchés plus concentrés sont capables de majorer les prix, donc leur bénéfice (Hanweck et Rhoades, 1984; Rhoades, 1985; Rose et Wolken, 1991). Il existe cependant une autre interprétation de ce rapport : les entreprises peuvent détenir de plus grandes parts du marché et enregistrer un bénéfice plus élevé parce qu'elles sont plus efficaces. Si des entreprises plus efficaces détiennent une plus grande part du marché, ce dernier sera, par définition, plus concentré. Cette situation est maintenant bien connue et les tenants de cette méthode admettent qu'elle ne s'applique plus (Rhoades, 1996).

On a tenté à un certain nombre de reprises de remanier les modèles de structure et de rentabilité pour qu'ils tiennent compte du rapport entre la concentration du marché et l'exercice du pouvoir du marché. L'une des solutions envisagées consistait à examiner le rapport entre la structure du marché et l'écart de taux d'intérêt entre les prêts et les dépôts. Les écarts d'efficience entre les banques ne devraient pas constituer un problème, c'est-à-dire que, même si les banques plus efficaces devraient réaliser des profits supérieurs et détenir de plus grandes parts du marché, il n'y a pas lieu de croire qu'elles devraient verser des sommes moindres pour les dépôts ou exiger davantage sur les prêts. En fait, si ce sont les écarts d'efficience qui sont en cause plutôt que le pouvoir du marché, les écarts devraient être moins prononcés sur les marchés concentrés.

Rhoades (1996, p. 358) conclut que les études empiriques sur la concentration et les écarts ont permis de déterminer une relation positive entre les prix et la concentration. Ces études sont devenues plus raffinées au fil des ans. Dans une étude récente (1997), Berger et Hannan

concluent qu'en raison de leur efficacité, les banques exploitées sur des marchés bancaires locaux plus concentrés ont tendance à consentir des taux d'intérêt inférieurs sur les dépôts et à exiger des frais d'intérêt plus élevés sur les prêts. Selon eux, cette constatation appuie fermement l'hypothèse du pouvoir de marché. Goldberg et Rai (1996) utilisent une méthodologie semblable pour examiner les rapports entre la concentration du marché national et l'écart (marge d'intérêt nette) entre les banques les plus importantes de onze pays d'Europe. Ils concluent qu'il n'existe pas de rapport entre la marge d'intérêt nette d'une banque et la concentration du marché national qu'elle exploite. Ils constatent un rapport entre la part du marché d'une banque et sa marge d'intérêt nette. Il en découle un certain nombre d'interprétations qui pourraient expliquer les caractéristiques des portefeuilles de prêts des banques détenant les plus grandes parts du marché ou leur attrait relatif auprès des déposants ou leur recours relatif à des frais de service.

Une autre façon de préciser les modèles de structure et de rentabilité consiste à tenter de maintenir l'effet des écarts interentreprises (interbanques) d'efficacité sur les bénéfices à un niveau constant pour isoler l'effet de la concentration du marché sur les bénéfices. Il s'agit de la démarche adoptée par Berger (1995), Berger et Hannan (1997) et, en Europe, par Goldberger et Rai (1996).

Berger (1995) conclut que, si l'on maintient les écarts d'efficacité entre les banques à un niveau constant, il n'existe pas de rapport entre la rentabilité d'une banque et la concentration du marché qu'elle exploite. Cette constatation n'appuie pas l'hypothèse (qui sous-tend les Lignes directrices) selon laquelle, lorsqu'un marché devient plus concentré, l'exercice conjoint du pouvoir du marché est plus probable. Berger constate également que, compte tenu des écarts d'efficacité entre les banques, il existe un rapport positif entre la part du marché d'une banque et sa rentabilité dans environ le tiers des cas examinés (1995, p. 416). Berger en déduit donc que les grandes banques actives sur un marché local peuvent exiger une prime pour leurs produits en raison de la reconnaissance de leur marque de commerce, de leur emplacement ou d'autres avantages. Ainsi, les grandes banques actives sur un marché possèdent des avantages qui s'ajoutent à ceux de leur plus grande efficacité au plan des coûts. Il n'est donc pas étonnant de constater l'existence de rentes découlant de l'emplacement de l'entreprise et de la reconnaissance de sa marque de commerce.

Berger et Hannan (1997) évaluent également le rapport multivarié entre le taux de bénéfice d'une banque, d'une part, et son efficacité relative, sa part du marché et la concentration globale du marché qu'elle exploite, d'autre part. Ils concluent qu'il n'existe pas de relation entre la concentration du marché et la rentabilité. Selon les données qu'ils utilisent, les auteurs constatent qu'il n'existe pas de relation entre la part du marché et la rentabilité ou que cette relation est peu significative au plan statistique. Par conséquent, les auteurs trouvent, au mieux, peu d'appui pour l'hypothèse selon laquelle, compte tenu de l'efficacité, les banques qui détiennent de plus grandes parts de marché et qui sont actives sur des marchés plus concentrés enregistrent de meilleurs taux de rendement. Ils concluent toutefois que les banques actives sur des marchés plus concentrés consentent des taux d'intérêt moins élevés sur les dépôts et exigent des taux d'intérêt plus élevés sur les prêts (voir ci-dessus). Selon eux, ces deux résultats appuient une autre hypothèse qu'ils appellent l'« hypothèse de la vie tranquille ». Selon cette hypothèse, les bénéfices provenant de l'exercice du pouvoir de marché sont répartis et assurent une vie tranquille aux banquiers de sorte que les avantages de la concentration ne paraissent pas sous forme d'une augmentation des taux

de bénéfice observés. Bien que les banques les plus efficaces sur le marché détiennent une plus grande part de ce marché, les banques actives sur des marchés concentrés exigent des prix plus élevés et ont des coûts plus élevés dans l'ensemble que les banques qui exploitent des marchés moins concentrés.

Goldberg et Rai (1996) estiment également le rapport entre le taux de bénéfice d'une banque (taux de rendement des capitaux propres) d'une part et son efficacité relative, sa part du marché et la concentration du marché national qu'elle exploite, d'autre part. Leur échantillon se compose des grandes banques de onze pays d'Europe. Ils constatent qu'il n'existe aucun rapport entre la concentration du marché et le rendement des capitaux propres. Par contre, il existe un important rapport positif entre la part du marché et le rendement des capitaux propres. En concluant également (ci-dessus) à l'existence d'un rapport positif entre la part du marché et les marges d'intérêt nettes, ils supposent que les grandes banques des pays d'Europe bénéficient d'un certain avantage qui se traduit par de plus grandes marges et par des rendements supérieurs sur les capitaux propres. Comme le mentionnent ces auteurs, les études comme la leur manquent toutes de robustesse. Les données et les hypothèses sont mises à l'essai simultanément.

Une troisième méthode d'évaluation du rapport classique entre la concentration et les bénéfices consiste à examiner les effets directs des fusions sur les prix dans le secteur bancaire. Dans une étude récente, Hannan et Prager (1997) envisagent de cette façon les fusions de banques aux États-Unis. Les auteurs concluent qu'entre 1992 et 1994, les participants à d'importants fusions horizontales et leurs concurrents ont réduit davantage leurs taux d'intérêt sur les dépôts (ou les ont accrus dans une moindre mesure) que les banques situées sur les marchés qui n'avaient pas fait l'objet d'importants fusions horizontales. Les auteurs ont tenté de définir autrement les grandes fusions. Ils constatent que les fusions qui entraînent une hausse de plus de 200 points de l'IHH sur des marchés dont l'IHH *pro forma* se situait au moins entre 1 700 et 1 900 points après le fusionnement exercent l'effet le plus négatif sur les taux d'intérêt appliqués aux dépôts. Selon eux, ce résultat signifie que les seuils de la matrice de concentration appliqués par le CRF et le DOJ ont été correctement choisis. Il semble que cette constatation aurait d'importantes répercussions sur la politique d'application de la loi au Canada. Plus particulièrement, les auteurs laissent à entendre que les seuils classiques de concentration et de parts du marché (Lignes directrices), convenablement modifiés pour tenir compte de la sous-estimation possible de la taille du marché, s'appliquent également aux fusions de banques.

Akhavain, Berger et Humphrey (1997) ont également déterminé l'effet des « mégafusions » sur les taux d'intérêt appliqués aux dépôts et aux prêts aux États-Unis. Ils constatent que les taux d'intérêt exigés par les banques parties à un fusionnement ont chuté par rapport à ceux appliqués par leur groupe affilié après le fusionnement. L'intérêt versé sur les dépôts a également diminué par rapport à celui consenti par leur groupe affilié. Ces deux changements sont faibles et peu importants au plan statistique. Les auteurs ne s'étonnent pas de ces effets faibles et incompatibles de l'exercice du pouvoir de marché. Les fusions qu'ils ont examinées portaient en grande partie sur l'élargissement du marché et comportaient relativement peu de chevauchement de marchés locaux. À la suite de ces fusions, l'IHH a varié en moyenne de 45 points sur les marchés locaux (1997, p. 42). Les résultats obtenus par Hannan et Prager (1997) sont probablement les plus révélateurs des deux études.

Un dernier type d'étude empirique sur l'exercice du pouvoir de marché s'appelle l'approche non structurelle. Plutôt que de tenter de trouver un rapport entre la structure du marché et les bénéfices ou les marges, cette méthode insiste sur le comportement des preneurs de prix. Elle détermine essentiellement si les banques réagissent aux chocs à la manière d'entreprises concurrentielles ou d'entreprises exerçant un pouvoir de monopole. Certaines études différentes ont été réalisées à ce sujet, dont quelques-unes au Canada.

Hannan et Liang (1993) postulent que, si l'activité bancaire est concurrentielle, le taux de rendement offert par les banques sur les dépôts doit équivaloir au taux de rendement qu'ils peuvent obtenir sur les titres de l'État (marché où elles sont présumées être des preneurs de prix), moins le coût marginal de l'intermédiation. L'exercice du pouvoir de marché sur le marché local des dépôts sous-entend que le taux de rendement offert sur les dépôts sera inférieur à la marge garantie différentielle sur les titres. Les auteurs utilisent une fonction de coût d'une banque multi-produits pour estimer le coût marginal de gestion des dépôts. Ils constatent que les taux d'intérêt sur les dépôts sont généralement inférieurs à la marge garantie appliquée aux titres, ce qui les porte à rejeter l'argument que les banques sont des preneurs de prix, plus particulièrement sur les marchés locaux des comptes de dépôts du marché monétaire (CDMM). Vu qu'ils considèrent l'offre de fonds applicable aux CDMM comme la moins élastique des comptes de dépôts qu'ils ont examinés, les résultats obtenus les portent non seulement à rejeter le comportement de preneurs de prix, mais également à conclure que les prix appliqués au CDMM sont conformes aux comportements des monopsones, c'est-à-dire offrir le prix le plus bas à la source d'approvisionnement la moins élastique. Ils concluent également que la marge des monopsones pour les CDMM est plus élevée sur les marchés bancaires locaux les plus concentrés. Cette constatation ne s'applique pas aux certificats de dépôt de deux et trois ans, ce qui porte les auteurs à estimer que le marché géographique de ces dépôts est plus vaste.

Un deuxième type de modèle non structurel utilise un résultat obtenu par Panzar et Rosse (1987), c'est-à-dire que, si la fonction de bénéfice d'une entreprise ne dépend pas des décisions d'optimisation de ses concurrents, la somme des élasticités respectives de ses bénéfices en ce qui touche les prix des facteurs de production qu'elle paie doit être négative. Cette observation s'applique au monopole même si le monopoleur est confronté à une demande très élastique. Elle ne vise pas la concurrence monopolistique ou à la concurrence parfaite à long terme et c'est là la valeur de ce résultat comme critère empirique du monopole. Dans les termes les plus simples, si les prix des entrées du monopoleur sont majorés, le prix de monopole qui lui permet de maximiser ses bénéfices augmente, ses ventes baissent et ses recettes diminuent⁷². Par contre, si la concurrence est parfaite à long terme, les entreprises qui demeurent en place feront tout juste leurs frais, de sorte que l'augmentation du bénéfice par entreprise doit correspondre à l'augmentation des coûts. Par conséquent, la somme des élasticités respectives des bénéfices en ce qui touche le prix des entrées de chaque entreprise survivante correspond à un. Cette observation peut également s'appliquer à la concurrence monopolistique si l'élasticité de la demande de l'entreprise représentative ne dépend pas du nombre de ses concurrents. Si l'élasticité de la demande diminue en fonction de la réduction du nombre de concurrents, le

⁷² Pour un monopoleur qui recherche la maximisation de son bénéfice, la demande est toujours élastique, c'est-à-dire qu'une augmentation de prix réduit le bénéfice.

bénéfice pourrait augmenter dans une proportion plus faible que les prix des intrants. Panzar et Rosse indiquent également que dans un marché oligopolistique (petits nombres), une variation des prix des facteurs de production peut faire augmenter ou diminuer les bénéfices d'entreprises particulières.

Nathan et Neave (1989) ont tenté d'appliquer le modèle Panzar-Rosse à un échantillon représentatif de banques et de sociétés de fiducie canadiennes. Ils ont conclu qu'en moyenne, la somme des élasticité du bénéfice en ce qui touche les frais d'exploitation de chaque succursale, les frais salariaux par travailleur et les frais d'intérêt par dollar de dépôt se situe entre zéro et un, c'est-à-dire que les institutions financières dont les coûts unitaires des facteurs de production sont plus élevés enregistrent des bénéfices supérieurs, qui, toute proportion gardée, ne sont pas plus élevés. Selon les auteurs, ces résultats signifient que chaque institution financière n'est ni un concurrent parfait ni un monopoleur. Cette conclusion n'est guère étonnante. La concurrence dans le secteur de l'intermédiation financière est imparfaite. Demeure la question de savoir si elle est quelque peu imparfaite ou très imparfaite.

La structure empirique de l'étude de Nathan et Neave a fait l'objet de certaines critiques (Perrakis, 1991; Booth, 1995; et Heffernan, 1996). Nathan et Neave supposent que les banques sont des preneurs de prix sur le marché des dépôts. Il s'agit probablement de l'une des questions qu'ils ont étudiées (ou qu'ils auraient dû examiner). Perrakis et Heffernan répètent que Nathan et Neave ne peuvent tirer de conclusions au sujet de l'intensité de la concurrence une fois réglé l'aspect normal du monopole et de la concurrence parfaite⁷³.

Un troisième critère non structurel touchant le comportement des preneurs de prix a été proposé par Bresnahan (1982). Ce dernier voulait en fait déterminer si les prix pratiqués par une entreprise (ou par un secteur d'activité) tenaient compte du coût marginal de l'entreprise sur une certaine période ou s'il était également influencé par des facteurs qui avaient pour effet de substituer ou de déplacer le barème de la demande. Une réaction systématique des prix à la modification de ces caractéristiques de la demande, compte tenu du coût marginal suppose un éloignement du comportement concurrentiel, c'est-à-dire de preneur de prix. Shaffer (1993) a appliqué ce critère à une série chronologique d'observations de 25 ans portant sur l'ensemble des banques à charte canadiennes. Il a défini le prix des sorties comme étant le revenu d'intérêt pour chaque dollar d'actif et les sorties comme étant des éléments d'actif en dollars constants. Il a supposé que les dépôts constituaient des intrants et que les banques étaient des preneurs de prix sur le marché des dépôts. Le prix des autres intrants était constitué des traitements et salaires de chaque employé en dollars constants et les frais d'administration de chaque succursale en dollars constants. Shaffer conclut qu'il ne peut rejeter l'hypothèse que l'ensemble des banques à charte canadiennes ont pratiqué des prix au coût marginal (comportement de preneur de prix ou concurrence parfaite) entre 1965 et 1989. Ce résultat n'est pas convaincant. Les données sont

⁷³ Perrakis a prouvé essentiellement que, dans le modèle qui sous-tend la description empirique de Nathan et Neave, l'élasticité du bénéfice en ce qui touche les prix des entrées ne suit pas le mouvement des variations conjecturales des entreprises sur le marché. La variation conjecturale d'une entreprise constitue un indice de son dynamisme comme concurrent.

rudimentaires, le nombre d'observations est limité et l'hypothèse de comportement de preneur de prix sur le marché des dépôts n'est probablement pas justifiée⁷⁴.

Leçon tirée de la théorie

La théorie économique offre relativement peu de pistes au sujet du nombre nécessaire de banques pour maintenir la concurrence sur les marchés bancaires. Si le marché était parfaitement disputable, un seul intervenant suffirait. Si le marché n'est pas disputable, mais que la rivalité est très grande, deux concurrents suffisent⁷⁵. Si aucun concurrent ne s'implante rapidement sur le marché et que la rivalité n'est pas particulièrement grande, les fusionnements entre entreprises en place pourraient entraîner une augmentation des prix et une perte nette d'excédents. Une telle situation peut se produire même si les fusionnements ne facilitent pas la cartellisation⁷⁶.

Un certain nombre de règles de décision simples ont été mises au point au sujet des types de fusionnements permis ou non dans les secteurs où la collusion ne pose pas de problème, mais qui sont caractérisés par des entraves à l'accès. Par exemple, MacAfee et Williams (1992) constatent qu'un fusionnement qui a pour effet de créer la plus grande entreprise nouvelle sur le marché réduira le bien-être (et qu'implicitement il doit être contesté à moins qu'il n'entraîne des synergies compensatoires). En d'autres termes, la règle de décision de MacAfee et de Williams voudrait qu'en l'absence de synergies, un fusionnement qui entraînerait la création de la plus grande entreprise nouvelle sur le marché devrait être contesté⁷⁷. Cette déduction suppose que dans les modèles économiques d'oligopole, les entreprises dont les coûts sont moins élevés détiennent de plus grandes parts du marché. Lorsque deux entreprises fusionnent, leur part du marché s'effrite. Si la taille des entreprises parties au fusionnement est relativement petite, la part du marché se déplace vers les entreprises de plus grande envergure dont les coûts sont moins élevés. Toutefois, si les entreprises parties à la fusion sont relativement grandes, la part du marché se déplace vers les plus petites entreprises dont les coûts sont plus élevés. Toutes choses étant égales par ailleurs, il est préférable que les fusionnements visent des petites entreprises plutôt que des grandes.

Des résultats de types semblables ont été obtenus dans le cas de secteurs fabriquant des produits différenciés. Par exemple, Werden et Froeb (1994) simulent des fusionnements potentiels dans le secteur des télécommunications aux États-Unis. Pour les raisons susmentionnées, ils constatent qu'un fusionnement auquel participe le plus grand concurrent (AT&T) exerce

⁷⁴ Shaffer aurait pu considérer que sa conclusion, à savoir qu'une augmentation des frais d'intérêt par dollar de dépôt réduit le coût marginal des prêts, comme un indice d'erreur.

⁷⁵ En théorie économique, une rivalité très prononcée est appelée « concurrence de Bertrand ». Un duopole de Bertrand comportant un produit homogène donne le même résultat que la concurrence parfaite.

⁷⁶ Par exemple, Freixas et Rochet (1997, pp. 59-61) présentent le secteur bancaire comme un oligopole de Cournot. Leur modèle prédit que l'excédent du taux de prêt sur le taux du marché monétaire et l'excédent du taux du marché monétaire sur le taux d'intérêt des dépôts sont tous les deux inversement proportionnels au nombre de banques.

⁷⁷ En d'autres termes, à moins qu'une entreprise non partie au fusionnement ne possède avant la fusion une part du marché supérieure à la somme des parts des entreprises parties au fusionnement, ce dernier devrait être contesté. Voir également Farrell et Shapiro (1990).

d'importants effets négatifs sur les prix et sur le bien-être, tandis qu'un fusionnement entre des rivaux de moindre envergure, comme MCI et Sprint, a eu très peu d'effets négatifs même si les entreprises participantes n'ont pas réalisé de gains en efficacité. En outre, dans un contexte de produits différenciés, Werden et Froeb (1996) expérimentent d'autres matrices du pouvoir de marché pour déterminer laquelle traduit le mieux le changement de pouvoir du marché qui découle d'un fusionnement. Werden et Froeb constatent que la variation de l'IHH *pro forma* constitue un bien meilleur indice des conséquences d'un projet de fusionnement sur les prix, l'excédent de consommation et le bien-être que la part du marché de l'entité fusionnée ou l'IHH *pro forma* après le fusionnement. Cette constatation pourrait influencer sur l'examen des fusionnements au Canada, qui était davantage concentré sur la part du marché de l'entité fusionnée.

Il est très difficile de déterminer le type de fusionnement susceptible d'entraîner un accroissement important de la probabilité de conclusion. Les facteurs pris en compte par le Canada et les États-Unis dans leurs lignes directrices sur les fusionnements permettent de dégager la plupart des conclusions issues des recherches économiques effectuées à ce sujet. Certaines autres constatations sont intéressantes. Philips (1995) passe en revue les répercussions de la théorie des cartels sur la politique de concurrence. Il existe bon nombre de modèles et de résultats différents. L'un des résultats dignes de mention porte sur la question de l'effet du nombre d'entreprises dans le marché sur la probabilité que l'une d'elles décide de conclure une entente de cartel. Dans ce modèle, la probabilité correspond à un si le marché compte au plus quatre entreprises et presque zéro s'il en renferme au moins six (1995, pp. 23-38).

Une autre question d'intérêt qu'aborde la théorie consiste à déterminer si le contact de plusieurs marchés facilite la cartellisation. Cette question est examinée par Bernheim et Whinston (1990), qui tentent d'officialiser une étude antérieure sur la non intervention réciproque. Ils constatent que l'implantation sur plusieurs marchés peut faciliter la collusion dans diverses circonstances. Cette situation n'entraîne pas forcément une augmentation des prix sur tous les marchés visés et elle ne réduit pas nécessairement le bien-être.

Preuves de l'effet de fusionnements de banques sur les prêts aux petites entreprises

Une préoccupation normale découle du fait que les banques ne cessent de grossir et que les marchés bancaires deviennent de plus en plus concentrés : les prêts aux petites entreprises diminueront et les entreprises elles-mêmes auront plus de difficulté à trouver le financement requis. Il se peut que cette situation ne soit pas vraiment attribuable au pouvoir de marché dans le secteur bancaire. Vu qu'il est cependant difficile d'en vérifier la solvabilité, les petites entreprises (plus exactement les nouvelles entreprises) pourraient être confrontées à un rationnement du crédit quelle que soit l'ampleur de la concurrence entre les prêteurs. En matière de pouvoir de marché, il se pourrait que si la récompense découlant de l'exercice de ce pouvoir de marché soit une vie tranquille, la direction d'une banque qui acquiert ce pouvoir ait tendance à se retirer d'abord des activités les plus exigeantes et les plus risquées au plan professionnel. L'évaluation des risques pour les petites entreprises pourrait constituer l'une de ces activités. En

ce qui touche l'évaluation des risques, il se pourrait également que l'on doive obtenir une contre-expertise pour réduire la probabilité du rejet injustifié d'emprunteurs vraiment solvables.

D'autres scénarios sont davantage fondés sur la taille des banques. Dans ce cas, à mesure que les banques prennent de l'expansion, elles ont tendance, au plan empirique, à consentir moins de prêts aux petites entreprises. La consolidation bancaire réduit donc les prêts aux petites entreprises. On pourrait donc se demander pourquoi cette situation existe. Les grandes entreprises pourraient ne pas manifester d'intérêt pour les petits clients⁷⁸. On peut également se demander pourquoi d'autres prêteurs ne viennent pas combler le vide que crée une banque consolidée lorsqu'elle réduit ses prêts aux petites entreprises. Cette situation soulève des questions de concurrence et de réglementation.

Ces questions sont abordées par Berger, Saunders, Scalise et Udell (1997). Les auteurs examinent des études récentes effectuées aux États-Unis au sujet de l'effet des fusionnements de banques sur les prêts aux petites entreprises. Ils confirment que les grandes banques américaines ont tendance à consacrer une fraction bien moindre de leur actif aux prêts aux petites entreprises que les banques de moindre envergure. Ils supposent que, si les banques des États-Unis étaient consolidées en institutions dont l'actif ne serait pas inférieur à 10 milliards de dollars et si elles copiaient la propension actuelle des banques dont l'actif de prêt n'est pas inférieur à 10 milliards de dollars, les prêts aux petites entreprises seraient réduits de moitié (1997, p. 2).

Berger *et al.* cherchent une théorie qui expliquerait l'effet de l'expansion d'une banque sur son portefeuille :

[TRADUCTION]

La théorie donne à penser que les institutions de plus grande envergure et plus complexes au plan de l'organisation qui sont issues de fusionnements et acquisitions peuvent être moins disposées que les petites institutions moins complexes à prêter à de petits emprunteurs présentant une information obscure, c'est-à-dire les emprunteurs qui dépendent le plus des banques pour obtenir du crédit et pour lesquels le rapport banque-emprunteur est le plus important. Les grandes institutions peuvent être moins disposées à consentir des prêts qui exigent une connaissance approfondie de la petite entreprise, de son propriétaire et du marché local en raison des économies organisationnelles préconisées par Williamson et qui se rattachent au jumelage de prêts de ce genre à d'autres services financiers. Ces déséconomies pourraient découler du fait que les prêts consentis à de petits emprunteurs présentant une information obscure et ceux offerts à de grands emprunteurs transparents au chapitre de l'information peuvent constituer des activités tout à fait différentes qui exigent le recours à des technologies différentes et à des mentalités de crédit entièrement différentes. Ainsi, les politiques et méthodes liées au filtrage et à la surveillance des petits emprunteurs présentant une information obscure, de même qu'à la transmission de l'information pertinente au sein de

⁷⁸ Ce n'est sûrement pas le cas en général. Coca-Cola semble très empressée de me compter parmi ses clients. Il ne s'agit peut-être pas du tout d'une question d'intérêt, mais plutôt que, dans le cadre de leurs activités de prêt, les petites banques ne comptent presque jamais de grandes entreprises parmi leurs clients.

l'institution bancaire peuvent être différentes de celles qui se rattachent aux prêts sur opérations consentis aux grands emprunteurs transparents au chapitre de l'information. Outre la taille, la complexité organisationnelle d'une institution financière peut également influencer sur sa stratégie de prêts aux petites entreprises. Une plus grande complexité organisationnelle, comme la multiplication des niveaux administratifs ou l'exploitation dans plusieurs États, peuvent également compliquer la prestation de services locaux aux petites entreprises dans des institutions nationales ou internationales. Ensemble, ces arguments signifient que les grandes institutions bancaires complexes, dont l'activité principale consiste à offrir des services sur les marchés financiers, pourraient éprouver de la difficulté à concurrencer de petites institutions moins complexes pour ce qui est d'offrir les produits de base de ces dernières, c'est-à-dire des prêts aux petits emprunteurs présentant une information obscure. (1997, p. 5)

On soutient essentiellement que les grandes banques à succursales sont confrontées au problème du coût de contrôle des dirigeants (le gestionnaire local tient-il compte de l'intérêt de la banque ou du sien?) qui les oblige à limiter le pouvoir discrétionnaire attribué dans certains domaines aux gestionnaires locaux. Cet argument va à l'encontre de l'initiative locale dans ces secteurs. Les banques de moindre envergure ne partagent pas ce problème, mais elles peuvent être confrontées à d'autres. Il s'agit là d'un point qui a été soulevé à maintes reprises lors des discussions des avantages et des inconvénients des réseaux nationaux de succursales bancaires. La question de savoir si le problème du coût de contrôle des dirigeants posé par les réseaux de succursales bancaires serait aggravé si les grandes banques à succursales devaient prendre davantage d'expansion constitue une toute autre question.

Berger *et al.* considèrent à juste titre qu'il est naïf de croire qu'un marché de prêts jusqu'ici rentable ne sera plus desservi une fois les banques consolidées. Les banques parties au fusionnement sont peu susceptibles de délaisser les petites entreprises qui sont leurs clients, c'est-à-dire que le bilan d'une banque dont l'actif brut totalise 10 milliards de dollars à la suite du récent fusionnement de deux banques possédant chacune un actif de 5 milliards de dollars est plus susceptible de ressembler au bilan d'une banque possédant un actif brut total de 10 milliards de dollars et qui n'a pas fusionné ou n'a pas fait l'objet d'une acquisition (ce qui correspond aux éléments pris en compte dans les prévisions de baisse des prêts aux petites entreprises). En fait, bien que les preuves soient mixtes, on ne peut affirmer qu'elles appuient la notion que les banques parties au fusionnement se détachent systématiquement de leur clientèle de petites entreprises. Les banques peuvent toutefois laisser ce volet de leur activité diminuer sur une certaine période. Cette partie du marché pourrait toutefois être reprise par d'autres banques ou d'autres prêteurs. Cette possibilité dépendrait en partie de l'ouverture du marché aux petits prêteurs qui auraient intérêt à remplacer les banques consolidées.

Berger *et al.* fractionnent l'effet du fusionnement de banques sur les prêts aux petites entreprises en quatre éléments. L'effet statique constitue le modèle simpliste décrit ci-dessus. Deux banques possédant un actif de 500 millions de dollars fusionnent et modifient leurs stratégies de prêt pour que leur portefeuille d'actifs soit le même que celui d'une banque dont l'actif équivaut à un milliard de dollars, c'est-à-dire qu'elles consacrent une fraction moindre de leur actif aux prêts aux petites entreprises. On note ensuite trois effets dynamiques éventuellement compensateurs. Premièrement, il se peut que l'activité de l'entité fusionnée diminue quelque peu de sorte qu'il ne

s'agit plus finalement d'une banque dont l'actif vaut un milliard de dollars, mais disons d'une banque de 900 millions de dollars. La composition de son actif doit tenir compte de sa taille réelle après le fusionnement plutôt que de sa taille *pro forma*. Cette situation supposerait une faible diminution de la fraction de l'actif consacré aux prêts aux petites entreprises.

Deuxièmement, on note l'effet direct, c'est-à-dire la mesure dans laquelle la banque fusionnée modifie effectivement sa stratégie pour délaissier les prêts aux petites entreprises. Si la stratégie n'est pas modifiée, l'entité fusionnée continuera de ressembler, au plan de la composition de son actif, à une banque de 500 millions de dollars plutôt qu'à une banque de 900 millions de dollars. Troisièmement, on note l'effet externe qui se produit lorsque des institutions concurrentes prennent de l'expansion pour accéder aux secteurs d'activité desquels l'entité fusionnée s'est retirée. Les nouveaux arrivants ont toujours été importantes à cet égard (1997, p. 11).

Berger *et al.* constatent que l'effet interne net des fusionnements de banques sur la proportion d'actifs consacrés aux prêts de moins d'un million de dollars a été négatif. L'effet interne net des acquisitions a été nul⁷⁹. Dans les deux cas, on a également noté un important effet externe, car les institutions concurrentes ont intensifié leur activité de prêts aux petites entreprises dans une proportion plus que suffisante pour compenser la diminution des prêts aux petites entreprises découlant des fusionnements (1997, tableau 8). Plusieurs des 6 000 fusionnements et acquisitions pris en compte dans leur échantillon visaient de très petites banques selon les critères en vigueur au Canada. Les fusionnements auxquels ont pris part de petites banques ont eu des effets internes positifs sur les prêts aux petites entreprises. Ces effets ont été neutralisés par des fusions et acquisitions entre des grandes banques (tout de mêmes petites d'après les critères canadiens), qui ont eu des effets internes négatifs.

Il est douteux que ces résultats puissent être extrapolés et appliqués à la situation au Canada⁸⁰. Les banques visées sont de plus grande envergure. Il semble que la taille des prêts aux petites entreprises soit généralement bien inférieure à un million de dollars. La banque locale axée sur les petites entreprises n'a pas été une option envisagée par les petites entreprises qui empruntaient au Canada. Néanmoins, il subsiste deux points importants. Premièrement, l'examen de la justification des fusionnements de banques au Canada porte en grande partie sur l'importance de l'expansion pour obtenir et conserver d'importants clients d'envergure internationale. Il semblerait en découler que, conformément aux constatations de Berger *et al.*, les banques parties au fusionnement consacraient une plus grande part de leur actif combiné à leurs clients d'envergure et à leurs activités internationales. Deuxièmement, le contexte aux États-Unis a été très propice à l'implantation et à l'expansion de prêteurs locaux axés sur les petites entreprises. Ce pourrait ne pas être le cas au Canada.

⁷⁹ Des études récentes menées par Cole et Walraven (1998) appuient les constatations de Berger *et al.* Dans leur modèle entièrement documenté, Cole et Walraven constatent que la probabilité qu'une demande de prêt à une petite entreprise soit rejetée est plus faible si la banque devient un acquéreur après la présentation de la demande et si elle n'est pas par ailleurs liée à l'activité de fusionnement.

⁸⁰ Pour ce qui est de l'effet direct du pouvoir de marché, Berger *et al.* constatent que, toutes choses étant égales par ailleurs, la proportion d'actifs consacrés à ses prêts d'une valeur inférieure à un 1 million de dollars augmente selon la concentration (mesurée d'après l'IHH) du marché local visé (1997, tableau A1).

VII. Les gains en efficience

Les gains en efficience dans le secteur des services financiers

L'objet principal de la présente étude au sujet des gains en l'efficience consiste à déterminer si, dans sa forme actuelle, le processus d'examen des fusionnements tient dûment compte des preuves de gains en efficience en général et du type de gain susceptible d'être réalisé à l'issue des fusionnements dans le secteur financier en particulier. Si l'on conclut que le processus actuel n'atteint pas ou pourrait ne pas atteindre cet objectif, les auteurs ont pour mandat de proposer des façons de modifier ou de restructurer le processus d'examen des fusionnements pour tenir dûment compte des arguments touchant les gains en efficience.

La préoccupation fondamentale des entreprises du secteur des services financiers semble l'efficience et les stratégies visant à l'accroître. Pour ce qui est de l'accent sur l'accroissement de l'efficience, l'Association des banquiers canadiens (ABC) précise ce qui suit dans son mémoire au Groupe de travail :

Cette emphase croissante sur l'efficacité oblige les intervenants du marché à se positionner à titre de fournisseur offrant le « meilleur service au meilleur prix ». Alliée à d'autres changements, tels que la tendance vers la titrisation de l'actif, à laquelle les banques ont activement participé, elle est à remodeler en profondeur l'industrie des services financiers. Ce remodelage est caractérisé par le déclin de certaines fonctions bancaires traditionnelles (désintermédiation) et par le dégroupement (désagrégation) et le réaménagement des fonctions qui demeurent dans les entités de taille optimale.

L'ABC poursuit en décrivant certaines des nombreuses façons qui pourraient permettre de réaliser des gains en efficience :

Il n'existe pas de stratégie unique qui cadre avec toutes les institutions. Certaines institutions nord-américaines visent des créneaux précis, telles que *TD Bank (sic)* dans le courtage d'escomptes, Capital One Bank et MBNA Bank dans les cartes de crédit, Wells Fargo Bank dans les prêts aux petites entreprises et Mellon Bank dans les services fiduciaires. D'autres concluent des alliances et des partenariats stratégiques. Par exemple, la Banque de Montréal, la Banque Royale et la Banque TD ont formé Symcor afin de combiner leurs activités de traitement de documents. De même, la Banque CIBC et la Banque Scotia travaillent ensemble pour créer Intria, compagnie créée pour procurer de la technologie et des services de soutien des transactions, soit seule ou en partenariat avec d'autres fournisseurs de services spécialisés de pointe. La Banque Royale s'est jointe à IBM et à 15 grandes banques américaines pour créer Integrion, organisme dont les membres partagent la technologie de pointe en matière de commerce électronique et de services bancaires à domicile.

On assiste aussi à des fusions et à des acquisitions au Canada, comme dans le cas de la vente du Security First Group à La Métropolitaine par le London Insurance Group, l'acquisition de la London Life par la Great West, Compagnie d'assurance-vie, la fusion

de L'Impériale et de la Compagnie d'assurance-vie Laurier, et l'acquisition du Trust National par la Banque Scotia. Des alliances qui visent des créneaux du marché se développent, comme l'alliance entre la Banque Royale et AT&T Capital Canada pour louer du matériel à de petites entreprises, et la coentreprise entre la Banque de Montréal, sa filiale américaine Harris Bank et la BankBoston Corp. afin de faire concurrence aux intervenants du marché américain des cartes de crédit. (p. 23)

Des gains en efficacité peuvent être réalisés unilatéralement, par exemple en impartissant des fonctions spéciales à des fournisseurs spécialisés. Des ententes horizontales diverses ou des fusionnements peuvent également déboucher sur des gains en efficacité. Des fusionnements et des ententes horizontales peuvent aussi poser des problèmes au chapitre de la concurrence. La législation en matière de concurrence est ensuite confrontée au problème de la promotion de la concurrence et de l'efficacité.

Fusionnements comme source de gains en efficacité

Nous estimons que les fusionnements permettront aux entreprises participantes de réaliser divers types de gains en efficacité. Freedman et Goodlet (1997) présentent une liste générale d'importants avantages éventuels en matière d'efficacité :

Il semble acquis et fondé de dire qu'une institution financière devra être imposante pour espérer connaître le succès à l'avenir. Ce point de vue tire son origine de toutes les propositions suivantes, ou de certaines d'entre elles. Premièrement, compte tenu des exigences technologiques, il sera extrêmement coûteux à l'avenir de conserver une infrastructure concurrentielle pour offrir des services financiers de façon efficace, et seules les grandes institutions pourront assumer ces coûts. Deuxièmement, certaines économies d'échelle ne pourront être réalisées à l'égard de certaines fonctions que par de très grandes entités. Troisièmement, pour prospérer, une institution financière devra être suffisamment vaste pour fournir la plupart des types de services, sinon tous, à ses clients dans une sorte de supermarché financier, que ce soit en raison de la demande ou de l'avantage que conféreront les économies de diversification (ou « synergies »). Quatrièmement, une présence à l'échelle internationale est essentielle pour prospérer, et seules les grandes institutions peuvent concurrencer à l'extérieur du marché national. Cinquièmement, de grandes quantités de capitaux seront nécessaires pour exécuter les types d'opérations et fournir les genres de services qu'exigeront certains clients. Ces propositions sous-entendent que les institutions financières efficaces constitueront un très vaste conglomérat qui exercera son activité sur la scène internationale et qui fournira la totalité ou la quasi-totalité des services à ses clients en profitant des progrès de la technologie. (pp. 17-18)

Les économies d'échelle et de diversification sont souvent citées comme des sources probables de gains en efficacité. Selon la définition, il y a économie d'échelle lorsque le coût de production augmente dans des proportions moindres que l'échelle de production. Si l'on obtient des économies d'échelle à l'égard d'une gamme de produits, le coût unitaire peut être réduit en fabriquant ledit produit en plus grande quantité. Les économies d'échelle découlent fréquemment de facteurs indivisibles, c'est-à-dire des coûts qui ne varient pas selon le niveau d'activité ou qui y

sont relativement insensibles. Bien que la présence de ces facteurs puisse entraîner d'importantes déséconomies liées à la production à petite échelle, les hausses successives à l'intérieur de l'échelle se traduisent successivement par de plus faibles économies en coûts unitaires, de sorte que les économies de ce genre sont plus susceptibles de justifier des fusions entre les grandes banques.

On estime que l'adoption de la technologie constitue une fonction qui comporte d'importants facteurs indivisibles. On soutient dans ce cas que le coût d'acquisition, d'installation et d'apprentissage lié à l'utilisation de certaines des plus récentes technologies est non seulement élevé en termes absolus, mais qu'il est aussi en grande partie invariant pour ce qui est de l'échelle d'utilisation de ces technologies. Il en découle donc qu'à moins d'être en mesure de les utiliser conjointement, les banques de moindre envergure pourraient tout simplement ne pas être capables de profiter de ces nouvelles technologies. Les grandes banques qui en font l'acquisition bénéficieraient donc d'un avantage de coût unitaire par rapport aux plus petites banques. L'on soutient que le récent groupement des activités de garde des banques et des sociétés de fiducie [TRADUCTION] « [...] découle des énormes dépenses d'investissement requises pour mettre à niveau la technologie de plus en plus complexe utilisée dans le domaine de la garde. » (McFarland, 1997, p. B4).

Par définition, des économies de diversification sont réalisées lorsque le coût de production conjointe d'au moins deux gammes de produits est inférieur à la somme des coûts de production respectifs de chacune de ces gammes. Dans certains cas, la technologie exige la production conjointe d'au moins deux biens ou services. Ces produits sont désignés liés. Dans d'autres cas, il est possible au plan technique de procéder par production séparée, mais cette solution est plus coûteuse que la production conjointe, notamment lorsque le même intrant peut être utilisé pour produire un certain nombre de produits différents. À titre d'exemple, mentionnons ce qui est appelé un intrant public. Un intrant public n'est pas exposé à la congestion, c'est-à-dire qu'il peut être utilisé simultanément à de nombreuses fins sans s'épuiser. La connaissance constitue un intrant public, tout comme la réputation. Une réputation d'honnêteté et de fiabilité pourrait être appliquée à toute une gamme de services financiers sans diminuer. De même, les connaissances acquises dans le processus de prestation de services financiers pourraient s'appliquer à la prestation d'un autre. Selon certains, les connaissances acquises lors de la fourniture de comptes d'opérations à des petites entreprises pourraient servir à surveiller les prêts consentis à ces dernières.

Une autre source d'économies de diversification est appelée « intrant quasi-public ». Un intrant est réputé quasi-public s'il n'existe pas de congestion à l'égard d'une certaine partie de la production. À titre d'exemple, citons une succursale bancaire sous-utilisée. Cette succursale pourrait être utilisée pour vendre d'autres produits, mais pas nécessairement des services financiers, à moins que le personnel spécialisé de la banque soit également sous-utilisé. Dans ce cas, la vente d'autres services financiers dans la succursale permettrait de mieux utiliser les ressources matérielles et humaines.

Il importe de comprendre la distinction entre les économies de diversification de la production, les fonctions vente et marketing et les effets des services à guichet unique et de prix sur plusieurs produits sur la demande. Même si la mise en marché conjointe d'au moins deux produits ne

présente pas d'avantage au plan de l'offre, il se peut que les clients tirent un avantage du fait qu'ils s'adressent à un seul fournisseur, à un seul endroit. L'établissement de prix sur plusieurs produits offre d'autres avantages. Les détaillants peuvent vendre certains produits populaires à perte dans le but d'inciter les clients à acheter d'autres produits à marge plus élevée. Il est permis de douter de l'efficacité d'une telle solution dans le secteur des services financiers, mais d'autres facteurs de complémentarité pourraient vraisemblablement être exploités.

Les gains en efficacité découlant de fusions prennent souvent la forme de synergies. La réalisation de synergies comprend l'exploitation de la complémentarité entre la surcapacité d'une entreprise et la sous-capacité d'une autre. L'une ou les deux parties possèdent une capacité dont l'autre a besoin, mais qu'elle ne peut pas se procurer sur le marché. La récente coentreprise entre la Banque de Montréal et la Citibanque Canada constitue un exemple de synergies éventuelles. En vertu de l'entente de coentreprise, Citibanque a accès à la clientèle canadienne de la Banque de Montréal et cette dernière a accès à la capacité de Citibanque au chapitre du traitement des opérations à l'échelle mondiale (McFarland, 1997).

Des gains en efficacité peuvent également découler de la rationalisation de la capacité. Encore une fois, l'existence de surcapacité constitue le déclencheur. À titre d'exemple dans le secteur bancaire, mentionnons l'élimination de succursales superflues. Il se peut que deux banques exploitent un certain nombre de succursales dans une région donnée. Chaque succursale est sous-utilisée. Les activités d'au moins deux de ces succursales pourraient être exécutées par une seule. Évidemment, chaque banque pourrait être en mesure de fermer unilatéralement certaines succursales. Cependant, dans d'autres cas, la fermeture d'une succursale pourrait avoir pour effet de céder les opérations à l'autre banque. Ni l'une ni l'autre banque pourraient vouloir procéder ainsi, d'où la possibilité d'impasse. Une entente visant à fermer réciproquement des succursales pourrait constituer une infraction aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, contrairement à un fusionnement⁸¹. Une autre possibilité résiderait dans les diverses fonctions administratives, lorsque les établissements d'une des parties sont suffisantes pour exercer les activités des deux parties ou lorsqu'elles pourraient être élargies pour les englober à un faible coût différentiel.

L'analyse des fusions de banques de l'annexe 1 est en grande partie rédigée en fonction de leurs besoins d'expansion pour exercer leur concurrence sur les marchés internationaux. Cet argument pourrait être formulé de façon générale, c'est-à-dire que la taille relative des plus grandes banques canadiennes a diminué au fil des ans. On pourrait également la formuler en termes précis.

L'un des avantages précis attribué à l'agrandissement des structures réside dans la réduction du risque grâce à la diversification des portefeuilles de prêt. Compte tenu de la taille des prêts, plus une banque est grande, plus son portefeuille peut être diversifié. En contrepartie, une plus grande banque peut consentir des prêts plus importants sans encourir davantage de risques. On pourrait

⁸¹ Les gains en efficacité réalisés à la suite d'un fusionnement pourraient être pris en compte lors de l'évaluation d'un fusionnement en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence*, tandis que les gains en efficacité issus d'une entente de fermeture réciproque d'établissements ne pourraient être invoqués pour défendre un accord horizontal aux termes des articles 45 ou 49 de la *Loi sur la concurrence*.

par ailleurs soutenir que les banques canadiennes possèdent suffisamment de capitaux pour devenir des chefs de file bancaires dans des consortiums qui consentent des prêts commerciaux de très grande envergure. Elles sont essentiellement capables d'assumer une si petite partie des prêts les plus importants qu'elles ne sont pas susceptibles d'être pressenties pour devenir chef de file bancaire. Cette situation comporte prétendument deux conséquences. Premièrement, les banques canadiennes sont perdantes, quelles que soient les rentes différentielles que pourrait obtenir le chef de file bancaire au sein du consortium⁸². Deuxièmement, les clients canadiens qui ont besoin de ces sommes très élevées doivent s'adresser à un consortium dont leur propre banque n'est pas le chef de file, ce qui pourrait entraîner une détérioration de la qualité du service qu'ils reçoivent.

Un deuxième avantage particulier de la grande taille réside dans les économies de spécialisation des ressources humaines. Dans ce cas, on soutient qu'individuellement, les banques canadiennes pourraient ne pas posséder un nombre suffisant de clients possédant des intérêts dans des pays particuliers pour justifier l'acquisition de compétences propres à ces pays. Par conséquent, il se pourrait que les clients soient forcés de s'adresser à des banques canadiennes ou étrangères rivales ou à d'autres intervenants pour obtenir les compétences requises.

Il est important de tenir compte du contexte dans lequel sont formulés les arguments touchant l'existence et l'ampleur des économies d'échelle et de diversification découlant de la prestation de services financiers. Il existe des économies apparentes pour certaines fonctions pour certaines catégories fondées sur la taille. La grande taille n'est toutefois pas un élément essentiel de la valeur conférée aux actionnaires et c'est habituellement cette valeur (plutôt que de la valeur absolue) que les économistes considèrent comme l'objectif de gestion pertinent à appliquer. Bon nombre de stratégies permettent de mesurer la valeur conférée aux actionnaires. Certaines sont des stratégies de créneau, qui entraînent les avantages habituels au chapitre de la spécialisation et de la souplesse et peut-être plus précisément dans le cas du secteur des services financiers qui permettent d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts. Il existe également des formes de spécialisation plus limitées. Par exemple, la Banque Lloyds TSB a obtenu un taux de rendement très élevé en se concentrant sur les services bancaires de détail en délaissant presque tous les services de banques d'investissement et de prêts internationaux⁸³.

Preuves récentes de gains en efficience dans le secteur bancaire

Le nombre d'études sur les facteurs déterminants de l'efficience dans les institutions de dépôts est impressionnant. Berger et Mester (1997) de même que Akhavein, Berger et Humphrey (1997), on récemment tenté de les résumer. La plupart des études ont été réalisées aux États-Unis quoiqu'un nombre croissant d'analyses soient effectuées en Europe. Ces études portent sur un grand nombre de questions différentes. Une série d'études a trait à l'existence d'économies

⁸² Certains soutiennent que la totalité des avantages tirés par l'organisation au chapitre des connaissances et des ressources humaines provient de la gestion du consortium. Les prêteurs participants fournissent tout simplement des fonds à une marge concurrentielle minimale sur le coût des fonds sur le marché de gros.

⁸³ « The Lloyds money machine », dans *The Economist*, 17 janvier 1998, pp. 65-66.

d'échelle ou de diversification dans le secteur bancaire. Les auteurs d'études antérieures sur cette question en venaient à la conclusion générale que les économies d'échelle et de diversification sont épuisées lorsque l'actif d'une banque atteint 500 millions de dollars.

Les résultats obtenus récemment sont bien différents. Berger et Mester (1997) tirent les conclusions suivantes de leur étude exhaustive⁸⁴ :

[TRADUCTION]

Le résultat de base [...] réside dans le fait que dans chaque catégorie de taille, la banque type n'exploitait pas certaines économies d'échelle, c'est-à-dire qu'elle pourrait fabriquer sa gamme de produits à un coût moyen inférieur en haussant l'échelle de production. Les gains en efficacité d'échelle moyenne se situent à environ 80 %, ce qui sous-entend que des quantités de ressources approximativement égales sont perdues à cause de l'échelle et des inefficiences de type X-. Dans chaque catégorie de taille, plus de 90 % des entreprises en deçà de l'échelle d'efficacité, et la moyenne t^* [où t^* est le ratio de la taille coût-efficacité par rapport à la taille réelle] se situe entre 2 et 3 pour chaque catégorie de taille, ce qui donne à penser que la banque type devrait être deux à trois fois plus grande pour maximiser l'efficacité des coûts rattachés à sa gamme de produits et les prix de ses entrées.

Berger et Mester font état d'un ensemble complexe de résultats. Les prix des entrées et la gamme de produits optimale varient d'une catégorie de taille à une autre, tout comme le rapport entre l'échelle et le coût « unitaire ». Ils concluent que la production à grande échelle de la gamme de services habituellement offerts par les petites banques présente des avantages, tout comme la production à grande échelle de la gamme de produits généralement offerts par les grandes banques. La plupart des banques semblent être classées dans une catégorie inférieure pour la gamme de services qu'elles produisent.

Pour illustrer ces résultats, Berger utilise un calcul sommaire simple des avantages de coûts que présente la production à grande échelle (voir le tableau VII.1 à la fin de la section VII). La dernière colonne de ce tableau présente l'indice le plus simple des catégories de taille de banques dans lesquelles des économies d'échelle sont réalisées sous la forme du ratio C/ABT , qui désigne le ratio des coûts à l'actif brut total. Ce ratio peut être interprété comme le coût moyen de chaque dollars d'actif. Il diminue de façon constante lorsque l'on passe à des groupes de taille plus grande. Berger et Mester notent que ce ratio est plutôt faussé au détriment des grandes banques, qui possèdent habituellement davantage de garanties hors bilan et plus de prêts par dollars d'actif, ce qui devrait entraîner des coûts moyens plus élevés. Ils considèrent que la conclusion de diminution du coût par dollar d'actif, d'après la catégorie de taille, appuie fermement leurs résultats économétriques qui supposent également que les économies d'échelle favorisent les plus grandes banques des États-Unis. Le ratio C/ABT appliqué aux banques n'a pas affiché cette tendance pendant les années 80. Au cours de cette période, on a noté de faibles économies

⁸⁴ Berger et Mester utilisent divers modèles économétriques, mais leurs conclusions sont fondées sur la fonction de bénéfices limites souples de Fourier.

d'échelle dans le cas des actifs de moins d'un milliard de dollars et des déséconomies pour les grandes banques. Cette constatation était conforme aux études économétriques.

Pour vérifier si les économies d'échelle se maintiennent au sein des plus grandes banques des États-Unis, les auteurs ont calculé à nouveau le ratio C/ABT à l'aide des données portant sur toutes les banques des États-Unis (par opposition à leur échantillon de banques) et ils ont fragmenté la catégorie de taille supérieure en groupes de 10-25 milliards, 25-50 milliards et plus de 50 milliards de dollars. Ils ont constaté que les coûts moyens diminuent dans toutes les catégories de taille jusqu'à 25 milliards de dollars et que les coûts moyens augmentent par la suite⁸⁵. En conclusion, ils continuent d'observer des preuves relativement fiables d'économies d'échelle bien au-delà de la région habituellement prise en compte dans des études fondées sur des données recueillies pendant les années 80.

Une question importante porte sur les changements observés au cours des années 80 et 90 et qui ont entraîné une augmentation sensible de l'échelle de rentabilité des banques américaines. Berger et Mester présentent trois explications possibles. Premièrement, les taux d'intérêt sont moins élevés au cours des années 90 qu'ils ne l'ont été pendant la décennie précédente. Les auteurs soutiennent que la réduction résultante des frais d'intérêt (qui interviennent pour la plus grande partie des coûts) a été proportionnellement plus élevée pour les grandes banques que pour les petites, parce qu'un plus grand pourcentage du passif des grandes banques a tendance à être sensible aux fluctuations du marché. Les grandes banques ont souvent recours à des fonds achetés sur le marché de gros et qui rapportent au taux du marché, tandis que les petites utilisent davantage les dépôts de base dont les taux ne varient pas exactement en fonction des taux pratiqués sur le marché libre. S'il s'agit là de l'explication, les économies d'échelle enregistrées au début des années 90 pourraient être transitoires.

Une deuxième explication possible envisagée par Berger et Mester à l'égard du résultat des économies d'échelle veut que les changements récents en matière de réglementation ont eu tendance à favoriser les grandes banques par rapport aux petites. Plus particulièrement, l'élimination des restrictions géographiques touchant l'implantation de succursales bancaires et l'expansion des sociétés de portefeuille pendant les années 80 et au début des années 90 ont peut-être supprimé certaines déséconomies d'échelle et réduit le coût de l'expansion. Par exemple, dans le cas extrême d'un système de banques individuelles, de très importantes déséconomies sont rattachées à l'expansion des banques qui ne peuvent posséder de succursales pour recueillir les dépôts; ces déséconomies seraient supprimées si l'on permettait l'implantation de succursales à la grandeur de l'État (aux États-Unis). De même, l'élimination des plafonds de taux d'intérêt sur les dépôts de base pendant les années 80 a probablement eu pour effet d'accroître davantage les coûts pour les petites banques, qui utilisent dans une plus grande mesure cette forme de dépôts pour se financer.

⁸⁵ Bien que cette constatation ne suppose des économies d'échelle que jusque dans les institutions de la taille de la Banque nationale du Canada, elle est importante parce qu'elle montre premièrement que les économies d'échelle et de diversification éventuelle peuvent changer avec le temps et que, deuxièmement, compte tenu des économies d'échelle potentielles, les économies observées peuvent également varier en raison des fluctuations au chapitre des contraintes réglementaires.

Une troisième hypothèse réside dans le fait que les améliorations au plan de la technologie et des finances appliquées ont peut-être réduit les coûts davantage pour les grandes banques que pour les petites. Il se peut que les améliorations au chapitre du traitement de l'information et de l'évaluation du crédit aient abaissé davantage le coût de consentement des prêts aux petites entreprises et des prêts sur carte de crédit dans le cas des grandes banques. De même, l'amélioration de l'automatisation a peut-être permis aux grandes banques de croître à un rythme plus rapide et à un coût plus faible en implantant des guichets automatiques plutôt que d'ajouter des succursales classiques plus coûteuses. En outre, les grandes banques étaient peut-être mieux placées pour tirer profit des nouveaux mécanismes d'ingénierie financière, comme les contrats sur instruments dérivés et autres activités hors bilan (1997, pp. 31-34).

Les deux dernières explications possibles sont très importantes. Le point de vue très répandu et bien documenté à savoir qu'il n'existe pas d'économie d'échelles importantes dans le secteur bancaire provient des États-Unis et découle d'une période au cours de laquelle la technologie bancaire (tant au chapitre des produits que des procédés) changeait moins rapidement et les banques des États-Unis étaient limitées au chapitre des formes d'expansion et des services ou produits financiers supplémentaires qu'elles pouvaient offrir.

Une autre série d'études porte sur les conséquences des fusionnements proprement dits sur l'efficacité. En général, on en vient à la conclusion que les fusionnements ne permettent pas de réaliser des économies de coût unitaire. Elles se traduisent toutefois par des changements au chapitre de la composition des produits de l'entité fusionnée, qui a tendance à délaisser les valeurs mobilières pour se concentrer davantage sur les prêts. Cette situation a pour effet d'accroître les bénéfices. Il convient donc de se demander s'il en découle un gain social. L'une des façons d'envisager cette possibilité consiste à considérer l'augmentation de la fraction de l'actif consacrée aux prêts à la suite d'une réduction du coût rattaché au risque. Il s'agit d'un gain social (à partir de l'hypothèse que toutes les autres possibilités de réduction du risque ont été entièrement exploitées). L'augmentation de l'efficacité des bénéfices est la plus prononcée lorsque les banques parties à la fusion sont relativement inefficaces, mais que la banque issue du fusionnement l'est encore un peu plus.

Akhavein, Berger et Humphrey (1997) tirent les conclusions suivantes de leur récente étude sur les conséquences des fusionnements de banques sur l'efficacité des coûts et des bénéfices :

Les conclusions supposent que des hausses statistiquement importantes d'efficacité des bénéfices sont rattachées en général aux mégafusionnements de banques aux États-Unis, quoique ces projets ne semblent pas se traduire, en moyenne, par des hausses importantes de l'efficacité au chapitre des coûts. L'amélioration de l'efficacité moyenne au titre des bénéfices découle en partie de la modification des gammes de produits, qui passent des valeurs mobilières aux prêts, ce qui a pour effet d'accroître la valeur de la production. Les données sont conformes à l'hypothèse voulant que les mégafusionnements ont tendance à diversifier le portefeuille et à réduire le risque, ce qui permet à la banque consolidée de consentir un plus grand nombre de prêts pour environ le même montant d'actifs propres, ce qui lui permet d'augmenter en moyenne son bénéfice. Il peut être facile de prévoir les améliorations d'efficacité des bénéfices, car elles ont tendance à se produire lorsque l'une ou les deux banques parties au fusionnement sont inefficaces par rapport au secteur avant le fusionnement.

Il importe de comprendre que l'efficacité des bénéfices peut s'accroître sans variation du prix des intrants et des extrants. La rentabilité peut s'accroître à une certaine fourchette de prix en déplaçant l'activité vers une gamme de produits plus rentables (à marge plus élevée). En fait, les auteurs constatent que les variations du pouvoir de marché liées aux mégafusions, comme en témoigne les variations de prix à la suite de fusions, sont en moyenne très faibles et négligeables au plan statistique, même si elles sont prévisibles dans une certaine mesure. Ces résultats correspondent à nos attentes compte tenu du fait que les prétendus mégafusions aux États-Unis visaient en grande partie l'expansion du marché et que, de toute façon, les autorités antitrust ont exigé des dessaisissements et d'autres mesures de redressement dans le cas des fusions jugées susceptibles d'accroître le pouvoir de marché.

La constatation selon laquelle les fusions permettent aux banques de consentir des prêts à plus grande marge (plus risqués) est conforme aux arguments des banques de l'annexe I, à savoir que leur plus grande taille leur permettrait d'accaparer une part plus importante des prêts de grande envergure et de gérer plus fréquemment de grands groupes de prêts.

Il existe des études empiriques parallèles, plus longues et mieux connues au sujet de l'effet des fusions de banques sur l'efficacité des coûts⁸⁶. Ces études confirment un accroissement possible de l'efficacité des coûts à la suite de fusions, mais leurs auteurs concluent que cette possibilité ne s'est généralement pas concrétisée. Les études comparatives des rapports de coût simples comme, le ratio du coût d'exploitation à l'actif total, révèlent habituellement qu'il n'existe pas de variations importantes au chapitre de l'évolution des coûts liés à la suite de fusionnement de banques⁸⁷. Des études plus complexes portant sur la fonction de coût limite qui estiment les effets des fusions sur l'efficacité en mesurant l'écart par rapport aux limites de coûts issues de pratiques exemplaires ont indiqué au mieux une faible amélioration moyenne de l'efficacité des coûts⁸⁸. Par exemple, Berger et Humphrey (1992) ont conclu que les banques fusionnées bénéficient d'une amélioration d'environ cinq points de pourcentage au chapitre de l'efficacité des coûts par rapport à leur groupe affilié, mais que cet avantage n'est pas important au plan statistique⁸⁹.

Une décision selon laquelle l'efficacité des coûts s'est améliorée ou détériorée ne suppose pas nécessairement que l'entreprise est devenue plus ou moins efficace en général ou qu'elle est devenue plus ou moins rentable. Un fusionnement peut accroître l'efficacité des bénéfices sans augmenter le pouvoir de marché. Akhavein *et al.* (1997) énoncent certaines façons dont un fusionnement pourrait accroître les recettes découlant d'un ensemble d'entrées donné à une certaine gamme de prix. Ils définissent l'inefficacité des recettes comme l'impossibilité de

⁸⁶ Il s'agit des études citées dans Kerton (1997).

⁸⁷ Rhoades (1986, 1990), Srinivasin (1992), Srinivasin et Wall (1992), Linder et Crane (1992), Pilloff (1996).

⁸⁸ Berger et Humphrey (1992), Rhoades (1993), Peristiani (1995) et DeYoung (1996).

⁸⁹ Dans un autre document, Berger et Humphrey (1992a) notent un conflit apparent entre les résultats de leur étude et ceux d'autres études économétriques, et ceux d'études d'experts-conseils réalisées au sujet de projets de fusionnement de banques qui prévoient d'importantes économies découlant du fusionnement de grandes banques, c'est-à-dire jusqu'à 30 % des frais d'exploitation de la banque acquise. En fait, les deux séries de résultats ne sont peut-être pas en désaccord dans une large mesure. Souvent, il s'agit simplement d'appliquer des dénominateurs différents aux études d'experts-conseils qui expriment des économies par rapport aux coûts de la banque acquise et aux études économétriques en se fondant sur les coûts rattachés à l'entité fusionnée.

produire la valeur de production la plus élevée pour une quantité d'intrants donnée et un ensemble de prix de production. Une entreprise pourrait être inefficace au plan des recettes parce qu'elle produit trop peu d'extrants pour les intrants donnés (ce qui correspond à une entreprise inefficace au plan des coûts qui utilise un trop grand nombre d'intrants pour produire les extrants convenus). Par ailleurs, une entreprise pourrait être inefficace au plan des recettes parce qu'elle produit trop peu d'extrants à prix élevé et une trop grande quantité d'extrants à faible prix, même si elle se situe à la limite des possibilités de production (ce qui correspond à l'inefficace des coûts d'une entreprise efficace au plan technique qui utilise une trop grande quantité d'intrants à prix relativement élevé).

Bien que ces observations soient intéressantes, l'existence ou l'absence d'économies liées à la taille importante constitue une préoccupation secondaire. L'objectif principal de la présente étude consiste à déterminer si, dans sa version actuelle, le processus d'examen des fusions tient dûment compte des preuves d'efficace, quelles qu'elles soient. Si ce point de vue n'était pas pris en compte, l'étude aurait pour but de proposer des façons de modifier le processus d'examen des fusions pour tenir dûment compte des arguments en matière de gains en efficace.

Les gains en efficace dans la législation portant sur la concurrence

Écarts de traitement des gains en efficace à l'échelle internationale dans la législation régissant la concurrence

La politique de la concurrence vise essentiellement (mais non exclusivement) la recherche de l'efficace. En conséquence, les questions liées à l'efficace sont intégrées de certaines façons différentes à l'application des lois nationales sur la concurrence. Certains de ces mécanismes sont décrits brièvement ci-dessous.

Fusions

Les questions relatives aux gains en efficace sont intégrées de diverses façons au processus d'application des fusions. Certains pays (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Grande-Bretagne, États-Unis) appliquent des dispositions législatives ou administratives visant une exception ou une défense fondée sur l'efficace en vertu de laquelle les preuves de gains en efficace peuvent être utilisées avec d'autres preuves pour déterminer si un fusionnement est anticoncurrentiel ou pour défendre un fusionnement anticoncurrentiel. Dans d'autres pays, les questions liées aux gains en efficace sont intégrées moins directement à l'évaluation d'un fusionnement. Les façons dont ces questions liées à l'efficace peuvent être intégrées à l'évaluation d'un fusionnement sont abordées plus en détail ci-dessous.

Restrictions horizontales

Bon nombre de pays prévoient une certaine forme de défense ou d'exception fondée sur les gains en efficace avant l'étape du fusionnement. La Nouvelle-Zélande prévoit essentiellement la

même défense que celle offerte aux parties dans les affaires de fusionnement. Il en va de même pour l'Australie. L'Italie autorise une défense limitée fondée sur les gains en efficacité pour les accords horizontaux, mais non pour les fusionnements.

La Communauté européenne soustrait les accords qui entraînent également des avantages économiques, comme l'accroissement de la production ou la distribution de biens ou la promotion du progrès technique ou économique, l'interdiction d'accords anticoncurrentiels. Les avantages doivent dépasser la réduction de la concurrence pour donner lieu à une exonération. L'exonération n'est pas accordée dans le cas d'accords qui éliminent la concurrence réelle. Cette situation survient en cas de dominance du marché. Les arrangements prévoyant la fixation de prix, le contingentement ou l'établissement de parts du marché sont considérés comme restreignant particulièrement la concurrence et sont donc peu susceptibles d'être surpassés par des gains en efficacité.

Au Canada, la *Loi sur la concurrence* prévoit la même défense fondée sur les gains en efficacité pour les accords de spécialisation (enregistrés) que pour les fusionnements. La Loi prévoit également une défense pour les coentreprises de R-D comportant un programme précis de recherche qui ne serait pas mis sur pied par ailleurs. Les arrangements entre concurrents pour l'échange de statistiques, la définition de normes de produits, l'échange de renseignements sur le crédit, la définition de termes et expressions, la collaboration en matière de recherche-développement, la restriction de la réclame, le recours au système métrique pour la taille et la forme des emballages, et les mesures de protection de l'environnement ne constituent pas une infraction criminelle en vertu de la Loi, à moins qu'ils aient pour effet de réduire indûment la concurrence en matière de prix, de production, de marché ou de client ou de circuits de distribution. Au Canada, aucune défense ne s'applique à un accord qui réduit indûment la concurrence à ces égards.

Aux États-Unis, les gains en efficacité jouent un rôle important pour déterminer si un accord horizontal est autorisé en soi (règle *per se*) ou en vertu de la « règle de raison ». Lorsqu'un accord ne facilite pas l'intégration de l'activité économique susceptible d'accroître l'efficacité et renferme des restrictions comme la répartition du marché, la fixation de prix et le boycottage collectif par des entreprises détenant le pouvoir de marché, la règle *per se* s'applique. Dans les autres cas, la démarche de la règle de raison est utilisée. Dans la mesure où cette règle constitue la norme applicable, une évaluation des gains en efficacité représente un élément important pour déterminer si, tout compte fait, l'accord est favorable à la concurrence ou s'il est anticoncurrentiel, donc illégal. Les décisions rendues par les tribunaux des États-Unis reconnaissent deux grandes catégories de restrictions ayant pour effet d'accroître l'efficacité, celles qui réduisent le coût de fourniture d'un produit ou en accroissent la qualité et celles qui sont nécessaires pour pouvoir fournir le produit à tous.

Une restriction ayant pour effet d'accroître l'efficacité doit nécessairement renfermer une certaine forme d'intégration économique (comme un accord d'association) entre les participants qui dépasse la simple coordination du prix ou de la production et qui facilite la réalisation des gains en efficacité recherchés. Les restrictions horizontales, comme les accords de spécialisation et les coentreprises de production, comprennent l'intégration de l'activité économique et sont évaluées en fonction de la règle de raison. Il est possible de défendre ces restrictions au motif qu'elles sont

raisonnablement nécessaires pour atteindre un objectif visant à favoriser la concurrence. Par exemple, un accord ayant pour effet de mettre au point de nouveaux produits ou d'ouvrir de nouveaux marchés pourrait être considéré comme favorisant la concurrence. Ces points de vue sont analysés de façon plus détaillée ci-dessous.

Restrictions verticales

Les gains en efficacité jouent également un rôle dans l'évaluation des restrictions verticales hors-prix dans certains pays. Parmi ces restrictions, mentionnons : a) le franchisage exclusif; b) les contrats d'exclusivité ou de commandes; c) les ventes liées ou les groupements. Aux États-Unis, par exemple, l'imposition de restrictions territoriales sur la concurrence intramarque exercée en aval par un fournisseur en amont peut être défendue sous prétexte que ces restrictions constituent un moyen efficace de promouvoir la concurrence intermarque et que les avantages de cette concurrence accrue compensent largement les effets préjudiciables de la réduction de la concurrence intramarque. Le même principe s'applique aux ventes exclusives. Les ventes liées ou le groupement des ventes sont également évalués selon la règle de raison à moins que le marché du produit clef n'affiche un pouvoir important. Même s'ils possèdent un pouvoir important sur le marché du produit clef, les défendeurs disposent d'une défense affirmative prenant la forme d'une justification commerciale légitime. Les accords de vente liée qui garantissent ou accroissent la qualité du produit, qui satisfont aux préférences des consommateurs ou qui facilitent l'implantation d'un nouveau produit ont été réputés posséder une justification commerciale légitime.

Abus de position dominante

Les gains en efficacité peuvent jouer un rôle important dans les dispositions touchant l'abus de position dominante dans les lois sur la concurrence. Au Canada, par exemple, en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence*, il convient de déterminer si l'exclusion des concurrents sur un marché découle de l'efficacité économique supérieure de l'entreprise dominante. Les entreprises dominantes ne sont pas tenues de protéger leurs rivales moins efficaces au chapitre des prix.

La question de savoir si les pratiques d'exclusion des entreprises dominantes peuvent être défendues parce qu'en définitive, elles visent la concurrence ou ont pour effet d'accroître le surplus total (c'est-à-dire l'augmentation des bénéfices dans une proportion supérieure à la réduction du surplus des consommateurs), constitue un autre problème. Dans certains pays, aucune défense ne peut être invoquée. Dans la Communauté européenne, par exemple, il n'existe aucune défense à l'égard des actes d'exclusion commis par une entreprise dominante (une entreprise dont la part du marché dépasse 40 à 45 %). De façon plus générale, une entreprise dominante ne pourrait probablement pas se défendre dans quelque pays que ce soit en prétendant que ses pratiques d'exclusion (contrats de commande ou d'exclusivité, par exemple) lui ont permis de réaliser des économies d'échelle.

Néanmoins, les questions liées aux gains en efficacité sont susceptibles de devenir plus importantes à l'avenir dans les décisions arbitrales au sujet de l'abus de position dominante. Aux

États-Unis, une défense des gains en efficacité affirmative (justification commerciale) dans le cadre d'accords de ventes liées peut être accordée au défendeur détenant au moins 30 % du marché du produit clef. Des craintes ont également été soulevées au sujet des conséquences de l'attribution de l'accès à des normes ou à des réseaux dominants sur les gains en efficacité.

La défense fondée sur les gains en efficacité dans le cadre des fusions au Canada

Défense fondée sur les gains en efficacité dans les lois

Le Canada est le seul pays qui applique des dispositions de défense affirmative fondée sur les gains en efficacité à l'égard des fusions qui, d'après le Tribunal de la concurrence, réduisent sensiblement la concurrence. L'article 96 de la *Loi sur la concurrence* prévoit une exception pour les fusions réputées empêcher ou réduire sensiblement la concurrence en vertu de l'article 92. Cette exception se lit comme suit :

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

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

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

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

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

Fusions — Lignes directrices pour l'application de la Loi

Le Bureau de la concurrence interprète l'article 96 de la Loi dans le document intitulé *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la Loi* (les « Lignes directrices »). Selon les Lignes directrices, le paragraphe 96(1) établit un cadre d'analyse dans lequel on compare les gains en efficacité susceptibles d'être réalisés au Canada aux effets

anticoncurrentiels qu'entraînerait vraisemblablement le fusionnement. S'il est convaincu que les gains en efficacité susceptibles d'être réalisés à la suite d'un fusionnement proposé surpasseront et neutraliseront ses effets anticoncurrentiels, le Tribunal de la concurrence est tenu, en vertu de l'article 96, de refuser de rendre une ordonnance pour interdire ou dissoudre ce fusionnement.

Les Lignes directrices définissent ainsi les effets anticoncurrentiels :

[...] la part de perte totale que subissent les acheteurs et les vendeurs au Canada qui ne représente pas seulement un transfert d'une partie à une autre, mais qui constitue une perte pour l'économie dans son ensemble attribuable au détournement de ressources vers des emplois d'une valeur inférieure. C'est ce qu'on appelle parfois la perte sèche pour l'économie canadienne. (p. 53)

La définition des effets anticoncurrentiels a fait l'objet d'une certaine contestation. Plus particulièrement, on a soutenu que cette définition doit englober les transferts de surplus, tout comme les pertes de surplus. Cette question est analysée ci-dessous dans le cadre de l'interprétation de l'article 96 par le Tribunal.

Interprétation des Lignes directrices

Sont admissibles les gains en efficacité qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si une ordonnance était rendue. Les gains en efficacité ne sont pas admissibles à la défense prévue à l'article 96 s'ils étaient vraisemblablement réalisés même si l'ordonnance corrective demandée par le directeur était accordée. Parmi les autres moyens permettant de réaliser des gains en efficacité, mentionnons la croissance interne, un fusionnement de remplacement qui ne réduit pas sensiblement la concurrence, une coentreprise, un accord de spécialisation ou une licence, un bail ou une autre forme d'accord contractuel.

Les solutions visant à remplacer un fusionnement doivent prendre leur source dans les pratiques de l'industrie plutôt qu'être purement hypothétiques. Seuls les fusionnements de remplacement proposés sont pris en compte.

Les gains en efficacité doivent être réels plutôt que lucratifs. Par définition, un gain en efficacité réel représente une réduction du coût de substitution des ressources requises pour produire des biens et services d'une certaine qualité à un niveau donné. Le coût de substitution peut diminuer parce que des quantités moins importantes de ressources ou des ressources de moindre qualité, ou les deux, peuvent être requises pour produire des biens et services d'une certaine qualité à un niveau donné. Les économies réalisées grâce à l'utilisation du pouvoir de négociation pour réduire le prix plutôt que le coût de substitution des ressources utilisées ou en réduisant les recettes fiscales de l'État ne sont pas admissibles.

Les Lignes directrices reconnaissent deux catégories de gains en efficacité, c'est-à-dire les gains en efficacité de production et les gains en efficacité dynamiques. Les gains en efficacité de production comprennent :

- (i) les gains en efficacité de l'exploitation à l'échelle des produits, de l'usine et de plusieurs usines et les gains en efficacité touchant les coûts fixes;
- (ii) les économies au chapitre du coût de transaction découlant de la substitution des opérations au sein de l'entité fusionnée à l'égard des opérations sans liens de dépendance entre les parties au fusionnement, de même qu'à partir de l'intégration de nouvelles activités dans l'entité fusionnée;
- (iii) les gains provenant des opérations de l'entité fusionnée (transfert de savoir-faire et de compétences en matière de gestion) qui n'auraient pas été réalisés sans liens de dépendance.

Les gains en efficacité de production englobent les économies de lot, les économies d'échelle et de diversification d'une usine et les économies d'échelle de plusieurs usines. Ces gains en efficacité proviennent, entre autres, de la réduction du temps de commutation, du recours à du matériel plus spécialisé, d'une plus grande utilisation de la capacité, de l'abaissement des stocks de matériaux et de pièces de rechange, de la réduction des besoins financiers et de la rationalisation des fonctions administratives et des usines.

Bien que les Lignes directrices utilisent fréquemment la terminologie d'une entreprise manufacturière, elles s'appliquent et ont été fréquemment appliquées à des entreprises de distribution et de services. Dans des entreprises de distribution, les gains en efficacité proviennent souvent du regroupement d'entrepôts et de points de vente au détail et de gros, du regroupement des livraisons par camion, de la réduction du chevauchement des modes de transport, de la diminution des stocks, du regroupement des fonctions administratives, comme le service de la paie, la formation et la facturation, l'élimination du dédoublement des dépenses de publicité et de promotion, le regroupement du personnel de vente et la suppression du double emploi en matière de R-D (par exemple à l'égard d'un nouveau système exclusif de facturation ou de contrôle des stocks).

Les gains en efficacité dynamiques représentent des innovations de produit et de procédé qui ne se produiraient pas ou qui se produiraient d'une façon moins opportune en l'absence d'un fusionnement. Ces gains pourraient être réalisés à la suite de l'élimination du dédoublement réel ou éventuel d'activités de R-D. Ils pourraient englober l'acquisition d'une nouvelle technologie qu'aucune des parties au fusionnement ne pourrait se payer elle-même ou dans le cadre d'un accord de coopération en l'absence d'un fusionnement. Les gains en efficacité de cette nature sont réputés fondamentaux dans le cadre de fusionnements de banques de l'annexe I. Une analyse plus détaillée (ci-dessous) porte sur la question de savoir si le directeur traite les gains en efficacité de cette nature comme un facteur qualitatif (par opposition à quantifiable) et si l'importance des nouvelles technologies acquises à la suite d'un fusionnement aux fins de la pénétration ou de la conservation de marchés étrangers sera ou non reconnue.

Selon les Lignes directrices, l'expression « surpasser et neutraliser » utilisée à l'article 96 précise que les gains en efficacité quantifiables doivent surpasser les effets anticoncurrentiels quantifiables et que les gains en efficacité non quantifiables doivent neutraliser les effets anticoncurrentiels non quantifiables.

Comme il est mentionné ci-dessus, les Lignes directrices définissent les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement comme la perte sèche du surplus du consommateur et du producteur canadiens découlant de la limitation de la production de l'entité fusionnée, majorée des pertes non quantifiables de qualité, de service, de variété et d'innovation au Canada⁹⁰.

Un fusionnement qui réduit la concurrence confère à l'entité fusionnée le pouvoir de majorer les prix de ses produits. À la suite de cette augmentation de prix, certains clients décident de ne plus acheter le produit. La perte de surplus non réalisé sur la transaction est appelée une perte sèche. Cette dernière constitue l'étalon de l'inefficience de la répartition des ressources découlant de la distorsion des signaux de prix dans une économie de marché. Elle est établie par les économistes et utilisée pour évaluer les conséquences sur l'efficacité des distorsions provenant des impôts, des droits de douane, des contingents et des subventions, de même que de l'exercice privé du pouvoir du marché. Par définition, les effets anticoncurrentiels englobent les effets observés sur les marchés sur lesquels l'empêchement ou la réduction de la concurrence découlant du fusionnement n'a pas été important.

Exportations et substitution des importations

Selon les Lignes directrices, les gains en efficacité qui dépendent du fusionnement et qui sont réalisés au Canada doivent être déduits de la perte sèche au chapitre du surplus du producteur et du consommateur susceptible d'être subie au Canada à la suite du fusionnement. Les pertes sèches sur les marchés étrangers qui découlent de l'exercice du pouvoir de monopole ou de monopsonne par l'entité fusionnée ne peuvent être considérées comme un facteur négatif dans le cadre d'un fusionnement. Il semble que les gains en efficacité réalisés dans les établissements étrangers en propriété propre ou affiliés à l'entreprise ne favoriseraient pas un fusionnement.

Les Lignes directrices traitent ainsi le paragraphe 96(2) de la Loi :

[...] cette disposition a simplement pour rôle d'attirer l'attention sur le fait que, dans le calcul de la production totale de l'entité fusionnée établi pour dégager la somme des économies unitaires et autres entraînées par le fusionnement, la production qui remplacera vraisemblablement les importations et toute augmentation de la production vendue à l'étranger doivent être prises en compte. (p. 59)

L'entité fusionnée peut être réputée devenue plus efficace si, à la suite du fusionnement, ses coûts ont augmenté ou diminué dans une plus faible proportion que sa production. Selon les Lignes directrices, le paragraphe 92(2) exige seulement qu'aux fins du calcul, toute la production intérieure, qu'elle soit ou non exportée, soit prise en compte. Réduit à sa plus simple expression, le paragraphe 96(2) n'exige, selon les Lignes directrices, que la production destinée à l'exportation soit prise en compte dans le dénominateur lors du calcul des coûts unitaires avant et

⁹⁰ À l'issue de toute opération, l'acheteur et le vendeur doivent s'attendre d'améliorer leur situation par rapport à ce qu'elle aurait été sans l'opération. La proportion de cette amélioration est appelée gain d'échange et elle peut être répartie en surplus du consommateur (gain réalisé par l'acheteur) et du producteur (gain réalisé par le vendeur).

après le fusionnement. Cette exigence équivaut à porter au crédit du fusionnement les bénéfices et les quasi-rentes (participation aux frais généraux fixes) sur les importations supprimées du fusionnement ou sur les exportations supplémentaires attribuables au fusionnement. L'augmentation des exportations et la substitution des importations peuvent également être considérées comme un facteur qualitatif, dans la mesure où elles constituent une meilleure preuve d'accroissement de l'efficacité de la production intérieure. Il convient toutefois de noter que si l'entité fusionnée avait utilisé sa nouvelle capacité de s'approvisionner au pays pour obtenir des concessions d'un fournisseur étranger spécialisé, le paragraphe 96(3) rejetterait la prise en compte de cet élément en sa faveur.

Le directeur considère que les transferts de surplus au Canada s'annulent. Aucune distinction n'est effectuée entre les Canadiens à titre de clients et d'actionnaires. Le Tribunal a contesté cette interprétation de l'article 96 et il se pourrait que le directeur doive l'abandonner en faveur de la démarche selon laquelle « les clients ne doivent pas perdre ». Les Lignes directrices n'établissent pas non plus de distinction explicite entre les entreprises nationales et étrangères qui exercent leur activité au Canada. À l'heure actuelle, un fusionnement auquel prend part au moins une entreprise étrangère active au Canada n'est pas traité différemment en vertu des Lignes directrices qu'un fusionnement entre deux entreprises canadiennes. Le Tribunal n'est manifestement pas non plus à l'aise avec cette situation.

En résumé, les Lignes directrices présument que le directeur ne s'oppose habituellement pas à un fusionnement qui se traduit par un avantage net pour l'économie. Il n'est pas nécessaire que le fusionnement soit avantageux pour tous et chacun. Il se pourrait que certains clients se retrouvent plus mal en point qu'auparavant. D'après les Lignes directrices, il importe que la situation des clients et des actionnaires en général soit meilleure à la suite du fusionnement, c'est-à-dire que le gain des actionnaires soit supérieur à la perte des clients. Dans le cas des services bancaires, cela sous-entend que le directeur ne s'opposerait pas à un fusionnement ayant pour effet de ramener le nombre de succursales dans une petite localité à deux, voire à une, même si cette situation se traduisait par l'allongement des distances par rapport à la succursale, la prolongation des délais d'attente et peut-être une augmentation des frais pour les résidents locaux si la fermeture de succursales superflues entraînait des économies proportionnelles pour l'entité fusionnée. Le Tribunal a indiqué qu'il n'envisagerait pas nécessairement ces questions de cette façon. Voir l'analyse à ce sujet ci-dessous.

Le Tribunal de la concurrence et l'article 96

Bien que sa décision dans l'affaire *Hillsdown* n'ait pas porté sur les gains en efficacité, le Tribunal a néanmoins contesté la définition de l'effet anticoncurrentiel d'un fusionnement utilisée par le directeur (et dans les Lignes directrices). Il a soutenu que l'effet anticoncurrentiel doit englober la redistribution des surplus découlant de l'exercice du pouvoir de marché, de même que la perte sèche au titre du surplus. Le Tribunal a essentiellement rejeté l'interprétation d'avantage net global présentée dans les Lignes directrices et il a préconisé une démarche qui accorde plus d'importance, voire la priorité, aux pertes subies par les clients.

Le Tribunal a déclaré qu'aucune disposition de l'article 96 ne sous-entend que les effets d'un empêchement ou d'une réduction de la concurrence doivent être interprétés comme la perte sèche.

Il a poursuivi en déclarant que le but de la *Loi sur la concurrence*, à l'article 1.1, consiste à assurer aux consommateurs des prix compétitifs et à stimuler la souplesse et l'efficacité de l'économie canadienne. Selon le Tribunal, la jurisprudence ne suppose pas que l'article 1.1 doit être interprété comme accordant la priorité à l'efficacité sur les prix concurrentiels pour les consommateurs.

Le Tribunal a admis que l'argument selon lequel l'effet anticoncurrentiel doit comprendre les transferts de surplus pourrait se traduire par le rejet d'un nombre important de fusions ayant pour effet d'accroître l'efficacité. Il a donc proposé d'accorder plus d'importance aux gains en efficacité lorsque les effets préjudiciables (transfert plus perte sèche) ne découleront pas assurément d'une réduction sensible. Le Tribunal a formulé la proposition suivante :

Assurément, une interprétation possible en fonction du libellé dudit paragraphe est de peser les gains en efficacité allégués par rapport à la vraisemblance que des effets préjudiciables (transferts de richesse et affectation inefficace de ressources) résulteront d'une diminution sensible de la concurrence. Autrement dit, s'il est vraisemblable, mais pas absolument certain, que ces effets se produiront, on pourrait donner plus de poids aux gains en efficacité que dans le cas contraire. Dans certains cas, les effets préjudiciables vraisemblables d'un fusionnement peuvent être modestes, tandis que, dans d'autres, ils peuvent être très importants. Il n'est pas déraisonnable de supposer que les gains en efficacité allégués pourraient faire l'objet d'une comparaison dans ce contexte. S'il était vraisemblable que les gains en efficacité entraîneraient une baisse de prix pour les consommateurs, ce facteur serait vraisemblablement déterminant⁹¹.

On pourrait prétendre que le raisonnement du Tribunal sous-entend l'un des trois critères de défense sur les gains en efficacité. Selon l'un de ces critères, les gains en efficacité doivent dépasser la perte à l'égard du surplus des consommateurs qui découlerait du fusionnement. Le deuxième veut que tous les gains en efficacité soient transmis aux consommateurs. Le troisième précise que le fusionnement ne doit pas entraîner une réduction du surplus des consommateurs.

Les trois critères proposés par le Tribunal sont incompatibles avec le critère de l'avantage net global pour l'économie. L'exigence voulant que *tous* les gains en efficacité soient transmis aux consommateurs ne pourrait être respectée que s'il n'existait pas d'abord de problème de marché⁹². L'exigence selon laquelle les clients ne doivent pas subir de hausse de prix importante (ou de détérioration du service) à la suite du fusionnement éliminerait les fusions qui ont davantage pour effet d'accroître la richesse des actionnaires que de réduire la richesse des clients⁹³.

⁹¹ *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings Canada* (19 mars 1992), CT-91/1, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence), pp. 110-111; version anglaise publiée dans 41 C.P.R. (3^e) 343.

⁹² C'est pour cette raison que Pitofsky (1992, p. 207) a réclamé que la transmission intégrale des gains en efficacité constitue une condition déterminante.

⁹³ Il serait intéressant de voir de quelle façon le Tribunal réagirait s'il appliquait ce critère dans le cas de clients qui doivent se déplacer sur de plus longues distances et attendre plus longtemps pour effectuer leurs opérations bancaires à la suite de la rationalisation de succursales après un fusionnement.

L'attrait, pour le Tribunal, de la démarche selon laquelle « le prix ne doit pas augmenter » peut être rattaché à sa préoccupation au sujet de la répartition des variations de surplus à l'échelle internationale à la suite des fusionnements. Un fusionnement peut entraîner un accroissement de la richesse du point de vue mondial, mais non d'une perspective purement canadienne. Par exemple, le fusionnement de deux sociétés canadiennes affiliées à des entreprises étrangères peut se traduire par une augmentation du bénéfice de ces entreprises dans une proportion plus élevée que la réduction du surplus des consommateurs (canadiens) et, donc, entraîner un accroissement de la richesse du point de vue mondial. Vu que l'accroissement du bénéfice profite aux sociétés mères étrangères, le Canada subirait toutefois une perte nette de surplus. Une telle situation serait inexistante si l'on interdisait les fusionnements qui affecteraient les clients canadiens. Évidemment, les fusionnements entre sociétés canadiennes qui auraient pour effet d'accroître globalement la richesse seraient également rejetés. Par conséquent, quel que soit le bien-fondé de la méthode préconisée par le Tribunal en général, la démarche est moins attrayante dans le secteur des services financiers et, plus particulièrement, pour les banques de l'annexe I, où la propriété canadienne domine. Dans ce cas, la démarche du Tribunal équivaut à interdire les fusionnements en vertu desquels les Canadiens perdent un dollar comme clients, mais en gagnent deux comme actionnaires.

Gains en efficacité découlant de fusionnements dans le secteur des services financiers : enjeux probables en matière de concurrence

Selon leurs mémoires, les banques de l'annexe I prévoient qu'elles réaliseront des gains en efficacité à la suite de fusions à l'échelle nationale. Ces gains les aideraient à conserver ou à pénétrer les marchés étrangers, et à réduire leurs coûts et à améliorer la qualité de leurs services sur le marché intérieur. La plus récente étude empirique sur les économies d'échelle et de diversification dans le secteur bancaire appuie les arguments selon lesquels des gains en efficacité peuvent être réalisés même à l'issue de fusionnements entre banques de grande envergure selon les critères appliqués aux États-Unis (actif de 25 milliards de dollars), mais pas nécessairement d'après les critères en vigueur au Canada.

Un scénario possible comprendrait le fusionnement de deux banques de l'annexe I dont les vastes réseaux de succursales canadiennes se chevauchent. Supposons qu'il en résulte une augmentation du pouvoir de marché intérieur comportant des conséquences éventuellement négatives sur les prix et le service. Supposons également qu'il en découle des gains en efficacité. L'adoption de nouvelles technologies comporte vraisemblablement d'importants coûts fixes. En conséquence, l'entité fusionnée juge rentable d'adopter de nouvelles technologies que ni l'une ni l'autre partie aurait estimé rentables si elles étaient demeurées indépendantes ou si elles avaient tenté de collaborer d'une quelconque façon. Ces nouvelles technologies réduisent le coût du service sur les marchés intérieurs et peuvent également favoriser des innovations en matière de service. Supposons néanmoins que le fusionnement ait un effet net négatif sur la concurrence intérieure, c'est-à-dire que, malgré l'accès à des services financiers nouveaux ou de meilleure qualité, les clients canadiens se retrouvent dans une situation pire qu'auparavant. Ces nouvelles technologies aident également l'entité fusionnée à conserver certains marchés étrangers et à intensifier la pénétration d'autres marchés. La marge de vente accrue ou maintenue à l'étranger permet également de couvrir les coûts fixes rattachés à l'adoption des technologies.

Deux questions sont soulevées ici. La première porte sur la façon dont ce fusionnement doit être évalué, et la deuxième a trait à la façon dont il serait évalué. Pour ce qui est de la première question, une façon consiste à évaluer les coûts et les avantages pour le Canada. Compte tenu de cette perspective et en supposant que les entreprises participantes appartiennent à des Canadiens, les coûts du fusionnement correspondent : (1) à la perte de surplus des consommateurs canadiens en raison de la réduction de la concurrence; (2) au coût des nouvelles technologies. Le fusionnement offre l'avantage d'augmenter le bénéfice réalisé par l'entité fusionnée en raison : a) de la réduction de la concurrence sur le marché intérieur; b) des économies et de l'amélioration de la qualité sur le marché intérieur en raison de l'application des nouvelles technologies; c) de la perte de bénéfices évitée par la conservation des marchés intérieurs qui auraient par ailleurs été perdus; d) du bénéfice accru (contribution ou quasi-rente) découlant de la pénétration accrue des marchés étrangers qui ne se serait pas ailleurs concrétisée. Bien que cette démarche soit exclusivement orientée sur l'efficacité, elle reconnaît l'apport de l'entité fusionnée à l'augmentation des ventes ou à l'évitement de la perte de ventes sur les marchés étrangers. En ce sens, elle tient compte de certains arguments des autorités chargées de la concurrence dans d'autres pays au sujet de la compétitivité ou de l'intérêt public.

Le fusionnement ne serait probablement pas évalué comme il est décrit ci-dessus en vertu des Lignes directrices, du moins pas si le Bureau maintient son interprétation antérieure du paragraphe 96(2). Selon la version actuelle des Lignes directrices, les gains réalisés ou pertes évitées sur les marchés étrangers à la suite du fusionnement ne compteraient pas en sa faveur. Selon le point de vue du Bureau en matière de richesse nationale totale, le coût du fusionnement correspondrait : (1) à la perte de surplus des consommateurs canadiens en raison de la diminution de la concurrence intérieure; (2) au coût des nouvelles technologies. Le fusionnement aurait pour avantage d'accroître le bénéfice réalisé par l'entité fusionnée en raison : a) de la réduction de la concurrence sur le marché intérieur; b) des économies et de l'amélioration de la qualité sur le marché intérieur à la suite de l'adoption des nouvelles technologies. Dans leur version actuelle, les Lignes directrices considéreraient le fusionnement comme acceptable si le bénéfice accru découlant de l'exercice du pouvoir de marché ou des gains en efficacité dépassait la perte de surplus des consommateurs. Si l'on élimine le transfert, le critère appliqué en vertu des Lignes directrices précise que les économies sur le marché intérieur doivent dépasser la perte sèche liée au surplus des consommateurs canadiens à la suite du fusionnement. Cette constatation présume résolue la question du mode de répartition du coût des nouvelles technologies appliquées conjointement sur les marchés intérieur et étrangers. Cette question pourrait ne pas être importante. L'attribution du coût total de la technologie sur le marché intérieur pourrait tout de même se traduire par des économies suffisantes à l'échelle nationale pour compenser la perte sèche liée au surplus des clients canadiens. Dans d'autres circonstances, la question de l'attribution du coût des nouvelles technologies sera importante, c'est-à-dire que les économies réalisées sur le marché intérieur ne dépasseront la perte sèche que si une partie du coût de la technologie est attribuée aux marchés étrangers. Vu sous un autre angle, à moins que l'on accorde une certaine valeur aux bénéfices découlant de l'augmentation des ventes à l'étranger ou des ventes à l'étranger qui auraient par ailleurs été perdues, le fusionnement ne serait pas conforme aux critères de l'article 96. La démarche préconisée par le Bureau dans ces circonstances n'a pas été précisée.

Évidemment, si le Tribunal interprète l'article 96 comme il a prétendu qu'il le ferait dans l'affaire *Hillsdown*, les dispositions de cet article ne seraient jamais respectées dans le cadre du scénario susmentionné. Selon l'interprétation du Tribunal, il n'y aurait jamais de compromis entre la perte de surplus des consommateurs canadiens et les économies, quel que soit l'endroit où les économies sont réalisées. L'article 96 ne s'appliquerait pas en cas d'effet préjudiciable pour les consommateurs canadiens, comme une détérioration du service, une diminution des taux d'intérêt sur les dépôts, une hausse des taux d'intérêt sur les emprunts ou une majoration des frais de gestion. Si le Tribunal décidait d'appliquer son interprétation de l'article 96, le rôle du fusionnement en matière d'augmentation ou d'évitement de la perte de ventes étrangères ne serait pas reconnu explicitement. Par conséquent, l'entité fusionnée devrait réaliser des économies suffisantes sur le marché intérieur pour ne pas réduire les taux d'intérêt sur les dépôts ni augmenter les taux d'intérêt sur les prêts ou les services qu'elle offre sur le marché intérieur, même si le nombre de concurrents est moins élevé. Bien qu'aucun crédit ne leur soit directement attribué, les ventes à l'étranger continuent de représenter implicitement un élément important. Elles couvrent une partie du coût des nouvelles technologies. En l'absence de nouvelles technologies, il n'aurait pas été possible de maintenir les prix et la qualité du service sur le marché intérieur après le fusionnement, et donc d'autoriser le fusionnement.

Somme toute, les exportations, les ventes à l'étranger et la substitution des importations ne doivent pas être évaluées pour leur propre valeur; les processus d'examen des fusionnements qui sont ainsi orientés sont peu judicieux. Néanmoins, l'augmentation des bénéfices sur les marchés étrangers à la suite d'un fusionnement profite à l'économie intérieure et, en principe au moins, il conviendrait d'en tenir compte dans l'examen des fusionnements. Les Lignes directrices et l'interprétation de l'article 96 par le Tribunal ne tiennent pas compte de ce point de vue. Par conséquent, elles favorisent l'exécution d'un examen parallèle ressemblant à celui de la politique industrielle, avec toutes les conséquences anticoncurrentielles concomitantes qui découlent habituellement de cette forme d'intervention.

Gains en efficience, compétitivité et intérêt public

Compétitivité internationale

On prétend souvent que la politique concernant les fusionnements doit tenir compte de la compétitivité internationale. Ce point de vue prend plusieurs formes. Certaines sont conformes à l'application actuelle de la *Loi sur la concurrence*, d'autres non. Une démarche généralement reconnue consiste à définir la compétitivité d'après les niveaux et la croissance de la productivité. La productivité et sa croissance sont sources de revenu national par habitant élevé et croissant qui, à son tour, représente l'indice fondamental de la compétitivité nationale⁹⁴. L'interprétation et l'application actuelles de la *Loi sur la concurrence* encouragent la compétitivité de deux façons. Premièrement, les marchés concurrentiels facilitent eux-mêmes la croissance de la productivité. Deuxièmement, la Loi prévoit la possibilité de fusionnements et d'accords de spécialisation qui

⁹⁴ McFetridge, D.G., *Competitiveness: Concepts and Measures* (document hors série n° 5, Industrie Canada, 1995).

entraînent une augmentation de la productivité même s'ils peuvent, par le fait même, réduire la concurrence. En principe, le directeur ne contesterait pas un fusionnement qui se traduirait par un avantage net pour l'économie. Si la compétitivité est définie d'après le PIB par habitant, le directeur ne contesterait pas actuellement un fusionnement ayant pour effet d'accroître la compétitivité. Comme il a été mentionné, le Tribunal de la concurrence pourrait se former une autre opinion à ce sujet.

D'autres définitions de la compétitivité portent strictement sur les parts du marché mondial. L'une a trait à la notion de champions nationaux et de ses variantes. Les défenseurs de ce point de vue soutiennent que, pour connaître le succès sur le marché d'exportation, une entreprise nationale doit compter sur un marché intérieur « garanti » (voire protégé et monopolisé). Elle peut ensuite mettre les coûts initiaux à l'abri des recettes intérieures et peut-être également interfinancer ses exportations. Ce point de vue est moins répandu que par le passé, et ce, pour de bonnes raisons. Souvent, les champions nationaux protégés ne s'aventuraient pas suffisamment loin sur les marchés d'exportation et lorsqu'ils le faisaient, ils essuyaient un échec parce qu'ils n'étaient pas préparés à une vive concurrence. Deuxièmement, même lorsque cette politique « fonctionnait », c'est-à-dire qu'elle produisait des exportations, comme toute subvention à l'exportation, elle ne profitait pas à l'économie nationale et n'accroissait donc pas la compétitivité. La politique de concurrence n'a pas tenu compte des arguments en faveur de la mise en place des champions nationaux pouvant exercer leur pouvoir sur le marché intérieur, ce qui était compatible à bien des égards à la recherche d'une compétitivité correctement définie.

Gains en efficience et intérêt public

Il découle de la longue liste d'affaires de concurrence au Canada que l'intérêt public vise la promotion de la libre concurrence. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* reconnaissent que la concurrence peut parfois devoir être sacrifiée pour réaliser des gains en efficience. Ces derniers peuvent entraîner une augmentation des exportations ou la substitution des importations. Dans son interprétation et son application, la *Loi sur la concurrence* est neutre au sujet des conséquences de toutes les fusions à l'exception des effets sur la compétitivité et des gains en efficience. La propriété nationale et la création d'emplois, de même que d'autres objectifs de politique industrielle ne constituent pas des facteurs pris en compte dans les affaires de fusionnement. Il en va de même aux États-Unis, mais pas en Europe. Dans ce dernier cas, les préoccupations au chapitre de la politique industrielle continuent d'influer sur les décisions relatives aux fusionnements. Ce point de vue est analysé de façon plus détaillée ci-dessous.

Critères de l'intérêt public dans d'autres pays

Selon les lois sur la concurrence et les lignes directrices sur les fusionnements, l'« intérêt public » est pris en compte dans l'examen des fusionnements. Par définition, l'intérêt public peut dépasser le maintien et l'accroissement de la concurrence, de même que la réalisation de gains en efficience statiques et dynamiques. Par exemple, la loi dite *Commerce Act* de 1975 en Nouvelle-Zélande renferme une liste explicite d'avantages publics qui doivent être pris en compte dans l'évaluation des conséquences nettes d'un fusionnement ou de restrictions horizontales. Les avantages publics englobaient les exportations, l'emploi, l'ajout de valeur et l'obtention de

devises. Cette liste n'a pas été prise en compte dans la loi de 1986. Bien que certains estiment que cette liste conserve une valeur de précédent, les lignes directrices émises par la Commerce Commission précisent que la hausse du nombre d'emploi, l'accroissement de la propension à l'exportation et l'intensification de l'activité économique dans les régions défavorisées ne sont généralement pas considérés comme des avantages publics.

D'autres pays, y compris l'Australie, l'Allemagne et le Royaume-Uni, ont intégré des dispositions touchant l'intérêt public dans leurs Lois sur la concurrence. En Australie, la conduite anticoncurrentielle (y compris les fusions) peut ne pas être assujettie aux dispositions de la loi dite *Trade Practices Act* de 1974 si la Trade Practices Commission estime qu'il existe des avantages publics compensateurs. En Allemagne, la loi dite *Act Against Restraints of Competition* permet l'exonération d'un fusionnement d'après ses avantages économiques globaux ou un intérêt public prépondérant. Entre 1973 et 1991, six exonérations ont été accordées pour des motifs liés à l'énergie, à l'emploi, à la technologie et à la compétitivité⁹⁵.

Au Royaume-Uni, les accords restrictifs et les fusionnements peuvent être renvoyés respectivement à la Restrictive Practices Court et à la Monopolies and Mergers Commission (MMC), qui détermineront si ces éléments sont contraires à l'intérêt public. La MMC fonde sa décision sur la loi dite *Fair Trading Act* de 1973 et tient compte de l'effet d'un fusionnement ou d'un accord sur la répartition de l'industrie et de l'emploi et sur les importations et exportations nationales, de même que de ses effets sur la concurrence et les gains en efficacité statistiques et dynamiques. Une déclaration ministérielle formulée en 1984 précisait que les préoccupations en matière de concurrence devaient être primordiales. Néanmoins, les points de vue touchant la balance des paiements, la compétitivité internationale et l'emploi sont encore analysés. Parmi les 40 décisions rendues par la MMC en matière de fusionnement entre 1984 et 1990, l'amélioration de la balance des paiements et l'augmentation du nombre d'emplois ont été cités comme des avantages dans cinq d'entre elles⁹⁶.

Les questions liées à la compétitivité internationale figurent dans plusieurs décisions de la MMC. Dans celle concernant British Airways, rendue en 1987, la Commission a déclaré que l'un des avantages du fusionnement de British Airways et de British Caledonian Group résidait dans le renforcement de la position concurrentielle de British Airways contre les « mégatransporteurs » des États-Unis⁹⁷. De même, la Commission a approuvé l'acquisition du fabricant de câbles sous-marins STC Limited par Alcatel en 1994 parce qu'entre autres, le fusionnement assurerait la présence de STC au Royaume-Uni comme exportateur important et comme employeur à la fine pointe de la technologie des télécommunications⁹⁸.

La MMC semble avoir appliqué les questions relatives à l'intérêt public à un plus grand nombre d'éléments que l'emploi et la promotion des exportations. Il convient de donner l'exemple de la décision rendue par la Commission en 1991 au sujet du fusionnement de deux entreprises britanniques dans le secteur de l'équarrissage. La Commission a déclaré que l'intérêt public

⁹⁵ Crampton (1992).

⁹⁶ Weir (1993), p. 951.

⁹⁷ Finbow et Parr (1995), p. 252.

⁹⁸ *Ibid*, p. 253.

exigeait que, d'abord et avant tout, les services d'équarrissage soient efficaces et fiables, qu'en deuxième lieu, l'activité d'équarrissage ne pollue pas excessivement l'environnement et que, troisièmement, l'industrie fasse preuve d'efficacité économique. La Commission a conclu que, malgré la dominance du marché par l'entité fusionnée, cette dernière respectait ces critères⁹⁹.

Conclusion

Il a été proposé d'assujettir les fusions de banques au critère de l'intérêt public, qui dépasse la concurrence, l'efficacité et la prudence. Au chapitre de la politique industrielle, les fusions devraient être évalués à l'extérieur de la *Loi sur la concurrence*, peut-être par le ministre des Finances. Le secteur bancaire compterait ensuite parmi les rares secteurs de l'économie canadienne qui se verraient imposer de telles exigences. La justification de cette mesure constitue une question que d'autres analyseront. La présente étude a pour but de déterminer si le processus actuel d'examen des fusions tiendra dûment compte des arguments relatifs aux gains en efficacité. Il est permis d'en douter quelque peu.

Tableau VII.1

Coût selon la valeur et la taille de l'actif dans le secteur bancaire des États-Unis

Taille de la banque	Nombre de banques	Coût total : actif brut total
0-50 M \$	2218	0,0482
50 M \$-100 M \$	1794	0,0473
100 M \$-300 M \$	1344	0,0466
300 M \$-1 MM \$	392	0,0453
1 MM \$-10 MM \$	171	0,0436
> 10 MM \$	30	0,0427
Total	5949	0,0443

Source : Berger et Mester (1997)

⁹⁹ Monopolies and Mergers Commission, *Animal Waste* (1985), pp. 88-92.

VIII. Restrictions verticales

Ventes liées et pratiques connexes

Les enjeux

Le Groupe de travail a soulevé les questions suivantes au sujet des ventes liées :

1. les lois canadiennes en matière de concurrence sont-elles suffisantes pour empêcher des ventes liées qui auraient pour effet de réduire le bien-être?
2. l'accroissement de la concentration dans le secteur des services financiers entraînerait-il une augmentation des ventes liées?
 - les banques de l'annexe I seraient-elles plus susceptibles d'effectuer des ventes liées si elles étaient autorisées à fusionner?
3. l'élargissement des pouvoirs des banques ou d'autres fournisseurs de services financiers se traduirait-il par une augmentation des ventes liées qui aurait pour effet de réduire le bien-être?
 - les banques lieraient-elles l'assurance et le crédit-bail automobile à des prêts ou à la prestation d'autres services si elles étaient autorisées à participer aux marchés de l'assurance et du crédit-bail?
4. les ventes liées représentent-elles vraisemblablement un problème plus grave dans le secteur des services financiers que dans d'autres secteurs?

Définition des ventes liées

Par ventes liées, on entend la vente d'un produit, le produit « clef », qui dépend du consentement du client à acheter un autre produit, le produit lié, au même vendeur. En vertu d'un contrat de vente liée, l'acheteur d'un produit doit acheter tous les autres produits dont il a besoin au même vendeur. Le groupage s'apparente de près à la vente liée. Aux termes d'un contrat de groupage, l'acheteur d'un produit doit acheter une quantité fixe d'un autre produit. Dans le cadre d'un contrat de groupage exclusif, plusieurs produits sont vendus dans un ensemble. En vertu d'un accord de groupage mixte, les produits sont vendus à la fois individuellement et dans un ensemble. Dans le cas du groupage mixte, le prix de l'ensemble doit être inférieur au prix global de chacune des composantes, sinon le client ne serait pas incité à acheter l'ensemble. L'écart de prix s'appelle un incitatif. Des produits individuels peuvent également être groupés pour constituer un achat minimal requis, appelé groupage forcé de produits individuels.

Le contexte des ventes liées

En plus d'effectuer des ventes liées, les entreprises offrant plusieurs produits (entreprises multiproduits) peuvent adopter diverses formes de comportement qui suscitent des craintes dans certains milieux. Des craintes ont été exprimées, par exemple, au sujet de la possibilité de la pratique de l'interfinancement d'éviction par les banques si elles étaient autorisées à offrir d'autres services financiers comme de l'assurance et du crédit-bail automobile.

Il est important de comprendre que les entreprises multiproduits n'appliquent généralement pas la même marge bénéficiaire à toutes leurs gammes de produits. Les marges bénéficiaires sont habituellement inférieures sur les produits dont la demande est plus élastique. Il s'agit de produits comportant un plus grand nombre de substituts ou des substituts plus proches. Les marges bénéficiaires sont essentiellement moins élevées lorsque la concurrence est plus intense. Il ne s'agit pas d'interfinancement, pas plus que d'une pratique d'éviction.

L'interfinancement est très bien défini dans les ouvrages portant sur la réglementation. Une gamme de produits est interfinancée si elle est écoulée à un prix inférieur au coût différentiel moyen. Ce coût englobe les coûts fixes propres à un produit (c'est-à-dire les frais de mise au point) et les coûts variables. Une gamme de produits est *source* d'interfinancement d'autres gammes de produits si elle est vendue à un prix supérieur au coût moyen de l'ensemble de ses composantes. Dans un contexte de concurrence, il n'est pas possible de vendre de façon soutenue à un prix supérieur au coût moyen de l'ensemble des composantes, donc de pratiquer l'interfinancement.

Les travaux effectués dans le domaine de la réglementation ne justifient pas l'affectation arbitraire (au prorata, par exemple) d'une partie des frais communs à chaque gamme de produits. Dans la mesure où chaque gamme fait ses frais différentiels et contribue dans une certaine mesure aux frais communs, elle est rentable et ne favorise pas l'éviction.

Une gamme de produits peut être vendue à un prix ne lui permettant pas de faire ses frais différentiels moyens, sans pour autant être interfinancée, si elle complète d'autres gammes de produits vendus par l'entreprise visée, plus particulièrement lorsque la présence d'une gamme de produits accroît la demande d'autres gammes offertes par la même entreprise. Si l'augmentation du bénéfice touchant d'autres gammes de produits et les recettes découlant de la gamme de produits en question permettent à l'entreprise de faire ses frais différentiels, il n'y a pas interfinancement.

Si la somme des recettes provenant d'une gamme de produits et l'augmentation des recettes réalisées à l'égard de gammes de produits complémentaires ne permettent pas à l'entreprise de faire ses frais différentiels à l'égard de cette gamme de produits, il y a interfinancement. Cette situation pourrait mener à l'éviction si l'entreprise vise à récupérer les pertes découlant de la vente à un prix inférieur au coût différentiel moyen en fixant un prix plus élevé lorsque les concurrents ont été chassés du marché. La question fondamentale consiste à déterminer si le présumé prédateur est susceptible d'acquiescer un pouvoir de marché suffisant pour récupérer le bénéfice auquel il a renoncé pendant la période d'interfinancement. Le Bureau de la concurrence

considère que l'interfinancement d'éviction (par opposition à la concurrence intense par les prix) est extrêmement rare¹⁰⁰.

Des craintes ont également été exprimées au sujet de la concurrence « déloyale » découlant de l'utilisation de renseignements, de compétence ou de la réputation acquise sur un marché par les banques de l'annexe I ou d'autres intervenants pour obtenir une part d'un autre marché. Il s'agit d'un autre exemple d'exploitation d'économies de diversification à la fois efficace et concurrentielle. Les banques de l'annexe I ne sont pas les seules entreprises qui peuvent exploiter d'éventuelles économies de diversification. Certains avantages concurrentiels peuvent être artificiels, car ils tiennent compte d'assouplissements fiscaux ou réglementaires. Il pourrait être justifié d'éliminer ou de neutraliser ces avantages d'une certaine façon (assurer des règles du jeu équitables). D'autres avantages pourraient découler de politiques réglementaires ou fiscales passées, mais non présentes. Bien que ces avantages puissent avoir été acquis de façon déloyale, ils sont néanmoins réels et il serait peu sensé de continuer d'en limiter l'exploitation.

Il se peut également que les banques soient perçues comme disposant d'un avantage concurrentiel déloyal sur d'autres marchés parce qu'en leur qualité de source de crédit, elles peuvent influencer de façon excessive sur leurs clients. Le Bureau de la concurrence a fait remarquer que, même dans l'ensemble, les banques ne sont pas les seules sources de crédit. Il convient davantage de sensibiliser les consommateurs à la vaste gamme de produits de remplacement qui sont mis à leur disposition sur le marché pour leur faire comprendre la possibilité de maintenir des rapports avec divers fournisseurs de services financiers¹⁰¹.

L'aspect économique des ventes liées

Les ventes liées et le groupage sont monnaie courante lorsque l'exploitation ou l'intensification du pouvoir de marché par le vendeur ne pose pas de problème. Les chaussures sont vendues avec des lacets. Les systèmes de son comprennent un amplificateur et des haut-parleurs. Les voitures sont vendues avec des pneus, un accumulateur et des portières. L'assurance automobile couvre la collision, le vol et la responsabilité civile. Les liens de cette nature témoignent généralement d'économie de production ou de distribution découlant de la fabrication ou de la vente d'un ensemble plutôt que de ses composantes, ou d'économies réalisées par les clients en matière de recherche et d'opération s'ils achètent un ensemble plutôt que ses composantes. Les liens entre les marchés des pièces de rechange et de l'entretien protègent l'intégrité et la marque de commerce de l'équipement d'origine¹⁰².

¹⁰⁰ Selon le mémoire du Bureau de la concurrence au ministère des Finances en 1996 (n.8), le Bureau a reçu 550 plaintes entre 1980 et 1990 et de ce nombre, seulement trois ont donné lieu à des accusations. L'une a débouché sur un acquittement, une autre a donné lieu à un retrait de la plainte et la troisième n'a pas fait l'objet d'une décision.

¹⁰¹ Preliminary Submission of the Director of Investigation and Research to the Department of Finance, re The 1997 Review of Financial Institutions Legislation, janvier 1996, ¶.110.

¹⁰² Le matériel qui fonctionne mal en raison d'un mauvais entretien est nuisible à l'utilisateur, mais il l'est également pour la réputation du fabricant et ses ventes futures (mauvaise publicité). L'utilisateur ne tient pas compte de cette atteinte à la réputation du fabricant lorsqu'il choisit un ensemble de services d'entretien. S'il existe un lien, les intérêts de l'utilisateur et du fabricant au sujet du bon fonctionnement du matériel sont pris en compte.

On note des cas de ventes liées et de groupage lorsque le vendeur détient le pouvoir de marché à l'égard du produit clef, ou du produit clef et du produit lié, et qu'il tente de l'exploiter de façon plus efficace, sans toutefois l'intensifier. Dans ce cas, les ventes liées constituent un moyen de pratiquer la discrimination par les prix, c'est-à-dire partager les clients en fonction de leur empressement à payer le prix et leur imposer le prix en conséquence. Un exemple bien connu de ventes liées aux fins de discrimination par les prix comprend les ventes liées de produits complémentaires lorsque la demande du produit lié (par exemple, du papier) découle de l'intensité de l'utilisation du produit clef (par exemple, une photocopieuse). Le produit lié comporte une marge bénéficiaire, de sorte que les clients qui utilisent davantage le produit lié paient davantage pour ce produit pendant son cycle de vie. Dans ce cas, la vente liée ne représente qu'un substitut pour mesurer les redevances courantes ou une autre forme de prix à deux paliers. Si cette forme de ventes liées était illégale, les vendeurs devraient revenir à une autre forme de prix à deux paliers (probablement moins efficace). Si la fixation de prix à deux paliers, quelle qu'en soit la forme, était interdite, la seule autre solution consisterait à augmenter le prix de l'équipement d'origine. Les utilisateurs fréquents en profiteraient, mais les autres seraient probablement exclus du marché.

La situation de groupage classique se produit lorsque les valeurs accordées par les clients potentiels à deux produits sont en corrélation négative, c'est-à-dire que les clients qui accordent une grande valeur au produit A en confèrent une faible au produit B, et vice versa. Un monopoleur capable de faire la part entre ses clients imposerait des prix élevés aux utilisateurs de grande valeur de chacun de ces produits et de faibles prix aux utilisateurs de faible valeur. Si le vendeur ne peut établir de distinction entre les clients, les produits A et B doivent être vendus à leur prix de monopole simple. Ces prix ont pour inconvénient d'exclure du marché les clients de faible valeur et n'extraient pas le montant maximal que les utilisateurs de grande valeur sont disposés à payer. C'est là que le groupage entre en jeu. L'évaluation d'un groupe renfermant les produits A et B par les clients sera davantage uniforme que leur évaluation individuelle des produits A et B. Un prix de monopole simple pour le groupe sera plus rentable, car il permet l'extraction d'une plus grande part de surplus des clients à grande valeur tout en excluant un moins grand nombre de clients de faible valeur.

Il existe de nombreuses façons d'utiliser les ventes liées et le groupage pour pratiquer la discrimination par les prix. Plusieurs observations fondamentales doivent être formulées à ce sujet. Premièrement, l'interdiction des ventes liées et du groupage n'élimine pas la capacité des vendeurs de pratiquer la discrimination par les prix. Elle les oblige tout simplement à effectuer cette différenciation par d'autres moyens, en recourant peut-être à une certaine forme de fixation des prix à plusieurs paliers, ou, dans certains cas, à l'intégration verticale. Ces mesures peuvent être moins efficaces et moins satisfaisantes tant du point de vue du client que de celui du vendeur. Deuxièmement, même si la discrimination par les prix présuppose une demande identifiable du produit en question et une certaine discrétion au sujet du prix, il s'agit d'une pratique courante dans les secteurs comptant un grand nombre de concurrents, dans lesquels le pouvoir de marché n'est habituellement pas perçu comme posant un problème. Troisièmement, cette mesure ne suppose pas nécessairement et, en fait elle ne suppose pas généralement, l'intention d'élargir le pouvoir de marché, pas plus qu'elle n'a habituellement l'effet d'élargir ce

pouvoir. Elle pourrait même intensifier la concurrence¹⁰³. Quatrièmement, la discrimination par les prix comporte en soi des effets ambigus sur le bien-être. Elle peut avoir pour effet d'augmenter ou de diminuer les surplus, c'est-à-dire permettre l'extraction de surplus supplémentaires pour les clients à grande valeur, et également de conserver sur le marché les clients moins disposés à payer (pensons aux tarifs imposés aux personnes âgées). Cinquièmement, la discrimination par les prix constitue un moyen de couvrir les frais fixes tout en continuant d'approvisionner les clients disposés à payer la différence de prix. On estime souvent que la soi-disant nouvelle économie se caractérise par des frais initiaux d'innovation. C'est pourquoi les ventes liées, le groupage et la fixation de prix à plusieurs paliers constitueront des éléments courants de la concurrence dans la nouvelle économie. Sixièmement, à l'exception de l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, qui interdit la discrimination entre des acheteurs d'articles de quantité semblable, la discrimination par les prix ne va pas à l'encontre de la loi au Canada.

Les ventes liées et le groupage peuvent être utilisés pour interdire la concurrence et intensifier un monopole sur un autre marché. Cette pratique est appelée « effet de levier », car le pouvoir d'un monopole sur le marché est utilisé comme levier pour obtenir un pouvoir de monopole sur un autre marché. Cette théorie a fait l'objet de quelques critiques bien méritées, mais elle a quand même cours, dans une certaine mesure. Les critiques au sujet de cette théorie reposent principalement sur le fait qu'un monopole simple ne peut entraîner qu'une série de bénéfices de monopole, et non deux. Supposons que le produit A est vendu par un monopoleur et que le produit B est vendu sur un marché concurrentiel. Si la somme maximale qu'un client est disposé à payer pour le produit A est V_A , le monopoleur A ne peut obliger ce client à payer V_A pour le produit A et le forcer à lui acheter le produit B à un prix supérieur au prix concurrentiel de B. Dans ce cas, le client cessera tout simplement d'acheter le produit A et il continuera d'acheter le produit B à d'autres fournisseurs à un prix concurrentiel.

¹⁰³ Cette question a fait l'objet de nombreuses analyses. La concurrence prend souvent la forme de rabais confidentiels sur les prix affichés. Les rabais et remises secrets constituent une façon de contourner les accords de cartel et ils pourraient entraîner l'effondrement de cartels. Les dispositions concernant le tarif de la Nation la plus favorisée dans les contrats ont été contestées par les autorités chargées de la concurrence parce que l'on estime qu'elles permettent de stabiliser les cartels en excluant les mesures discriminatoires de réduction de prix par les membres du cartel. Par ailleurs, l'on estimait auparavant que la capacité de différencier les prix réduisait le coût des entraves d'accès au marché. Les prix pouvaient être réduits dans le voisinage du nouvel arrivant plutôt que dans l'ensemble du marché. Toutefois, le Tribunal de la concurrence a récemment admis que l'exercice de la concurrence là où elle existe ne constitue pas un comportement restrictif.

L'on ne conteste pas vivement le fait que, si les acheteurs du produit clef paient un prix correspondant à leur évaluation intégrale de ce prix et si les prix demandés par les fournisseurs concurrents du produit lié sont fournis, les ventes liées n'offrent pas d'avantages supplémentaires¹⁰⁴. Le rétablissement de la théorie du levier prend la forme de démonstrations selon lesquelles, dans certaines circonstances, les ventes liées peuvent désavantager les fournisseurs concurrents du produit lié, ce qui confère au monopoleur sur le marché du *produit clef* un avantage durable sur le marché du *produit lié* (d'où le terme « levier »). La simple application d'un ancien lien ne produira pas ce résultat. Premièrement, il doit exister un engagement convaincant envers le lien. Cela signifie que le lien n'est pas facilement réversible en vertu d'un blocage technique (par exemple, les fichiers partagés par Microsoft Explorer et Windows 95) ou qu'il est rentable en soi, comme moyen de discrimination par les prix. Deuxièmement, le lien doit, d'une façon ou d'une autre, désavantager les concurrents sur le marché du produit lié. Cet inconvénient peut résulter d'une augmentation des coûts en raison des déséconomies issues d'une production à plus petite échelle ou d'un déplacement moins rapide sur la courbe d'expérience. Les concurrents sur le marché du produit lié peuvent également être désavantagés à la suite des effets de réseau (si, par exemple, les ordinateurs utilisant Netscape ne pouvaient pas communiquer avec ceux employant Explorer). Il n'a pas été déterminé si les conditions requises pour garantir un effet de levier efficace sont couramment rassemblées.

Les ventes liées dans la Loi sur la concurrence

Les dispositions pertinentes de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence* se lisent comme suit :

« ventes liées »

- a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit «clef»), que ce client :
 - (i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,
 - (ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;
- b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir

¹⁰⁴ Slade (1996) démontre que ce qu'elle appelle une « forme faible » de levier est rentable. En appliquant cette forme de levier, le monopoleur n'interdit pas l'accès au marché du produit lié. Les ventes liées sont plutôt utilisées pour extirper un surplus supplémentaire des acheteurs du produit clef. Si l'on applique l'exemple ci-dessus, la valeur du produit A établie par le client est V_A , mais le monopoleur A demande un prix de monopole simple P_A , d'où le surplus de consommateur S_A . Dans ces circonstances, le client accepte un lien et achète le produit B du monopoleur A à un prix supérieur au prix concurrentiel de B, dans la mesure où la prime qu'il verse pour ce produit (en fait, le surplus qu'il perd sur le produit B) est inférieur à S_A . Il subsiste le cas où le monopoleur A ne peut exiger plus que V_A de son client. Cette question est analysée par Burstein (1960).

le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché;

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur le marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché;

c) soit sur le marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

(3) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que la limitation du marché, en étant pratiquée par un important fournisseur d'un produit ou très répandue à l'égard d'un produit, réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence à l'égard de ce produit, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de se livrer désormais à la limitation du marché et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir ou favoriser la concurrence à l'égard de ce produit.

(4) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par le présent article, lorsque, à son avis :

a) l'exclusivité ou la limitation du marché est ou sera pratiquée uniquement pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit;

b) les ventes liées qui sont pratiquées sont raisonnables compte tenu de la connexité technologique existant entre les produits qu'elles visent;

c) les ventes liées que pratique une personne exploitant une entreprise de prêt d'argent ont pour objet de mieux garantir le remboursement des prêts qu'elle consent et sont raisonnablement nécessaires à cette fin,

et, aucune ordonnance rendue en vertu du présent article ne s'applique en ce qui concerne l'exclusivité, la limitation du marché ou les ventes liées entre des personnes morales, des sociétés de personnes et des entreprises unipersonnelles qui sont affiliées.

D'après la définition de la *Loi sur la concurrence*, les liens englobent les cas où un client doit acheter le produit lié pour obtenir le produit clef et où de meilleures conditions incitent le client à acheter le produit lié au vendeur du produit clef. La situation où le client est tenu, plutôt qu'incité, d'acheter le produit lié au vendeur du produit clef est parfois appelée lien abusif ou coercitif. Comme l'indique l'analyse ci-dessous, cette distinction est quelque peu artificielle. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portent sur l'entrave à la concurrence sur le marché du produit lié par des liens coercitifs ou par des liens incitatifs non justifiés au plan des coûts.

Les ventes liées dans le mémoire du Bureau de la concurrence au Groupe de travail

Dans son mémoire au Groupe de travail, le Bureau de la concurrence reprend le point de vue qu'il défend depuis longtemps, à savoir que les ventes liées peuvent être concurrentielles ou anticoncurrentielles. Par conséquent, l'interdiction *per se* (« une interdiction universelle ») n'est pas justifiée. La vente liée est anticoncurrentielle si elle exclut d'un marché les concurrents en place ou les concurrents potentiels. Elle est concurrentielle si elle facilite la réalisation d'économies de diversification ou si elle réduit les frais d'opération. Le Bureau donne l'exemple d'économies de diversification dans le cadre de la vérification de la solvabilité. Une fois la solvabilité établie, par exemple en rapport avec une opération hypothécaire, il ne serait peut-être pas nécessaire de l'établir à nouveau à l'égard d'un prêt à la consommation ou d'une autre opération. Le prix demandé pour la deuxième opération est inférieur, vu que la première a été exécutée. Il n'existe pas de lien dans ce cas, mais le client est incité à acheter le deuxième (ou le troisième) produit au vendeur du premier.

Des économies de diversification seraient également réalisées si les banques devaient utiliser leurs listes de clients ou leurs dossiers de dépôts pour vendre de l'assurance ou d'autres produits (marketing jumelé). Dans ce cas, le lien ou incitatif n'est pas nécessaire et les articles 77 et 79 ne s'appliqueraient pas. Les banques utiliseraient simplement leurs dossiers pour cibler plus efficacement leurs stratégies de marketing. Cette démarche n'est pas inhabituelle. Aux trois mois, mon assureur automobile m'informe de la grande qualité de ses polices d'assurance habitation. Si un problème de protection des renseignements personnels surgit, il peut être réglé par contrat ou, si c'est absolument nécessaire, au moyen de la loi sur la protection des renseignements personnels. Une banque pourrait également offrir inconditionnellement de l'assurance à rabais, tout en reconnaissant pleinement que les clients attirés par des primes d'assurance alléchantes (ou des conditions favorables pour tout service financier important) peuvent également s'adresser à cette banque pour obtenir certains autres services (à marge plus élevée). C'est évidemment ce que font les supermarchés et cette situation ne serait pas prise en compte à l'article 77¹⁰⁵. Toutefois, si une banque offrait de l'assurance à prix réduit à ses déposants, à condition qu'ils maintiennent un certain niveau de dépôt, ou si mon assureur automobile m'offrait un rabais sur une police d'assurance automobile et habitation groupée, il s'agirait d'un incitatif, et l'article 77 s'appliquerait. Le mémoire laisse donc à entendre que le Bureau ne se préoccupe pas d'un incitatif à coût justifié et qu'en fait, il ne détesterait pas une

¹⁰⁵ Elle pourrait être prise en compte en vertu de l'alinéa 50(1)c) si le prix actualisé du produit était fixé en-deçà du prix coûtant et si cette situation entraînait l'élimination d'un concurrent.

réduction quelconque de la capacité des entreprises du secteur financier d'offrir de tel incitatif. Le Bureau pourrait estimer que la justification des coûts est une condition nécessaire de la défense d'un incitatif. Cette question devra être analysée de façon plus détaillée.

Le Bureau fait remarquer que les ventes liées constituent une pratique examinable en vertu des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*. Il n'aborde pas la question à savoir si cette mesure de redressement est efficace ou si une protection supplémentaire, comme celle qui existe dans la loi dite *Bank Holding Company Act*, aux États-Unis, est nécessaire¹⁰⁶. Il n'examine pas non plus la question des actions privées ou de l'adjudication de dommages-intérêts. Bon nombre des affaires de ventes liées aux États-Unis portent sur des actions privées.

Le Bureau admet qu'une partie du problème perçu au sujet des ventes liées a trait non pas à la concurrence, mais à la protection des consommateurs. Ces derniers peuvent être induits en erreur pour ce qui est du prix ou de la qualité du produit, ou des conditions de vente sur les marchés les plus concurrentiels. Comme le fait remarquer White (1995, 1996), les banques et d'autres prêteurs, les sociétés d'assurances et les agences de location d'automobiles se trouvent dans une situation particulière en vertu de laquelle on pourrait les obliger de refuser d'offrir un service à certains clients. Cette situation pourrait entraîner chez certains clients une perception de coercition, et elle accorde une grande valeur à la divulgation de renseignements en bonne et due forme¹⁰⁷. La question de savoir si les lois sur la protection du consommateur sont suffisantes à cet égard doit être étudiée par d'autres intervenants.

Le Bureau omet de mentionner l'un des motifs les plus courants des ventes liées. Il n'est pas le seul à le faire à cet égard. Les ventes liées ne portent pas habituellement sur l'exclusion du marché. Les entreprises qui effectuent des ventes liées détiennent habituellement de très faibles parts du marché du produit lié et elles n'ont aucun espoir d'exercer un monopole sur ce produit. Il est très difficile de respecter les conditions applicables à une exclusion efficace. Les ventes liées portent habituellement sur la discrimination par les prix. Ce point de vue est très répandu. Il est courant dans les secteurs comptant un grand nombre de concurrents et dans ceux où on en dénombre peu. Les conséquences des ventes liées sur le bien-être sont ambiguës. Les ventes liées peuvent améliorer le bien-être de façon très indépendante des autres économies de diversification potentielles. Elles peuvent réduire le bien-être même si elles n'entraînent pas l'exclusion d'un marché. Dans la plupart des cas, il est très difficile de déterminer si un accord particulier de ventes liées ou de groupage est susceptible d'augmenter ou de réduire le bien-être.

Il n'existe absolument aucun argument en faveur d'une interdiction *per se* des accords de ventes liées ou de groupage. Le Bureau formule cette observation. La plupart des chercheurs spécialisés dans les mesures antitrust appuient une démarche fondée sur la règle de raison. L'article 77 abonde dans le même sens. La jurisprudence aux États-Unis évolue constamment en ce sens. Même la démarche actuelle fondée sur la règle de raison restreint probablement trop les accords de ventes liées. La plupart des ventes liées sont tout simplement incompatibles avec la

¹⁰⁶ Les dispositions empêchant les ventes liées dans la loi dite *Bank Holding Company Act* sont décrites à la section VIII.

¹⁰⁷ Les clients non solvables pourraient également invoquer stratégiquement les lois antitrust dans le but d'obliger les banques ou d'autres prêteurs à leur consentir des prêts.

justification de l'exclusion du marché. La plupart des analyses fondées sur la règle de raison assimilent le préjudice aux concurrents au préjudice à la concurrence. Si ces analyses insistaient sur la discrimination par les prix, comme elles devraient le faire, elles ne seraient pas concluantes au chapitre des conséquences sur le bien-être et pourraient être contestées encore moins fréquemment qu'elles ne le sont à l'heure actuelle.

La notion de vente liée abusive

En juin 1997, la *Loi sur les banques* a été modifiée pour interdire à ces dernières d'exercer des pressions indues sur un client pour que celui-ci achète un produit ou un service à ces institutions, aux personnes qu'elles désignent ou aux autres membres de leur groupe comme condition d'obtention d'un prêt. Dans certains milieux, cette pratique est appelée lien coercitif ou abusif. Elle est dissociée de l'incitation d'un client à obtenir un deuxième produit de la banque en offrant des conditions plus favorables au sujet d'un prêt et de l'incitation à obtenir un prêt en offrant des conditions plus favorables à l'égard d'un autre produit de la banque. Cette disposition n'est pas encore en vigueur.

Cette disposition diffère à certains égards de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*. Deux des plus importantes différences se résument ainsi : (1) la nouvelle disposition de la *Loi sur les banques* n'exige pas qu'une vente liée exerce des conséquences anticoncurrentielles; (2) elle autorise les ventes liées par incitation. Musgrove (1997) se demande de quelle façon ces deux dispositions se rattacheront l'une à l'autre et si l'article 77 continuera de s'appliquer aux banques lorsque la disposition de la *Loi sur les banques* en matière de ventes liées sera promulguée.

Nous nous opposons tous à l'abus et à la coercition. Toutefois, la notion de ventes liées par coercition est quelque peu vide de sens. Comment pourrait-on remplacer les ventes liées? Comme forme de discrimination par les prix, la vente liée est avantageuse pour certains clients et désavantageuse (coercitive?) pour d'autres. Tout compte fait, elle pourrait accroître la participation sur le marché (en permettant des opérations qui ne seraient pas autorisées en l'absence d'une vente liée) ou la réduire. La *Loi sur les banques* définit manifestement les cas où des personnes doivent acheter un ensemble de services qu'ils n'accepteraient pas de plein gré à titre de vente liée abusive. Il existe un grave malentendu dans ce cas. La solution de remplacement ne réside habituellement pas dans la fixation du prix des produits à leur coût marginal. L'interdiction des ventes liées n'élimine pas le pouvoir discrétionnaire du vendeur en matière de fixation de prix. Ce pouvoir demeure et il continuera d'être exercé d'autres façons. À défaut de ventes liées, le prix du produit clef correspondra vraisemblablement au prix de monopole simple ou s'en approchera le plus possible. Si les ventes liées sont autorisées, le prix du produit clef qui permet d'optimiser le bénéfice est inférieur, mais le prix du produit lié est supérieur. Ensemble, le produit lié et le produit clef peuvent être plus ou moins coûteux qu'en l'absence d'une vente liée. Il se peut que la vente liée augmente ou non le bien-être.

Dans une affaire portant précisément sur le groupage, les composantes de l'ensemble ne sont pas vendues séparément. Il n'existe pas de point repère observable qui permette de déterminer leurs prix si les produits n'étaient pas groupés, mais la somme des prix qui permettent d'optimiser le bénéfice de chaque composante pourrait facilement dépasser le prix de l'ensemble qui favorise l'optimisation du bénéfice. Dans le cas d'un groupage mixte, les composantes sont vendues

séparément et dans un ensemble, mais il en coûtera plus cher pour les acheter séparément. Les consommateurs achètent l'ensemble « de plein gré ». Le prix de chaque composante est fixé de manière à extraire le surplus des consommateurs à grande valeur (utilisateurs qui apprécient grandement l'une des composantes, mais qui accordent peu de valeur aux autres) qui décident eux-mêmes de les acheter. Les personnes qui n'achètent qu'une composante seraient gagnantes si le groupage était interdit. Ceux qui achètent les produits groupés seraient perdants. Confrontée à cette ambiguïté, la politique de concurrence ne devrait pas s'appliquer.

Dans une incitation avantageuse mais équivoque, les prix des produits vendus séparément et dans un ensemble tiennent compte des coûts relatifs; le prix des produits de l'ensemble est moins élevé en raison des économies liées à l'unification de la production ou de la distribution. Le prix d'un ensemble fixé au-delà de la somme des prix des produits séparés pourrait quand même être intéressant pour les clients s'il réduit les frais de recherche et d'opération.

Une incitation pourrait être considérée comme abusive si les marges bénéficiaires rattachées aux coûts sont plus importantes pour les prix des articles séparés qu'elles ne le sont pour ceux des articles groupés. Les clients sont « forcés » d'acheter l'ensemble en raison du prix « artificiellement » élevé de ses composantes. Mais il s'agit là du fondement de la discrimination par les prix. Les clients font part de leur empressement à payer en choisissant l'ensemble ou certaines de ses composantes. Les marges bénéficiaires sur des forfaits de vacances sont moins élevées que celles qui se rapportent aux voyages et à l'hébergement vendus séparément parce que les clients qui recherchent des services de transport et d'hébergement présentent une plus grande élasticité (un moins grand empressement à payer) que ceux qui ne recherchent que l'hébergement ou le transport. Ce type d'incitation n'est pas fondé sur les coûts, pas plus qu'il n'est anticoncurrentiel ou qu'il ne réduit nécessairement le bien-être.

Le groupage pur et simple, en vertu duquel le client est obligé d'acheter au moins deux produits séparés dans un ensemble et est empêché de les acheter séparément, pourrait être considéré comme abusif. Il convient de se demander par rapport à quoi. Les prix des produits séparés ne sont pas observables. Si le vendeur était obligé de fixer des prix pour les produits séparés, leur somme ne serait pas nécessairement inférieure au prix demandé pour l'ensemble. Certains clients en tireraient un avantage, mais d'autres n'en profiteraient pas et d'autres encore seraient évincés du marché en raison des prix.

Une vente liée visant un produit complémentaire aux fins de mesure pourrait être considérée comme abusive, car le client est obligé d'acheter le produit lié à un prix supérieur au prix demandé par d'autres intervenants. Encore une fois, on se demande quelle est la solution. Il ne s'agit pas simplement d'interdire les ventes liées. Celles-ci pourraient être remplacées par une certaine forme de mesure ou de redevance courante. Du point de vue du client, cette solution ne serait pas différente, sauf qu'elle pourrait être plus coûteuse pour le client et le vendeur au plan de l'administration. Si aucune solution du genre n'était possible, le vendeur n'aurait d'autre choix que d'augmenter le prix du produit clef. La situation des grands utilisateurs serait plus avantageuse, mais sûrement pas celle des utilisateurs moins fréquents.

Certains pourraient considérer comme abusive une vente liée comportant des substituts. Encore une fois, l'acheteur du produit clef est obligé d'acheter le produit lié à un prix supérieur à celui

fixé par un autre fournisseur. On peut encore se demander quelle est la solution. À l'analyse de ce cas, on suppose qu'en l'absence de la vente liée, le produit clef serait vendu à son prix de monopole simple. Dans le cadre d'une vente liée, le vendeur constatera qu'il est rentable de réduire le prix du produit clef de sorte que les marges bénéficiaires sur le produit clef et sur le produit lié soient les mêmes. Le prix total d'une certaine quantité du produit clef et du produit lié pourrait augmenter ou diminuer. S'il diminue, la situation du client est plus avantageuse. S'il augmente, la situation du client est pire qu'avant, mais ses pertes peuvent être moins élevées que l'augmentation du bénéfice du vendeur de sorte que la situation de la société en général (le vendeur et le client) est plus avantageuse.

Il convient fondamentalement de se rappeler que les ventes liées ou le groupage peuvent constituer la pire solution de rechange, sauf pour tous les autres intervenants et que, de toute manière, les autres solutions ne sont souvent pas observables. Il est préférable d'utiliser des indices structurels. Une vente liée imposée par un vendeur sans pouvoir de marché ne peut être abusive. Une vente liée ne peut être abusive si le vendeur du produit clef détient une faible part du marché du produit lié.

Analyse des ventes liées aux États-Unis

Les ventes liées en vertu de la loi antitrust des États-Unis

Les ventes liées sont en soit illégales en vertu de l'article 1 de la loi dite *Sherman Act* (pratiques commerciales restrictives), de l'article 3 de la loi dite *Clayton Act*, de l'article 5 de la loi dite *Federal Trade Commission Act* et, dans le cas des banques, de l'article 106 de la loi dite *Bank Holding Company Act*. La *Clayton Act* ne s'applique qu'aux produits. Les accords de ventes liées portant sur des services doivent être assujettis aux dispositions de la loi dite *Sherman Act*. Même si elles étaient différentes à une époque, les exigences visant à démontrer qu'une vente liée est anticoncurrentielle en vertu de l'une ou l'autre de ces lois sont maintenant considérées comme insaisissables. Bien que les ventes liées demeurent en soi une infraction, les tribunaux des États-Unis les envisagent d'après la règle de raison. Cette démarche mixte est considérée comme insatisfaisante par une minorité de la Cour suprême, mais ce point de vue n'a pas encore été admis.

Quatre exigences permettent de déterminer l'illégalité en soi (*per se*). Premièrement, les produits clefs et liés doivent être deux produits distincts. Deuxièmement, les deux produits doivent être liés. Troisièmement, le vendeur doit détenir un pouvoir économique sur le marché du produit clef. Quatrièmement, la valeur des échanges du produit lié ne doit pas être négligeable. L'exigence selon laquelle le vendeur doit détenir un pouvoir économique sur le marché du produit clef était souvent superficielle. Par exemple, dans une affaire entendue en 1969, il a été décidé que United States Steel détenait un pouvoir économique du fait qu'elle accordait du crédit (les produits liés étaient des maisons préfabriquées) même si le tribunal a admis que son pouvoir sur le marché du crédit était bien loin de correspondre à une dominance (et c'est peu dire) et qu'il

n'avait existé que pour certains de ses clients¹⁰⁸. Essentiellement, l'exigence en matière de pouvoir économique a été réputée respectée par la seule existence d'une vente liée à laquelle s'opposaient certains clients.

Ces dernières années, les critères relatifs à l'établissement d'une infraction *per se* ont été resserrés. Premièrement, les critères d'existence d'un pouvoir économique sur le marché du produit clef sont devenus plus rigoureux et plus exigeants. Depuis l'affaire *Jefferson Parish* (1984), le demandeur doit prouver que le défendeur détient au moins 30 % du marché pertinent du produit clef pour déclarer qu'une vente liée est illégale *per se*.

Deuxièmement, les défenses fondées sur la justification commerciale (comme le lancement d'un nouveau produit) ont été admises comme des défenses affirmatives ou ont été utilisées pour appuyer des conclusions selon lesquelles les deux produits en question ne sont pas des produits distincts. Par exemple, un argument voulant qu'une vente liée améliore la qualité du produit et qu'elle est donc concurrentielle peut être utilisé pour réfuter une allégation d'illégalité *per se*. Les effets concurrentiels et anticoncurrentiels de la vente liée s'équilibreraient dans un critère fondé sur la règle de raison.

Troisièmement, on a noté une tendance selon laquelle les tribunaux exigent des preuves d'exclusion anticoncurrentielle du marché du produit lié à la suite d'une vente liée pour établir l'illégalité *per se*. Dans un cas, le demandeur a été appelé à prouver l'existence d'une importante possibilité que le vendeur du produit clef acquerra un pouvoir sur le marché du produit lié à la suite de la vente liée. Cette démarche constitue un progrès considérable par rapport à l'exigence antérieure, c'est-à-dire que la vente liée influe seulement sur une quantité non négligeable du volume des échanges.

Ventes liées en vertu de la Bank Holding Company Act

L'article 106 de la *Bank Holding Company Act* (BHCA) interdit à une banque de consentir un crédit à condition que le client : (1) obtienne du crédit ou un autre bien ou service à crédit de la banque, à l'exception d'un prêt, d'un rabais, d'un dépôt ou d'un service de fiducie; (2) obtienne du crédit, un bien ou un service d'une société de portefeuille bancaire de la banque ou d'une autre filiale de la société de portefeuille bancaire; (3) fournisse du crédit, un bien ou un service à la banque, « à l'exception de ceux qui ont trait à un prêt, un dépôt à rabais ou un service de fiducie et qui sont habituellement fournis à leur égard »; (4) fournisse du crédit, un bien ou un service à une société de portefeuille bancaire ou à sa filiale, qu'il soit ou non rattaché au prêt ou qu'il soit habituellement fourni à son égard; (5) n'obtienne pas d'autre crédit, bien ou service d'un concurrent de la banque, d'une société de portefeuille bancaire ou de sa filiale, sauf s'il s'agit d'une condition ou d'une exigence imposée raisonnablement par la banque dans une opération de crédit pour déterminer la solvabilité. Par définition, une banque est une institution financière qui accepte les dépôts à vue et qui consent des prêts commerciaux.

¹⁰⁸ Cette conclusion a par la suite été annulée dans le cadre d'un pourvoi devant la Cour suprême.

Quiconque a subi un préjudice à la suite d'une infraction à l'article 106 peut tenter une poursuite pour dommages au montant triplé et pour obtenir des mesures de redressement par voie d'injonction. Le consentement de crédit englobe les engagements de prêt, l'abstention de percevoir un prêt en souffrance et le refinancement d'un prêt en cours. Selon diverses interprétations, l'article 106 permet toute condition qui accroît d'une certaine façon la sécurité du prêteur.

Les poursuites en vertu de l'article 106 diffèrent considérablement de celles intentées en vertu de la *Sherman Act* et de la *Clayton Act* au sujet du fardeau que cette article impose au demandeur. Ce dernier n'est pas tenu de prouver que la banque qui pratique la vente liée détient un pouvoir sur le marché clef ou que le volume d'échanges est important. Il semble que le Congrès voulait éviter une analyse complète des mesures antitrust. Pour déterminer la présence d'une infraction *per se*, le demandeur doit prouver, en vertu de la BHCA, que la vente liée en question profite à la banque sans que sa sécurité comme prêteur ne soit accrue ou qu'elle donne lieu à une concurrence déloyale ou qu'elle réduit la concurrence. Une preuve d'effet anticoncurrentiel est suffisante, mais elle n'est pas nécessaire sans quoi elle affaiblirait considérablement les pouvoirs prévus par la loi.

Les économistes ont mis en doute la nécessité de l'article 106 et ont soutenu que l'application de l'article 3 de la *Clayton Act* aux banques accorderait une protection suffisante aux emprunteurs. White (1995) fait remarquer que dans un contexte concurrentiel, les vendeurs recherchent les groupements de produits qui sont les plus susceptibles de gagner l'estime de leurs clients. Ce résultat dépend, entre autres, des préférences des clients, des coûts relatifs, de la compétence de la direction et des technologies disponibles. Il se peut que ces produits groupés ne conviennent pas à tous les clients potentiels, mais sur un marché concurrentiel, un groupement de produits qui n'attire pas un nombre suffisant de clients est retiré du marché. White déclare ensuite que les marchés bancaires locaux des États-Unis sont suffisamment concurrentiels pour qu'aucune banque ne puisse imposer efficacement une vente liée qui ne viserait pas l'intérêt de l'ensemble de ses clients. On peut imaginer que les banques actives sur un marché local donné pourraient imposer collectivement une vente liée qui obligerait les déposants à leur acheter un service financier particulier et qui exclurait donc de ce marché les fournisseurs de ce service qui ne sont pas des banques. White soutient que les accords collusoires en matière de ventes liées ont été extrêmement rares, ce qui pourrait constituer un indice de la difficulté de conclure et d'appliquer des accords du genre.

White admet que même dans un marché concurrentiel, une banque peut tenter d'exploiter ses clients en les obligeant à acheter des groupes de services financiers qu'ils ne se procureraient pas dans d'autres circonstances. Certains clients peuvent délaissier la banque, mais d'autres estimeront que le jeu n'en vaut pas la chandelle. Il s'agit d'une forme d'« opportunisme fondée sur la clientèle installée », qui fait l'objet d'une discussion plus détaillée ci-dessous. Bien qu'un établissement bancaire ou le vendeur d'un autre produit ou service puisse profiter à court terme de l'exploitation des clients qui se sont engagés envers lui, il aurait beaucoup de difficulté à recruter de nouveaux clients s'il se bâtissait une réputation d'exploiteur. Il serait certainement à l'avantage d'au moins quelques concurrents de garantir qu'ils ne modifieront pas les conditions acceptées par les clients. De toute manière, le vendeur a bien d'autres moyens à sa disposition, à l'exception des ventes liées, pour exploiter les clients qui se sont engagés, et vice versa. Parmi

les exemples courants, mentionnons le non-respect des déclarations portant sur le service après vente. L'élément essentiel réside dans le fait qu'il s'agit de problèmes contractuels et non de problèmes antitrust.

L'article 106 n'exige pas que la banque en question prouve qu'elle détient un pouvoir sur le marché du produit clef ou que la vente liée réduit la concurrence sur le marché du produit lié. Il invoque une mesure de redressement antitrust (dommages au montant triplé) pour sanctionner le fait que la concurrence ait été ramenée à un problème contractuel. White déclare (1995, p. 32) que [TRADUCTION] « [...] presque toutes les poursuites intentées en vertu de l'article 106 émanaient d'emprunteurs mécontents ou d'emprunteurs éventuels : ceux qui ont manqué aux conditions de leur prêt, ceux qui ont fait restructurer leur prêt et ceux dont la demande de crédit a été rejetée. »

White estime que l'article 106 a probablement empêché les banques d'offrir des groupes de services efficaces et attrayants pour les consommateurs de peur qu'une banque ou une institution non bancaire concurrente n'intente contre elles une poursuite en dommages au montant triplé. Le groupage constitue un mécanisme particulièrement utile lorsqu'une partie à une opération ne possède pas tous les renseignements au sujet de l'autre. Comme il est mentionné ci-dessus, les ventes liées constituent un moyen de paiement conditionnel. La vente liée ne profite au vendeur que si le produit clef offre une valeur à l'acheteur. Ce mécanisme est utile dans le cas de nouvelles technologies, de même que pour des opérations financières, par exemple, en permettant à un prêteur de prendre part à la partie avantageuse d'une transaction de prêt, ce qui aurait pour effet de réduire le problème d'agence lié à l'emprunt. Les prêteurs et les emprunteurs ne doivent pas être empêchés d'établir des rapports mutuellement avantageux.

Ventes liées au Canada

Deux affaires de ventes liées ont été contestées au Canada. Une autre affaire (*Digital*) a été réglée après que l'entreprise se fut engagée, en 1992, à dégroupier ses services. Dans la première affaire contestée, le directeur a demandé et obtenu une ordonnance obligeant le Bureau of Broadcast Measurement (BBM) de dégroupier la vente de cotes d'écoute de radio et de télévision en 1981. Cette demande a été formulée en vertu des dispositions de la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*, le prédécesseur de la *Loi sur la concurrence*. La deuxième affaire de vente liée a trait à Télé-Direct. Cette affaire est décrite ci-après.

Télé-Direct

Le Tribunal de la concurrence a rendu sa décision dans l'affaire *Télé-Direct* le 26 février 1997. Il a fallu deux ans pour rendre une décision. Cette affaire portait sur des allégations d'abus de position dominante et de ventes liées. La présente analyse porte sur les allégations de ventes liées. Le directeur a prétendu que Télé-Direct groupait la vente de services de conception et de disposition de publicité et la vente d'espaces publicitaires dans ses annuaires pour certaines catégories de clients, contrairement aux dispositions de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*. Le directeur a demandé une ordonnance pour exiger que Télé-Direct vende séparément de l'espace publicitaire et des services publicitaires, c'est-à-dire permette aux agences de l'extérieur

de fournir de la publicité devant être insérée dans les annuaires de Télé-Direct. Le Tribunal a émis une ordonnance enjoignant Télé-Direct de dégroupier l'espace et les services publicitaires pour certaines catégories de clients.

Le Tribunal a consacré une grande partie de sa décision à la définition du marché du produit. Il conclut que la publicité dans les annuaires téléphoniques représente un marché de produit pertinent. En ce qui touche les allégations de ventes liées, le marché de l'espace publicitaire dans les annuaires et celui des services publicitaires constituaient toutefois les deux marchés pertinents. Le Tribunal n'a pas défini le produit et n'a pas analysé de façon systématique le marché des services publicitaires (Wong, 1997 ¶.58; Musgrove et Edmonstone, 1997, pp. 30-31). Par conséquent, peu d'éléments justifient la conclusion que la vente liée a sensiblement réduit la concurrence au chapitre de l'offre du produit lié (services publicitaires).

Le Tribunal a conclu, d'après la part du marché de Télé-Direct et l'existence d'entraves à l'accès, que cette entreprise détenait un pouvoir de marché au chapitre de l'offre de services publicitaires dans les annuaires et probablement de celui de l'espace publicitaire. Cette conclusion est suffisante, mais non nécessaire, pour satisfaire à l'exigence du « fournisseur important » énoncée à l'article 77. La deuxième exigence voulait que le produit clef et le produit lié soient deux produits. Le critère énoncé par la Cour suprême des États-Unis à cet égard porte sur le fait que le produit lié est un produit distinct si la demande autonome de ce produit est viable. Le Tribunal a conclu que l'espace publicitaire et les services publicitaires étaient deux produits, car les principaux annonceurs préféraient acheter leurs services publicitaires à des agents ou à des conseillers, plutôt qu'à Télé-Direct. Comme le fait remarquer Wong (1997, ¶.59), cette conclusion pose quelques problèmes. Il semble que les services publicitaires englobent l'effort de promotion des ventes. Toutefois, cette hypothèse sous-entend que le recours au personnel de vente de l'entreprise (intégration verticale) constitue une vente liée, ce qui n'est certainement pas le cas. En outre, la vente d'espace suppose que l'on indique aux clients éventuels la façon dont l'espace peut être utilisé. Les fonctions de vente et de conception sont essentiellement intégrées.

Les clients de moindre envergure n'étaient pas intéressés à s'adresser à des fournisseurs différents pour obtenir de l'espace et des services publicitaires et les agents indépendants ne voulaient pas non plus leur fournir des services publicitaires. Les clients les plus importants (clients nationaux et huit prétendus marchés) étaient déjà en mesure d'acheter séparément des services et de l'espace. Le Tribunal a jugé que cette question abaissait légèrement le seuil (envergure des clients) de dégroupement de l'espace publicitaire et des services publicitaires dans les annuaires. Il a conclu que les services publicitaires et l'espace dans les annuaires devaient être dégroupés dans le cas des clients qui annonçaient sur au moins six marchés. Le Tribunal a essentiellement décidé que les services publicitaires et l'espace dans les annuaires constituaient deux produits pour les catégories de clients auxquelles s'intéressaient les agents indépendants.

En vertu de l'article 77, une vente liée doit avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence sur le marché du produit lié pour qu'une ordonnance soit rendue. On prétend habituellement qu'une vente liée réduit la concurrence sur le marché du produit lié en excluant de ce marché les autres fournisseurs. Les nouveaux concurrents pourraient alors être empêchés de s'implanter sur ce marché ou les coûts des concurrents en place pourraient augmenter. La détermination de la question de savoir si ce scénario est susceptible de se concrétiser exige une

analyse de la structure du marché du produit lié, analyse à laquelle le Tribunal ne s'est pas livré. En fait, il n'aurait pu le faire parce qu'il n'avait pas défini le marché du produit lié. Musgrove et Edmonstone (1997) estiment que, si le Tribunal avait exécuté l'analyse requise, il aurait conclu que le marché des services publicitaires ne se limite pas à la fourniture de la publicité pour les annuaires téléphoniques, mais qu'il est beaucoup plus vaste et qu'il est probablement aussi (relativement) facile à pénétrer. Par conséquent, la part du marché du produit lié détenue par Télé-Direct était probablement faible et l'entreprise n'était pas en mesure de limiter la concurrence sur ce marché. En fait, il est permis de douter de la théorie de l'effet de levier même sans une analyse du marché du produit lié. Si Télé-Direct avait l'intention d'intensifier son pouvoir de monopole sur le marché de l'espace dans les annuaires vers celui des services publicitaires, n'aurait-elle pas insisté pour grouper tous les services plutôt que de ne pas grouper les services les plus importants et probablement les plus lucratifs?

Plutôt que d'analyser les conséquences de la vente liée sur la concurrence dans le marché des produits liés, à plus forte raison pour le bien-être économique, le Tribunal a tout simplement comparé la valeur de la publicité dans les annuaires qui, à son avis, *aurait dû être* assortie d'une commission (dégrouper) s'établissant à 19 millions de dollars et la valeur de la publicité dans les annuaires qui était déjà assortie d'une commission représentant 30 millions de dollars. De l'avis du Tribunal, le marché global sur lequel les agents auraient dû être autorisés devait s'élever à 49 millions de dollars mais elle n'était que de 30 millions de dollars, ce qui a constitué une réduction sensible de la concurrence. En soulignant l'ampleur des ventes qui auraient dû être dégroupées plutôt que de définir le marché des services publicitaires et d'analyser les conséquences de la vente liée sur la concurrence dans le marché visé, le Tribunal semble avoir adopté la démarche des États-Unis, qui exige simplement que la vente liée influe sur un volume important des échanges entre les États.

L'ordonnance rendue par le Tribunal dans l'affaire *Télé-Direct* enjoignait à cette dernière de dégroupier la vente de l'espace publicitaire et des services publicitaires dans les annuaires pour les annonceurs qui plaçaient des annonces dans au moins six marchés (annuaires). Le Tribunal a refusé de fixer des tarifs pour l'espace et les services publicitaires parce qu'il est bien établi qu'il n'est pas un organisme de contrôle des prix. Il estimait que Télé-Direct pourrait se conformer à l'ordonnance en versant aux agents indépendants qui offrent les nouveaux services dégroupés la même commission de 15 % qu'il accordait aux agents se chargeant des produits de plus grande envergure qui étaient déjà dégroupés. Si tous les services visés par l'ordonnance étaient finalement pris en charge par les agents, les commissions se chiffraient annuellement à 2,85 millions de dollars.

Opportunisme fondé sur la clientèle installée

Pertinence par rapport aux services financiers

On prétend que les consommateurs de services financiers ne marchandent pas ou ne connaissent pas le coût du cycle de vie des contrats qu'ils signent. Ils ne s'aperçoivent peut-être pas que certains services sont groupés et que ce groupement leur coûte plus cher. Le coût de l'information est élevé sur le marché des services financiers. Les consommateurs ignorent

peut-être que des produits de rechange non groupés sont mis à leur disposition. Il se peut également que les consommateurs de services financiers fassent le tour du marché au départ pour obtenir le meilleur produit, mais lorsqu'ils arrêtent leur choix, ils sont bloqués dans une relation avec le fournisseur de services financiers et deviennent des proies pour la pratique de l'opportunisme. Évidemment, ce risque est mutuel et bon nombre des mesures appliquées par les prêteurs sont conçues pour empêcher les emprunteurs de pratiquer l'opportunisme.

Principale affaire aux États-Unis : Kodak

Kodak a lié l'achat de services de réparation à l'achat de pièces Kodak pour ses photocopieurs. Les OSI lui ont intenté une poursuite. Kodak a opté pour un jugement sommaire parce qu'elle ne détenait pas de pouvoir sur le marché des photocopieurs et que, par conséquent, les exigences d'une infraction *per se* n'étaient pas respectées. Le tribunal de première instance a accueilli la requête de jugement sommaire présentée par Kodak. La décision a été renversée par la cour d'appel, puis confirmée par la Cour suprême sous prétexte que Kodak détenait un pouvoir de marché pour la fourniture de pièces Kodak destinées aux photocopieurs Kodak. L'affaire a par la suite été présentée à un procès et les OSI se sont vu adjuger une somme de près de 75 millions de dollars en dommages au montant triplé. Cette décision est actuellement portée en appel.

La décision de la majorité de la Cour suprême, à savoir qu'une entreprise peut détenir un pouvoir de marché sur des pièces de rechange même si elle ne détient pas de pouvoir de marché sur le marché d'un produit principal, a prêté à controverse. À cet égard, la minorité dissidente de la Cour suprême a formulé certaines observations qui revêtent une importance générale pour la politique de concurrence et qui sont intimement liées aux craintes soulevées au sujet du comportement du secteur des services financiers, et des banques de l'annexe I en particulier, en matière de ventes liées.

La minorité de la Cour suprême a fait remarquer que, si Kodak avait groupé ses pièces et services avec l'achat du matériel d'origine, aucun problème antitrust ne se serait posé au départ parce qu'il n'existait pas de pouvoir de marché à l'égard du produit clef. Le problème antitrust perçu a surgi parce que Kodak a groupé le service et les pièces et qu'elle a été perçu comme détenant un pouvoir de marché parce que la fourniture de pièces Kodak constituait un monopole. La minorité a noté l'incongruité d'une situation dans laquelle l'exclusion des OSI dès le départ constitue un lien juridique (ou au moins non illégal *per se*), tandis que l'autorisation d'OSI et leur exclusion ultérieure sont illégales.

Si, à la date d'accès au marché du matériel de microfilmage et de photocopie, Kodak avait inclus une garantie à vie sur les pièces et le service dans tout son équipement d'origine, ou si elle avait demandé aux consommateurs d'acheter un contrat à vie sur les pièces et le service avec chaque machine, ce groupement de matériel, de pièces et de service constituerait sans aucun doute une vente liée en vertu des critères énoncés dans l'affaire *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 c. Hyde*. Néanmoins, Kodak aurait été protégée d'un examen *per se* en vertu des lois antitrust parce que le produit clef serait le *matériel*, marché sur lequel Kodak ne détient aucun pouvoir (nous supposons) susceptible d'influencer le prix ou la quantité. Le même résultat aurait été atteint, je crois, si Kodak (à la date de son accès au marché) avait appliqué uniformément une politique annoncée de limitation des ventes de pièces de la façon alléguée dans cette affaire, de sorte que

les clients auraient acheté le matériel en sachant que les pièces de rechange ne pouvaient être achetées qu'à Kodak. L'exclusion des intimés du marché de l'entretien des machines de microfilmage et de photocopie Kodak dans ces exemples serait incontestablement complète – aussi complète que l'exclusion décrite dans la plainte des intimés. Néanmoins, nous nous en tiendrons à nous demander si le *pouvoir de marché* de Kodak sur le marché du matériel a véritablement obligé les consommateurs à acheter des machines de microfilmage et des photocopieurs Kodak sous réserve de pratiques restrictives de cette société en matière de pièces de rechange. Dans la négative, l'affaire serait classée en ce qui touche la règle *per se*. Les conséquences préjudiciables visées par l'interdiction des ventes liées ne seraient tout simplement pas présentées. En vertu de la concurrence intermarque, Kodak serait impuissante et ne pourrait acquérir un pouvoir économique auprès d'une autre catégorie de consommateurs, pratiquer la discrimination par les prix en demandant à chaque client de payer un prix pour un « système » équivalant à la valeur économique du système pour ses consommateurs, ou imposer des entraves à l'accès sur les marchés du matériel intermarque.

Il est tout à fait anormal qu'un fabricant qui exerce son activité sur un marché concurrentiel du matériel soit exonéré de la règle *per se* lorsqu'il groupe du matériel avec des pièces et des services d'entretien, mais non lorsqu'il groupe des pièces avec le service d'entretien. Cette importante différence de traitement, qu'il est habituellement convenu d'appeler des phénomènes économiques semblables, suffit à elle seule à mettre en doute la décision rendue.

Bon nombre de clients déclarent peut-être qu'ils n'aiment pas les ventes liées, mais qui en connaissent l'existence lorsqu'ils ont effectué leurs achats; par ailleurs, d'autres possibilités s'offraient à eux à ce moment. Tous les contrats comportent des dispositions avantageuses et désavantageuses. La loi antitrust n'a pas pour but de nous permettre de nous soustraire aux dispositions des contrats que nous estimons accablantes. Il se peut que des clients n'aient pas vérifié le coût du cycle de vie du matériel qu'ils ont acheté ou qu'ils ne connaissent pas les concurrents qui offraient du matériel de rechange. La minorité de la Cour fait remarquer que la *politique antitrust n'est pas conçue pour le plus petit dénominateur commun des consommateurs qui ne magasinent pas* :

Comme le fait remarquer la Cour, certains consommateurs au comportement irrationnel ne tiennent compte que du coût du matériel au moment de l'achat (une catégorie qui englobe malheureusement le gouvernement fédéral dont le « système d'achat », nous a-t-on dit, attribue les achats de matériel neuf et de pièces de rechange à des entités différentes). Mais nous n'avons jamais présumé de l'application de la doctrine antitrust sur le plus petit dénominateur commun des consommateurs. (p. 6)

Les consommateurs peuvent raisonnablement ne pas connaître les coûts du cycle de vie des produits ou les solutions de rechange concurrentielles. La part du marché peut être moins sensible aux variations des prix en fin de période ou de la qualité du service¹⁰⁹. Les coûts

¹⁰⁹ Il est donc possible que l'application du critère du monopoleur hypothétique débouche sur des délimitations de marchés géographiques et de produit différents selon les marges auxquelles on suppose que le monopoleur hypothétique majorera les prix. Par exemple, une augmentation de prix (réelle) de 5 % découlant d'une majoration

d'information entraînent la constitution de bandes d'indifférence au prix, conférant ainsi un pouvoir discrétionnaire en matière de fixation des prix pour des marques individuelles. L'exercice de ce pouvoir se traduit généralement par des prix supérieurs au coût marginal, particulièrement dans tous les marchés à l'intérieur desquels les produits sont différenciés d'une quelconque façon (c'est-à-dire dans la plupart des marchés). L'exercice du pouvoir discrétionnaire de fixation des prix par des vendeurs particuliers sur des marchés de produits différenciés n'a jamais constitué une question antitrust. Il ne s'agit pas de l'exercice de pouvoir de marché au sens utilisé dans la politique antitrust :

La Cour tente de contrebalancer ce point de vue théorique par sa propre théorie. Elle déclare qu'il existe des « coûts d'information » (le coût et le désagrément que subissent les consommateurs pour acquérir et traiter les données sur les prix du cycle de vie des machines Kodak) qui [TRADUCTION] « pourraient créer un lien moins sensible entre les prix du service et des pièces et les ventes de matériel. » Mais ce truisme au sujet du fonctionnement des marchés du matériel complexe ne peut engendrer un « pouvoir de marché » qui soulèverait des craintes en vertu des lois antitrust là où il n'en n'existerait par ailleurs pas. Les « coûts d'information » ou, plus précisément, les écarts au chapitre de l'accès à l'information sur les consommateurs et sa qualité, sont monnaie courante sur les marchés réels; et vu que, dans ces circonstances, les consommateurs se contentent généralement de jugements sommaires au sujet des prix, il existe des zones dans presque tous les marchés où les fournisseurs par ailleurs concurrentiels peuvent fixer des prix excessifs pour leurs produits sans perdre une part appréciable du marché. Nous n'avons jamais supposé que les principaux intervenants d'un marché comportant des lacunes en matière d'information (et donc des bandes d'indifférence apparente au sujet des prix à la consommation) exercent un pouvoir de marché selon toutes les interprétations que l'on trouve dans les lois antitrust. [TRADUCTION] « Bien que de tels facteurs puissent engendrer un « pouvoir de marché » au sens abstrait du terme, ils ne donnent pas lieu au genre de pouvoir de marché qui justifie la condamnation des ventes liées. »

Les clients bloqués sont vulnérables, mais il en va de même pour tout acheteur ou vendeur qui prend un engagement irréversible. Il est important d'établir une distinction entre le pouvoir de marché et le pouvoir circonstanciel. Dans un marché concurrentiel, les acheteurs et les vendeurs sont capables de négocier une protection contre l'exercice ultérieur du pouvoir de marché circonstanciel.

[TRADUCTION]

L'effet de levier, qui prend la forme de pouvoir *circonstanciel*, joue un rôle dans chacun de ces rapports; mais pour aucun d'eux il n'est attribuable au pouvoir *de marché* de la partie dominante selon toutes les interprétations pertinentes. Même si ce pouvoir peut carrément être préjudiciable pour certains consommateurs, il ne « perturbe que

des prix en fin de période ou de la réduction de la qualité du service peut entraîner une réaction différente de la part des consommateurs qu'une augmentation de 5 % des prix provenant de la majoration des prix initiaux.

brièvement » les conditions de concurrence; ce n'est pas le genre de situation dont se préoccupent ou dont devraient se préoccuper les lois antitrust. (p. 7)

Les répercussions de la décision Kodak

Comme l'avait prévu la minorité de la Cour suprême, la décision de cette dernière dans l'affaire *Kodak* devait engendrer une multitude d'affaires liées au « droit relatif au marché des pièces de rechange » même si un très petit nombre d'entre elles ont été fructueuses (Wall, 1997). Plusieurs juges ont exprimé leur point de vue au sujet de ce qu'ils considèrent comme le fondement de la décision Kodak au chapitre de la doctrine. Ils ont indiqué qu'à leur avis, l'infraction se situe au niveau de la modification de la politique, c'est-à-dire de l'imposition opportuniste aux clients bloqués de prix non seulement supra concurrentiels, mais également plus élevés que promis à l'égard des pièces de rechange. Selon ce point de vue, la politique uniforme visant à lier les contrats de pièces et de service aux ventes d'équipement d'origine ne constitue pas une infraction *per se* si le fournisseur visé ne détient pas un pouvoir sur le marché de l'équipement d'origine. S'ils connaissent le lien, les consommateurs qui n'en prennent pas les répercussions en matière de coûts du cycle de vie peuvent s'adresser à d'autres fabricants d'équipement d'origine. D'après ces hypothèses, il est impossible de monopoliser le marché des pièces de rechange. Bien que ce point de vue limite le rôle de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Kodak* en matière de précédents, il n'est pas entièrement satisfaisant. Il n'est pas du tout évident qu'un changement de politique visant à exclure les OSI constitue un problème antitrust, pas plus que la décision d'éliminer une gamme de produits ou de services ou de cesser d'offrir des services de soutien qui s'y rattachent. Il s'agit essentiellement de questions contractuelles.

L'affaire Digital au Canada

L'affaire *Digital* portait sur des allégations de ventes liées. Le Bureau a reçu des plaintes en 1990-1991, à l'effet que Digital demandait aux acheteurs des mises à jour et des services d'entretien de son système d'exploitation VMS installé sur leurs ordinateurs VAX (Digital) de faire entretenir les ordinateurs (le matériel) par Digital plutôt que par des organismes de services indépendants (OSI). La politique de groupage de Digital est décrite de la manière suivante par Hunter et Hutton (1992) :

À compter de 1988, Digital a cependant appliqué une politique de service intégré qui établissait un lien entre les services d'entretien du matériel lié à ses systèmes à l'entretien des logiciels se rapportant à ses propres programmes d'exploitation et d'application. En vertu de cette politique, les clients de Digital n'avaient plus accès au service de dépannage pour les logiciels et aux babillards électroniques à moins d'avoir signé un contrat d'entretien des logiciels et du matériel avec Digital. Les services de dépannage et de babillards électroniques étaient toutefois gratuits pour les clients des services intégrés. Cette pratique constituait une incitation pour les clients qui, en raison des droits de propriété que détenait Digital dans les logiciels, étaient plus ou moins obligés d'utiliser les services de Digital en matière de logiciels s'ils voulaient obtenir les mises à niveau de ses logiciels et les services de débogage. La politique de fixation de prix pour le service

intégré représentait l'incitatif et le prix démesurément élevé des mises à niveau de logiciels indépendants constituaient l'obligation. (p. 2)

Cette affaire a connu son dénouement en octobre 1992, lorsque Digital s'est engagée à dégroupier les services d'entretien du matériel et les mises à jour et les services liés aux logiciels, sans toutefois avoir admis s'être livrée à la vente liée, définie à l'article 77. Le règlement est qualifié de la manière suivante par Hunter et Hutton (1992) :

[TRADUCTION]

Essentiellement, tous les éléments du service intégré seront offerts séparément, à des prix indépendants qui ne totaliseront pas plus du prix du service intégré. Comme les spécialistes indépendants de l'entretien de matériel n'ont pas pris part aux négociations qui ont mené aux engagements, il est évident qu'ils sont convaincus de pouvoir exercer une concurrence efficace sur le marché des services d'entretien des systèmes informatiques Digital. (p. 3)

À la date de dépôt des plaintes, Digital intervenait pour environ le tiers des ventes d'ordinateurs neufs de milieu de gamme. L'entreprise était d'avis qu'il ne détenait pas un pouvoir sur ce marché de sorte que les acheteurs éventuels d'ordinateurs VAX neufs pouvaient facilement s'adresser à d'autres fabricants d'ordinateurs s'ils ne désiraient pas adhérer au programme d'achat incluant l'entretien qu'offrait Digital. Celle-ci soutenait essentiellement qu'un programme groupant des services d'achat et d'entretien devait être efficace pour survivre sur un marché raisonnablement concurrentiel. Pour sa part, le Bureau désirait obtenir des preuves directes des gains en efficacité découlant du groupage (justification technique de la vente liée) et il ne semble pas avoir été satisfait par les preuves qui ont été déposées. Du point de vue du Bureau, une preuve était particulièrement révélatrice : bon nombre de propriétaires d'ordinateurs VAX auraient préféré faire affaire avec des OSI, et les services d'entretien du matériel et les mises à niveau des logiciels d'exploitation des ordinateurs VMS et leur entretien n'ont pas été groupés aux États-Unis ou en Australie.

La question de l'effet de levier dans ce cas ne semble pas avoir été abordée de façon détaillée dans cette affaire. À l'époque, Digital comptait pour approximativement 10 % du marché des services d'entretien de matériel informatique au Canada. Il est peu probable que Digital ait pu intensifier sa présence de manière à dominer ce marché ou qu'elle ait même envisagé de le faire. Digital dominait assurément le marché de l'entretien de ses propres marques d'ordinateurs et il se peut que le Bureau ait été disposé à soutenir que l'entretien de cette marque d'ordinateur constituait un marché. Pour ce qui est de l'entretien du parc d'ordinateurs Digital en place, l'entreprise a exercé ce que la Cour suprême des États-Unis a appelé un « pouvoir de marché présumé », qui correspond au pouvoir que détient une partie à une opération par rapport à l'autre partie lorsque cette dernière a pris un engagement irréversible.

Répercussions des affaires Télé-Direct et Digital compte tenu de la décision Kodak

De bonnes et de mauvaises nouvelles attendent les entreprises du secteur des services financiers qui craignent être victimes d'accord de ventes liées. Du côté positif, les deux décisions rendues au Canada en vertu de la *Loi sur la concurrence*, de même qu'une décision antérieure (*BBM*) en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, ont suscité jusqu'à présent des craintes sans précédent de la part du Bureau et du Tribunal au sujet du bien-être des concurrents exclus.

Le Bureau, au moins, semble disposé à définir le marché des pièces de rechange d'une seule marque comme le marché pertinent même s'il existe un certain nombre de proches substituts pour cette marque. Il serait intéressant de déterminer si le Bureau (et le Tribunal) seraient également disposés à définir les clients d'une institution financière comme un marché pertinent sous prétexte qu'ils sont engagés dans une relation avec cette institution de la même façon que les propriétaires des ordinateurs VAX le sont avec la société Digital. Le raisonnement dans l'affaire *Digital* pourrait être appliqué pour supposer, par exemple, que les prêts à terme de la Banque de Montréal constituent un marché pertinent parce que les clients qui contractent des emprunts à terme auprès de cette banque sont bloqués dans une relation avec la banque et qu'ils ne peuvent s'adresser facilement à une autre institution même s'ils ont longuement magasiné auparavant. Les arguments du Tribunal dans l'affaire *Télé-Direct* pourraient être réputés signifier qu'une vente liée s'appliquant à une partie importante de la clientèle d'une institution financière réduit sensiblement la concurrence, quelles que soient les caractéristiques du marché du produit lié.

Évidemment, l'article 77 n'exige pas que l'entreprise qui pratique la vente liée détienne un pouvoir sur le marché du produit clef. Il stipule uniquement que l'entreprise qui se livre à cette pratique doit être un fournisseur important ou que la vente liée soit répandue sur le marché. Par conséquent, l'absence de pouvoir de Digital sur le marché des ordinateurs de milieu de gamme pourrait ne pas avoir pu être invoquée, car Digital aurait quand même pu être considérée comme un fournisseur important. De même, une grande banque de l'annexe I pourrait quand même être considérée comme un fournisseur important de services financiers à des fins précises même si elle ne détient pas de pouvoir de marché au chapitre de la prestation de ces services. Ce facteur, ainsi que l'absence apparente de crainte de la part du Tribunal au sujet de l'analyse classique de l'effet d'une vente liée sur la concurrence dans le marché du produit lié, pourrait entraîner l'examen d'un certain nombre de pratiques potentielles applicables au marketing groupé de produits ou services.

L'autre bonne nouvelle pour les présumées victimes des accords de vente liée réside dans le fait que ni le Bureau, ni le Tribunal, ne se sont grandement préoccupés de la réduction de la concurrence sur le marché du produit lié. Dans l'affaire *Digital*, on n'a pas tenu compte de l'effet du groupage sur la concurrence au sein du marché de l'entretien du matériel informatique en général, même si la plupart des OSI entretenaient plus d'une marque d'ordinateur. Il a apparemment suffi que certains OSI qui avaient auparavant entretenu des ordinateurs Digital soient empêchés de le faire par la politique de service intégré. Dans l'affaire *Télé-Direct*, le Tribunal n'a nullement tenu compte de l'effet de la vente liée de services de disposition d'annonces et d'espace publicitaire dans les annuaires sur la concurrence à l'intérieur du marché des services de disposition d'annonces. Le Tribunal a simplement comparé la valeur de la

publicité (et non des services de disposition) qui, à son avis, aurait dû faire l'objet d'une commission fondée sur la valeur de la publicité déjà assortie d'une commission, et il a jugé le ratio important. Ainsi, le Tribunal semble avoir adopté la démarche des États-Unis, qui exigeaient uniquement que la vente liée influe sur un volume d'échanges important plutôt que de réduire sensiblement la concurrence sur le marché pertinent.

Conclusions

Le nombre limité d'applications de l'article 77 (et du paragraphe 31(4) de la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*, qui l'a précédée) se révèle excessivement favorable aux victimes. La mauvaise nouvelle (pour les entreprises qui s'estiment victimes des ventes liées) est que les mesures de redressement sont modestes et, même si les travaux s'effectuent assez rondement, il se peut que le processus ne soit pas suffisamment expéditif pour protéger les concurrents lésés sur certains marchés qui évoluent rapidement. D'autre part, le directeur ne pourrait examiner simultanément un grand nombre d'affaires.

Les décisions rendues au Canada servent à illustrer les motifs pour lesquels la *Loi sur la concurrence* offre un nombre si limité de mesures de redressement pour les pratiques examinables jugées anticoncurrentielles. Compte tenu du faible changement demandé à Télé-Direct au chapitre des pratiques de vente pour en éliminer l'effet anticoncurrentiel, il est difficile d'imaginer de quelle façon un régime de dommages par montant triplé pourrait agir dans l'intérêt public¹¹⁰. S'il s'agissait là de la mesure de redressement retenue, le processus serait susceptible de devenir rapidement moins favorable pour les victimes.

Le secteur des services financiers est un secteur multiproduits. Il offre ainsi d'incalculables possibilités d'accords de ventes liées et de groupage. Les entreprises peuvent accroître ces débouchés au moyen de fusionnements ou d'acquisitions, qui leur permettent d'ajouter des gammes de produits. Elles peuvent également procéder sans fusionnement en concluant des alliances stratégiques et en négociant des accords de marketing coopératif.

Les ventes liées et le groupage peuvent constituer des moyens de pratiquer la discrimination par les prix. Ils peuvent révéler un pouvoir de marché même s'ils sont fréquemment relevés sur des marchés de produits différenciés comptant un grand nombre de concurrents. Les entreprises actives sur le marché des services financiers peuvent maintenant effectuer des ventes liées et pratiquer le groupage, et elles sont incitées à le faire. Les fusionnements de banques de l'annexe I pourraient accroître davantage la capacité des banques fusionnées de pratiquer les ventes liées et le groupage. Dans la mesure où ces pratiques nuiraient vraisemblablement à un groupe particulier de clients, elles seraient prises en compte dans le processus d'évaluation des

¹¹⁰ Si les mandataires réalisaient un bénéfice de 15 % sur leurs commissions de 15 %, des dommages simples dans l'affaire *Télé-Direct* auraient pu atteindre 430 000 \$ pour chaque année où l'entreprise aurait été trouvée coupable d'avoir pratiqué le groupage anticoncurrentiel. La perte sèche réelle pour l'économie serait vraisemblablement beaucoup moindre.

fusionnements. Si elles visaient l'exclusion du marché, et partant, la réduction de la concurrence sur les marchés des produits liés en question, elles seraient prises en compte dans le processus d'évaluation des fusionnements et elles seraient évaluées en vertu de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*.

IX. Abus de position dominante

Introduction

Bien que la présente étude porte principalement sur les fusionnements, on peut tirer des leçons utiles de l'examen du droit, de la jurisprudence et de l'application de la loi au Canada en ce qui touche l'abus de position dominante. Premièrement, les dispositions relatives à l'abus de position dominante appuient celles qui portent sur les fusionnements. Si les mesures visant à redresser les abus de position dominante ou de position dominante conjointe sont efficaces, les conséquences seront moindres si l'on n'a pas contesté un fusionnement qui a eu pour effet d'accroître le pouvoir de marché. Au plan statistique, l'existence de mesures de redressement efficaces pour corriger l'abus de position dominante réduisent les coûts rattachés à une erreur de type II dans l'application des mesures relatives au fusionnement.

Deuxièmement, la jurisprudence établie par le Tribunal dans ses décisions sur l'abus s'applique également en grande partie aux décisions portant sur les fusionnements. Une partie importante de la jurisprudence relative à la définition du marché géographique et du marché de produit, de même qu'aux entraves à l'accès, tire son origine des décisions touchant l'abus.

Troisièmement, la majorité des décisions contestées à la suite d'affaires entendues par le Tribunal ont porté sur l'abus. Il est difficile d'évaluer de façon équilibrée la suffisance des lois et de la politique canadiennes en matière de concurrence sans tenir compte des résultats de l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relativement à l'abus de position dominante.

Quatrièmement, les préoccupations au sujet du maintien de la concurrence dans le secteur des services financiers dépassent largement l'évaluation des fusionnements. Bien que la présente étude ne puisse porter sur toutes ces préoccupations, la discussion des mesures de redressement pour abus de position dominante ou de position dominante conjointe pourrait permettre d'analyser les problèmes de concurrence les plus pressants.

Les dispositions de la Loi sur la concurrence en matière d'abus de position dominante

Dispositions de la Loi sur la concurrence touchant les pratiques anticoncurrentielles

Une liste indicative de pratiques éventuellement anticoncurrentielles figure à l'article 78 de la *Loi sur la concurrence*, qui se lit comme suit :

78. Pour l'application de l'article 79, « agissement anti-concurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du

client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent.

Conditions relatives à une réduction sensible de la concurrence

L'article 79 énonce les cas où des agissements comme ceux précisés à l'article 78 sont susceptibles d'être considérés comme abusifs et il dresse également la liste des mesures de redressement mises à la disposition du directeur. L'article 79 se lit comme suit :

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du directeur, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;

b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.

Interprétation des articles 78 et 79

Pour que le Tribunal rende une ordonnance corrective en vertu de l'article 79, il doit être convaincu que la partie ou les parties qui ont eu des agissements anticoncurrentiels détiennent un pouvoir sur les marchés de produits pertinents (contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprise) et que les agissements anticoncurrentiels en question sont susceptibles de réduire sensiblement la concurrence. Le pouvoir de marché peut être exercé conjointement ou unilatéralement. Un monopole est suffisant, mais non nécessaire, pour déclarer l'existence d'un pouvoir de marché.

Parmi les agissements anticoncurrentiels les plus importants, notons la compression de la marge bénéficiaire des concurrents non intégrés par des entreprises intégrées verticalement et l'élimination des sources d'approvisionnement ou des débouchés d'entreprises non intégrées par des entreprises intégrées. On a soutenu que la possibilité de compressions anticoncurrentielles existe dans le secteur des services financiers. Par exemple, mentionnons les courtiers en valeurs mobilières indépendants qui peuvent s'adresser aux banques pour financer leurs activités, mais qui doivent également concurrencer les courtiers appartenant aux banques. On estime que les banques pourraient être en mesure de comprimer leurs concurrents non intégrés en haussant leurs coûts de financement ou peut-être même en resserrant l'offre de service de financement en refusant carrément de leur consentir des prêts.

Un deuxième exemple d'agissements anticoncurrentiels porte sur la réduction discriminatoire des prix (marques de combat, péréquation du fret) ou toute autre activité connexe d'une entreprise dominante en place en réaction à l'arrivée d'une nouvelle entreprise. On soutient que la réaction concurrentielle des entreprises en place ne doit pas viser la nouvelle entreprise. Cet argument a récemment été mis en doute par la décision du Tribunal dans l'affaire *Télé-Direct* (voir ci-dessous), à savoir qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que les entreprises en place concurrencent là où il y a concurrence.

Un troisième exemple d'agissements anticoncurrentiels porte sur la préemption d'installations rares (semblable à la limitation de sources d'approvisionnement) et l'adoption de normes incompatibles avec les produits (ce qui a pour effet d'exclure un marché).

Les affaires d'abus entendues par le Tribunal renfermaient une gamme d'autres agissements prétendument anticoncurrentiels, y compris des contrats d'exclusivité (*NutraSweet, Neilsen*) et des dispositions restrictives touchant la résiliation de contrat (*Laidlaw*).

Affaires d'abus de position dominante tranchées par le Tribunal

Décisions contestées

Quatre décisions ont été contestées en vertu de l'article 79; il s'agit de *NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* et *Télé-Direct*.¹¹¹ Le directeur des enquêtes et recherches a réussi à obtenir une certaine forme d'ordonnance corrective à l'égard de ces quatre décisions.

Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a conclu que NutraSweet Company (NSC) s'était livrée à la pratique d'agissements anticoncurrentiels, en recourant notamment, dans les contrats d'approvisionnement, à des clauses d'utilisation et d'approvisionnement exclusifs et à des clauses de la nation la plus favorisée pour l'approvisionnement en aspartame. Les incitatifs visant à conclure des contrats d'exclusivité comprenaient divers rabais et indemnités, de même que le droit d'apposer le logo de NutraSweet. Le Tribunal a conclu que ces pratiques ont empêché l'accès au marché de fournisseurs concurrents et que l'empêchement de la concurrence a été sensible.

Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a conclu que Laidlaw Waste Systems s'était livrée à la pratique d'agissements anticoncurrentiels en acquérant des concurrents, de même qu'à pratiques restrictives en matière de résiliation et de contrat pour la prestation de services d'enlèvement et d'élimination des déchets dans quatre régions de la Colombie-Britannique. Le Tribunal a ordonné à Laidlaw de réduire les pénalités pour résiliation anticipée de ses contrats et de modifier les dispositions de renouvellement des contrats.

Dans l'affaire *Nielsen*, le Tribunal a conclu que A.C. Nielsen Company s'était livrée à la pratique d'agissements anticoncurrentiels portant sur les contrats d'exclusivité concernant l'achat de données prélevées par balayage électronique dans les supermarchés. Le contrôle, par Nielsen, des données obtenues par balayage électronique a eu pour effet d'exclure du marché les fournisseurs concurrents de services d'analyse sur le marché de détail. Le Tribunal a ordonné à Nielsen de cesser la pratique de contrats d'exclusivité et de fournir à un concurrent des données chronologiques prélevées par balayage électronique.

Les allégations d'abus de position dominante dans l'affaire *Télé-Direct* visaient deux types d'agissements anticoncurrentiels. Le directeur a d'abord prétendu que Télé-Direct avait tenté d'exclure de nouveaux arrivants sur le marché de l'édition d'annuaires et, ensuite, qu'elle avait tenté d'exclure des agents et des conseillers en publicité de la vente et de la production d'annonces dans les Pages Jaunes. En outre, le directeur a soutenu que Télé-Direct avait lié la vente de services de publicité à la vente d'espace publicitaire, en contravention de l'article 77 de

¹¹¹ *Le directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet Company* (4 octobre 1990), CT-89/2, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 32 C.P.R. (3^e) 1.; *Le directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (11 février 1992), CT-91/2, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 40 C.P.R. (3^e) 289; *Le directeur des enquêtes et recherches c. The D&B Companies of Canada Ltd.* (30 août 1995), CT-94/1, Motifs de l'ordonnance (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 64 C.P.R. 216.

la *Loi sur la concurrence*. La décision relative à la vente liée est analysée de façon détaillée à la section VIII ci-dessus.

Pour ce qui est de l'exclusion des nouveaux arrivants, le directeur a prétendu que Télé-Direct avait ciblé injustement les nouveaux arrivants, ses stratégies concurrentielles étant différentes dans les localités où plusieurs annuaires étaient en concurrence. Télé-Direct a réagi à l'arrivée de nouvelles entreprises en réduisant les prix, en améliorant son produit et en intensifiant la publicité. Le Tribunal a rejeté l'argument voulant que ces agissements soient anticoncurrentiels et il a noté qu'il s'attendait à ce que Télé-Direct exerce une concurrence là où la concurrence existait et que les clients ont profité de cette concurrence. Le Tribunal a tout de même conclu que Télé-Direct avait utilisé son pouvoir de négociation pour empêcher l'un de ses fournisseurs de produire l'annuaire d'un rival. Le Tribunal a conclu que cet agissement avait non seulement désavantagé l'annuaire du concurrent, mais qu'il avait exercé un effet négatif sur les clients, et qu'il s'agissait donc d'un agissement anticoncurrentiel aux termes de l'article 79. Le Tribunal n'a toutefois pas demandé de mesures pour redresser cet agissement.

Dans le cas des agissements anticoncurrentiels axés sur les agents en publicité, le directeur a soutenu que Télé-Direct avait comprimé ses marges bénéficiaires et avait fait preuve de discrimination à leur égard en offrant à son propre personnel de vente de l'espace et d'autres services à des conditions plus favorables. Le Tribunal a cependant conclu que Télé-Direct détenait une part relativement faible du marché d'agence (dans lequel il était autorisé à exercer son activité) et que, par conséquent, ses agissements ne pouvaient être interprétés comme ayant réduit sensiblement la concurrence, même s'ils ont pu fortement agacer ses concurrents.

Ordonnances par consentement

Le Tribunal a rendu deux ordonnances par consentement en vertu de l'article 79. La première, en novembre 1994, portait sur la commercialisation de la publicité nationale (publicité placée dans au moins deux annuaires) dans les Pages Jaunes et est connue sous l'appellation *CANYPS*. L'ordonnance enjoignait aux éditeurs des Pages Jaunes de permettre à des agents indépendants de vendre de l'espace de publicité à l'échelle nationale et de cesser d'exiger que les annonceurs nationaux réservent de l'espace à la société de téléphone de la province où se trouvait leur siège social. La fourniture d'espace publicitaire dans les Pages Jaunes demeurait l'affaire d'un groupe de monopoles locaux qui ont probablement continué de fixer des prix de monopole pour leurs produits. En outre, l'entreprise a pu renoncer aux économies d'intégration de la prestation et du marketing de l'espace publicitaire. Il en découle que l'ordonnance aurait eu vraisemblablement pour effet de réduire plutôt que d'augmenter la production d'espace publicitaire dans les Pages Jaunes à l'échelle nationale.

La deuxième ordonnance par consentement rendue en vertu de l'article 79 portait sur *Interac*. L'ordonnance prévoyait certaines modifications aux règles régissant le réseau de services bancaires électroniques Interac. Elle visait à faciliter la concurrence à l'intérieur du réseau et à accroître l'accès à ses membres. Les membres d'Interac doivent être autorisés à imposer des frais différents pour des services comme la distribution automatique de billets de banque et à conclure des accords bilatéraux et multilatéraux avec d'autres membres Interac pour offrir de nouveaux services. L'ordonnance exige également que les sociétés non financières admissibles soient

autorisées à posséder leur propre matériel de carte de débit, de même que les distributeurs automatiques de billets de banque reliés au réseau Interac.

Les affaires de position dominante conjointe portant sur des réseaux soulèvent certaines questions intéressantes, y compris le compromis entre la concurrence inter-réseau et intra-réseau, le compromis entre les stimulants au chapitre de l'innovation dans le domaine des réseaux et la facilitation de l'accès aux réseaux à *posteriori*, et le compromis entre la coordination et la concurrence intra-réseau¹¹². Ces questions sont analysées dans le rapport que la Federal Trade Commission a récemment publié au sujet de l'innovation et de la concurrence mondiale¹¹³. La décision du Tribunal dans l'affaire *Interac* est examinée de façon plus détaillée ci-dessous.

Jurisprudence découlant des affaires d'abus

Définition du marché de produit

Un bon exemple de l'application du critère du monopoleur hypothétique à la définition du marché de produit est présenté dans les motifs du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*. Dans cette affaire, la question consistait à déterminer si le marché du produit devait être défini comme de l'aspartame ou, de façon plus générale, comme des édulcorants non caloriques à forte intensité ou, de façon plus générale encore, comme des édulcorants non caloriques ou, de la façon la plus large, comme des édulcorants caloriques et non caloriques. Le Tribunal a fourni les motifs suivants :

La meilleure façon de déterminer dans quelle mesure les édulcorants actuellement sur le marché ainsi que ceux qui y feront bientôt leur apparition influent sur le prix de l'aspartame consiste à comparer le prix de l'aspartame dans les pays où ces autres édulcorants représentent la seule source de concurrence au prix pratiqué dans les pays où y il y a au moins possibilité d'une concurrence entre les fournisseurs d'aspartame. Aux États-Unis, où la durée du brevet d'exploitation a été prolongée, c'est le premier élément de la comparaison qui s'applique et, au Canada, c'est le second. Le prix moyen de l'aspartame aux États-Unis excède de plus de 50 % celui de l'aspartame au Canada. Les autres édulcorants ne constituent pas une source de concurrence suffisante pour limiter le pouvoir sur le marché de NSC aux États-Unis.¹¹⁴

Un élément essentiel de la définition du marché de produit réside dans l'évaluation de la capacité des acheteurs de passer du produit en question à des produits de remplacement. Pour déterminer de façon sommaire dans quelle mesure une augmentation du prix d'un produit fait augmenter la demande d'un autre produit, on se reporte à l'élasticité croisée de la demande des deux produits.

¹¹² Par exemple, la carte bancaire d'une institution et les distributeurs de billets de banque d'une autre sont des compléments et il est efficace de fixer un prix conjoint pour ces deux produits. Les cartes et les distributeurs des deux institutions sont toutefois des substituts, d'où l'inefficacité de la fixation d'un prix conjoint.

¹¹³ Federal Trade Commission (1996), ch. 9.

¹¹⁴ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Nutra Sweet Company* (4 octobre 1990), CT-89/2, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence; version anglaise publiée dans 32 C.P.R. (3^e) 1.

Des preuves de soi-disant élasticité croisée ont été déposées devant le Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*. Elles ont pris la forme du ratio de variation de la proportion des ventes de boissons gazeuses attribuable aux boissons gazeuses sans sucre au changement de prix de l'aspartame par rapport à celui du sucre. Le Tribunal a rejeté ces preuves à juste titre, prétextant qu'il n'a pas appliqué de façon constante d'autres facteurs (comme la fluctuation du revenu, les goûts des consommateurs et les facteurs démographiques) et que la variation de prix des ingrédients ne s'est pas, en fait, répercutée sur le produit final.

Le Tribunal a revu le problème que pose la définition du marché du produit dans un marché de produits différencié dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Nielsen*, trois semaines après celle de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Southam*. Dans l'affaire *Nielsen*, la question consistait à déterminer si le marché du produit devait être défini comme des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique ou, de façon plus générale, comme des services de suivi du marché fondé sur des données provenant de la vérification en magasin, de l'observation des retraits des entrepôts ou d'un échantillon de consommateurs, de même que de données obtenues par balayage.

Le cadre d'analyse du Tribunal et son application ont été semblables à ceux qu'il avait utilisé dans l'affaire *Southam* :

Le critère généralement applicable pour déterminer si des produits qui se distinguent l'un de l'autre à un ou plusieurs égards sont de proches substituts et par conséquent, appartiennent au même marché du produit consiste à établir si une légère modification du prix relatif amènerait l'acheteur à passer d'un produit à l'autre. Un élément de preuve directe du passage d'un produit à l'autre à la suite d'une légère modification du prix relatif établirait la substituabilité. Lorsque, comme en l'espèce, aucune modification du prix et de la quantité n'est mise en preuve, il faut répondre à la question de façon moins directe en examinant le témoignage des acheteurs et des fournisseurs concernant les caractéristiques, l'utilisation prévue et le prix des différents types de services de suivi du marché. [...] En l'occurrence, les éléments de preuve portent essentiellement sur le caractère actuel, détaillé, précis et fiable des données, ainsi que sur le coût de leur collecte, et la mesure dans laquelle les données relatives au mouvement des produits peuvent être jumelées à des données causales.¹¹⁵

Le Tribunal a conclu que les données issues de la vérification en magasin, de l'observation des retraits des entrepôts et d'un échantillon de consommateurs n'équivalaient pas, au plan fonctionnel, aux données obtenues par balayage. Il a fondé sa conclusion sur le témoignage de clients, qui considéraient les données obtenues par balayage électronique comme supérieures aux données issues de la vérification en magasin ou de l'observation des retraits des entrepôts au plan de l'actualité, du détail, de l'exactitude et d'autres caractéristiques importantes. Le Tribunal a conclu que les données obtenues par balayage électronique étaient supérieures à celles provenant d'un échantillon de consommateurs aux fins de suivi en se fondant sur des caractéristiques

¹¹⁵ *Le directeur des enquêtes et recherches c. The D&B Companies of Canada Ltd.* (30 août 1995), CT-94/1, Motifs de l'ordonnance (Tribunal de la concurrence), p. 43; version anglaise publiée dans 64 C.P.R. 241.

« objectives », comme la taille de l'échantillon (par conséquent, de la fiabilité et du détail) et l'actualité. Il a poursuivi en citant des preuves selon lesquelles les clients ont tendance à acheter des données prélevées par balayage électronique et des services fondés sur un échantillon de consommateurs, utilisant les uns à des fins de produits et les autres pour le diagnostic de la consommation dans le but d'en venir à la conclusion que les services de données prélevées par balayage électronique et celles provenant d'un échantillon de consommateurs sont des « suppléments » plutôt que des substituts.

Le Tribunal a conclu que la preuve permet d'opter « sans l'ombre d'un doute » pour la définition plus restreinte du marché du produit, c'est-à-dire les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Le Tribunal a consacré une grande partie de son jugement dans l'affaire *Nielsen* à la définition du marché de produit. Peut-être à la suite de l'expérience acquise dans l'affaire *Southam*, le Tribunal a examiné de façon détaillée la preuve présentée par les clients au sujet de l'équivalence fonctionnelle et des possibilités de remplacement, et des tentatives de dresser le fournisseur d'un type de service contre un autre.

Le Tribunal a également examiné de façon détaillée la question de la définition du marché du produit dans l'affaire *Télé-Direct*. Il a très soigneusement tenu compte du raisonnement de la Cour d'appel fédérale (CAF) dans sa décision concernant *Southam*. Comme il a été précisé à la section II, la décision de la CAF dans l'affaire *Southam* a par la suite été infirmée par la Cour suprême, et certains des points de vue exprimés par la CAF au plan de la définition du marché de produit ont été explicitement rejetés.

La question de la définition du marché de produit dans l'affaire *Télé-Direct* consistait à déterminer si le marché était restreint à la publicité dans les annuaires téléphoniques locaux ou s'il était plus vaste et englobait toute la publicité locale¹¹⁶. Pour trancher la question, le Tribunal s'est reporté au cadre de définition du marché énoncé dans les Lignes directrices. Il a également invoqué ce cadre dans l'affaire *Southam*.

Selon cette démarche, le processus de définition du marché consiste essentiellement à déterminer le groupe de produits qui peuvent être considérés comme de proches substituts. À défaut de preuve directe convenable (élasticité croisée) du caractère substitutif de la publicité dans les annuaires avec d'autres formes de publicité locale, le Tribunal a examiné les indices indirects. Le premier portait sur l'interchangeabilité fonctionnelle. Bien que le Tribunal ait conclu (et que la Cour suprême l'ait par la suite confirmé dans sa décision dans l'affaire *Southam*) que l'interchangeabilité fonctionnelle ne constitue qu'un indice, la question de savoir si la publicité dans les annuaires et d'autres formes de publicité locale sont fonctionnellement interchangeables a été examinée de façon détaillée. Le directeur a soutenu que la publicité dans les annuaires différait d'autres formes de publicité locale parce qu'il s'agit de « publicité directive » qui informe les consommateurs sur les produits et les services qu'ils ont déjà décidé d'acheter. Par contre, d'autres formes de publicité locale visent davantage à sensibiliser au sujet de produits et services et à susciter une demande à leur égard. Pour formuler cet argument, le directeur a été accidentellement appuyé par les propres preuves de *Télé-Direct*. Après avoir examiné ces

¹¹⁶ Pour plus de détails, voir Groulx (1997).

preuves et d'autres éléments (comme l'actualité), le Tribunal a conclu que la publicité dans les annuaires n'était pas fonctionnellement interchangeable avec d'autres formes de publicité locale.

Le Tribunal a ensuite examiné d'autres indices indirects du caractère substitutif. Il a rejeté l'argument selon lequel la concurrence interindustrielle auprès des mêmes clients avait pour effet de grouper les annuaires et d'autres médias locaux dans le même marché, sous prétexte qu'il n'existait pas de preuve qu'un média avait déjà modifié ou amélioré les caractéristiques de son produit à la suite d'une initiative de l'autre média, et encore moins de preuve que les clients avaient déjà cru que cette rivalité de produit était importante ou qu'ils y avaient réagi. Il s'agit là du critère de concurrence interindustrielle que le Tribunal avait appliqué à l'affaire *Southam*.

Le Tribunal a également examiné d'autres indices indirects du caractère substitutif. Il a, à juste titre, rejeté l'argument concernant le « budget fixe » selon lequel, si Télé-Direct augmentait ses tarifs, les annonceurs à budget fixe achèteraient moins de publicité-annuaire. L'argument de budget fixe ne sous-entend pas nécessairement qu'il existe un caractère substitutif, encore moins un caractère substitutif proche¹¹⁷. Le Tribunal a également fait remarquer que même si un groupe d'annonceurs aurait pu être sensible aux prix et qu'il aurait pu délaissé les annuaires à la suite d'une augmentation des tarifs, on a noté qu'un nombre important d'annonceurs n'étaient pas sensibles aux prix (dont les annonces devaient figurer dans l'annuaire pour des motifs de concurrence) et que les annuaires pouvaient établir une distinction entre les clients sensibles aux prix et ceux qui ne l'étaient pas, et pratiquer une discrimination contre ces derniers.

Définition du marché géographique

Les questions relatives à la définition du marché géographique ont été examinées par le Tribunal dans les affaires *NutraSweet* et *Laidlaw*. Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a également étudié la question de savoir si le marché géographique devait être élargi pour englober les producteurs étrangers.

Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a défini le processus de définition du marché géographique de la manière suivante :

[...] tenter de déterminer l'étendue du territoire à l'intérieur duquel la concurrence existe et les prix d'un produit ont tendance à être uniformes.¹¹⁸

Le Tribunal a poursuivi et a énoncé les *indices* utilisés pour définir le marché géographique :

¹¹⁷ Une version courante de l'argument de budget fixe réside dans le point de vue des parts constantes, c'est-à-dire que, si le prix d'un média augmente, les clients en achètent proportionnellement moins de manière à ne pas modifier les sommes investies dans ce média. Dans le cas présent, l'élasticité croisée de la demande entre les médias est zéro. En outre, l'élasticité de la demande de chaque média en ce qui touche son prix est un, ce qui sous-entend qu'il serait toujours rentable pour un monopoleur hypothétique de majorer le prix de ce média à moins que le coût marginal soit zéro.

¹¹⁸ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Nutra Sweet Company* (4 octobre 1990), CT-89/2, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence), p. 38; version anglaise publiée dans 32 C.P.R. (3^e) 21.

Dans la majorité des industries, l'absence d'obstacles gouvernementaux au commerce et le coût peu élevé du transport suffisent pour que les frontières nationales ne créent pas de marchés distincts, surtout lorsque l'accès à la distribution est facile. On peut alors habituellement présumer que les vendeurs (ou même les acheteurs) déplaceront les produits d'une région où les prix sont bas à une autre où ils sont élevés afin de faire échec aux tentatives de hausse des prix dans une région donnée.¹¹⁹

Confronté à une situation où tout l'aspartame requis au Canada devait être importé, où les coûts de transport étaient faibles et où les obstacles gouvernementaux étaient essentiellement nuls, le Tribunal a néanmoins conclu que le Canada constituait un marché distinct « au niveau de la distribution ». Il a fondé sa décision sur les écarts de prix moyens de l'aspartame au Canada et en Europe (les prix étaient inférieurs au Canada en 1987 et 1988, et plus élevés en 1989) et sur l'existence de clauses propres aux pays dans les contrats conclus avec d'importants fournisseurs dans plusieurs pays.

Le Tribunal a également déclaré que, même si les frais de préparation de la distribution à l'échelle locale ont pu être modestes, la stratégie relative aux ingrédients portant la marque NutraSweet (assujettissement de l'utilisation du logo NutraSweet à l'approvisionnement en aspartame) a permis d'isoler le marché canadien. Il convient de remarquer que, selon le Tribunal, la stratégie relative aux ingrédients de marque NutraSweet donne lieu à un cercle vicieux. Selon le raisonnement du Tribunal, le Canada est un marché en raison de cette stratégie et la stratégie est anticoncurrentielle parce que le Canada est un marché.

Dans l'affaire *Laidlaw*, il s'agissait de déterminer si un monopoleur hypothétique exploitant un service d'élimination de déchets par vidage de conteneurs sur place serait limité par un concurrent situé à 50 km de distance. Les éléments de preuve recueillis ont pris la forme d'une comparaison effectuée par l'intimé d'après les données recueillies ailleurs en province au sujet du coût supplémentaire de prestation du service à un groupe de clients situés à 50 km de distance, compte tenu de recettes moyennes estimatives (prix) par cueillette. Le Tribunal a rejeté cette preuve pour plusieurs motifs¹²⁰. Premièrement, la preuve était fondée sur les données recueillies dans une région géographique différente caractérisée par une plus grande densité de clients et des coûts supplémentaires probablement inférieurs pour la prestation de services à distance. Deuxièmement, le prix estimatif par cueillette représentait peut-être un prix de monopole. Les fournisseurs éloignés ne représentaient peut-être pas une solution de rechange viable à des prix concurrentiels, ce qui est connu comme le *cellophane fallacy*. Troisièmement, les coûts supplémentaires fournis en preuve étaient ceux d'une entreprise dominante en place plutôt que ceux d'un fournisseur de remplacement type.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 21.

¹²⁰ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (11 février 1992), CT-91/2, Motifs et ordonnances (Tribunal de la concurrence); version anglaise publiée dans 40 C.P.R. (3^e) 289.

Entraves à l'accès

Le Tribunal a examiné en détail la question de l'accès dans l'affaire *NutraSweet*. Il a conclu qu'en plus du problème d'accès à une technologie comparable, la production d'aspartame était également caractérisée par des économies d'échelle et des coûts irrécupérables importants, ce qui l'a amené à conclure ce qui suit :

Par conséquent, une entreprise qui espère parvenir à la parité des coûts avec NSC doit pouvoir prendre une grande part du marché. L'accès à la production sur une si grande échelle entraîne des risques puisque [...] une grande partie de l'investissement dans une usine spécialisée dans la production d'aspartame est irrécupérable, c'est-à-dire que la valeur de l'usine pour ce qui est des autres utilisations possibles est beaucoup moins élevée. Une autre difficulté à laquelle se heurtent ceux qui veulent accéder à ce marché est l'existence d'une courbe d'apprentissage prononcée dans la production de phénylalanine et d'aspartame. Même avec une grande usine utilisée à pleine capacité, les nouveaux producteurs ne pourront peut-être pas arriver à des coûts comparables à ceux auxquels NSC est maintenant parvenue tant qu'ils n'auront pas acquis l'expérience nécessaire en matière de production.¹²¹

Théories de l'interaction du marché

Dans les affaires d'abus, le directeur doit démontrer qu'une entreprise dominante se livre à des pratiques d'exclusion, ce qui a pour effet de réduire sensiblement la concurrence. En d'autres termes, le directeur doit prouver que si l'ordonnance qu'il demande est rendue, la production sur le marché pertinent augmentera et les prix diminueront.

L'affaire *Nielsen* donne un bon exemple de l'analyse des conséquences des agissements anticoncurrentiels prétendus par le directeur. Dans cette affaire, l'intimée, Nielsen, avait conclu un contrat d'exclusivité avec chaque grande chaîne de supermarchés pour la prestation de données prélevées par balayage électronique. Par conséquent, Nielsen a monopolisé la prestation de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique au Canada. Bien qu'une grande partie du bénéfice découlant du monopole ait profité aux supermarchés sous forme d'augmentation des prix pour leurs données prélevées par balayage électronique, il en résulte quand même un monopole sur le marché en aval (pour les services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique).

La question intéressante dans cette affaire réside dans la cause immédiate du monopole. Nielsen et une autre société, IRI, avaient toutes les deux soumissionné le prélèvement de données par balayage électronique en offrant des contrats d'exclusivité aux supermarchés. Vu qu'un service de suivi doit être offert à un vaste échantillon représentatif de supermarchés, un fournisseur de ce type de service qui n'obtiendrait pas le contrat de prélèvement de données par balayage électronique auprès des plus importantes chaînes du pays est susceptible de subir un grave désavantage concurrentiel pour l'offre de services nationaux de suivi du marché fondé sur des

¹²¹ *Ibid*, p. 50.

données prélevées par balayage électronique. Il pourrait en découler une situation de contrainte où la dominance aux fins de l'offre de services de suivi « d'envergure nationale » constituerait un résultat probable. Dans ce cas, les soumissionnaires perdants seraient confinés à des marchés à créneaux (principaux clients, régions particulières) au Canada jusqu'à ce qu'ils puissent soumissionner à nouveau pour obtenir les contrats des grandes chaînes. Si l'un d'eux l'emportait sur l'entrepreneur en place, l'identité de l'entreprise dominante changerait. Selon une autre possibilité, un soumissionnaire pourrait gagner le contrat du prélèvement des données par balayage électronique auprès d'une grande chaîne, tandis que les mêmes services offerts à une autre grande chaîne seraient attribués à un autre soumissionnaire. Dans ce cas, chacun des deux soumissionnaires pourrait refuser d'offrir à l'autre fournisseur les services de suivi « d'envergure nationale ». Les fournisseurs pourraient être incités à offrir des licences réciproques, ce qui entraînerait la concurrence pour la prestation des services de suivi « d'envergure nationale ». Toutefois, les fournisseurs pourraient également être tentés de structurer des conditions de l'entente réciproque pour faciliter la monopolisation conjointe des services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique.

Il semblerait ensuite que compte tenu de la structure du secteur de l'épicerie au Canada (c'est-à-dire un petit nombre de grandes chaînes de supermarchés), les contrats d'exclusivité portant sur les données prélevées par balayage électronique puissent avoir tendance à entraîner une position dominante pour l'offre de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique. Le Tribunal a adopté ce point de vue et a interdit à Nielsen de conclure des contrats d'exclusivité pour les données prélevées par balayage électronique.

On a prétendu que, dans le cadre de l'analyse de l'affaire *Nielsen*, le Tribunal aurait dû accorder une plus grande importance à d'autres facteurs concurrentiels. Premièrement, on a soutenu que les utilisateurs des données prélevées par balayage électronique détenaient un pouvoir de négociation qui aurait neutralisé le pouvoir de marché pour l'offre de données prélevées par balayage électronique. Deuxièmement, les épiciers auraient obtenu les bénéfices découlant d'un monopole des données prélevées par balayage électronique, ce qui aurait entraîné l'accès à ce secteur et son expansion. Troisièmement, une ordonnance empêchant les fournisseurs de services de suivi du marché fondé sur les données prélevées par balayage électronique de conclure des contrats d'exclusivité n'oblige pas nécessairement les supermarchés qui offrent ce type de données à vendre leurs données à tous les fournisseurs de services de suivi (Collins, 1997). Ces critiques sont intéressantes, mais non convaincantes.

Affaires portant sur les gains en efficience découlant de l'abus de position dominante

Le paragraphe 79(4) prévoit une défense fondée sur les gains en efficience, à savoir :

Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

Une interprétation de cette disposition pourrait être simplement que les entreprises efficaces ne sont pas tenues de satisfaire aux besoins des entreprises moins efficaces ou de les protéger. Il n'est pas anticoncurrentiel d'exclure les concurrents en fabriquant de meilleurs produits à un coût moindre.

Une autre interprétation possible du paragraphe 79(4) serait qu'une pratique ayant des effets d'exclusion peut être justifiable si elle est efficace. En d'autres termes, certaines pratiques pourraient viser l'exclusion tout en étant justifiées au plan commercial (sans but d'exclusion). Par exemple, le fait qu'une entreprise dominante soit intégrée verticalement exclut d'éventuels fournisseurs indépendants du marché. Néanmoins l'approvisionnement interne pourrait, pour divers motifs, être plus efficace que l'importation. L'objectif de l'article 79 consiste à faire en sorte que la production soit efficace plutôt que de créer des débouchés pour les fournisseurs de l'extérieur.

D'un autre point de vue, bien qu'une pratique puisse être limitative sans comporter de justification évidente des coûts, elle peut néanmoins avoir pour effet d'accroître le surplus, par exemple si une entreprise à intégration verticale comprime une entreprise non intégrée en fixant le prix d'un intrant essentiel à un niveau supérieur à son propre prix de cession interne. Une telle pratique réduit le bénéfice de l'entreprise non intégrée et sa part du marché en aval. En fait, si elle s'accompagne d'économies d'échelle, elle pourrait obliger le concurrent non intégré en aval à se retirer du marché. Bien qu'il puisse apparemment s'agir d'un cas classique de compression visant l'éviction, cette pratique pourrait ou non entraîner une réduction du surplus économique parce que même si la concurrence en aval est réduite, on note également une réduction du problème dit de la double marge bénéficiaire (cumul du pouvoir de marché à un stade de la production à celui d'un autre stade) parce qu'une plus grande proportion du marché est desservie par l'entreprise à intégration verticale.

Cette situation soulève un point important touchant les affaires d'abus. Ces affaires surviennent dans un contexte de pouvoir de marché permanent. Les redressements qui éliminent l'exploitation de ce pouvoir au moyen d'une mesure pourraient entraîner son exploitation par une autre mesure moins efficace.

Les questions relatives à l'efficacité exercent également leur effet à long terme. Dans la mesure où la position dominante découle d'une lutte entre concurrents, la limitation des stratégies concurrentielles dont dispose l'entreprise dominante réduit également l'incitatif à engager la lutte au départ.

De façon plus générale, bon nombre de soi-disant agissements anticoncurrentiels sont éventuellement efficaces. La question de savoir s'il débouchent sur l'exclusion et s'ils réduisent le surplus économique en général repose largement sur l'existence d'une domination du marché; il s'agit fondamentalement d'une question relevant de la définition du marché. Il est donc important d'utiliser des preuves ne découlant pas des agissements anticoncurrentiels présumés pour définir le marché.

Interac

Une discussion plus poussée de l'affaire *Interac* serait utile aux fins de la présente étude parce qu'elle porte sur les institutions financières, les réseaux qui les lient et les règlements qui les limitent. Cette affaire présente quelques-uns des problèmes liés à l'application de la *Loi sur la concurrence* dans un contexte réglementé. L'affaire *Interac* porte également sur la notion de position dominante conjointe, et sur l'exercice du pouvoir de marché que les neuf membres fondateurs d'Interac détenaient conjointement, mais non individuellement. La réduction de la concurrence présumée par le directeur comprenait principalement une diminution de la variété des produits et du rythme de mise en place des nouveaux services.

Comme l'a décrit le Tribunal de la concurrence, Interac est un réseau électronique reliant des guichets automatiques bancaires (GAB), des terminaux aux points de vente (PDV) et des comptes-clients dans les institutions financières participantes (membres). Au moment où l'ordonnance par consentement a été rendue, en 1996, Interac comptait 27 membres : les neuf membres fondateurs et 18 membres affiliés. Ces derniers sont branchés au réseau par le biais d'un commutateur contrôlé par un membre fondateur.

Interac fournit deux services financiers. Le premier porte sur le retrait de numéraire (RN) qui permet au titulaire d'une carte de débit ou de crédit émise par un membre d'Interac de prélever des espèces à partir d'un GAB exploité par un autre membre d'Interac. Le deuxième service est le paiement direct Interac (PDI) qui permet à un client détenteur d'une carte de débit émise par un membre d'Interac de payer ses achats auprès d'un détaillant à l'aide d'un terminal loué à ce détaillant par un membre d'Interac. Les membres d'Interac peuvent participer à titre d'émetteurs de carte et d'acquéreurs (opérations) ou simplement comme émetteurs de carte. Un membre acquiert une opération lorsque le client utilise l'un de ses GAB ou terminaux PDV pour obtenir du numéraire ou pour payer un détaillant.

En décembre 1995, le directeur a demandé au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance pour interdire aux neuf membres fondateurs d'Interac d'abuser de leur position dominante conjointe sur les marchés « intermédiaires » et « de détail » des services financiers électroniques partagés. Le marché intermédiaire a été défini par le directeur comme étant le marché des services de réseau requis par une institution financière pour donner à ses membres un accès électronique aux comptes qu'elle détient. Le directeur estimait que le marché de détail englobe les services partagés qui permettent aux consommateurs d'utiliser une carte émise par une institution financière pour avoir accès électroniquement à son compte dans cette institution financière, que ce soit au moyen d'un GAB ou d'un terminal PDV.

Le directeur a prétendu que les membres fondateurs (les intimés) avaient structuré les règlements internes et les règlements d'exploitation d'Interac de manière à réduire sensiblement la concurrence au chapitre de l'offre de services financiers électroniques partagés au Canada. La demande d'ordonnance n'ayant pas été contestée, les intimés ne remettent pas en cause ces allégations.

De l'avis du directeur, les règlements internes d'Interac étaient restrictifs, car ils limitaient la participation au marché des services de réseau électronique partagés. Les règlements internes ont

été réputés empêcher la concurrence entre les acquéreurs (un frais couramment convenu était fixé pour les opérations effectuées à partir de GAB) et pour empêcher l'innovation au chapitre des produits et des services (l'offre de services additionnels était conditionnelle à l'approbation des autres membres). L'ordonnance réclamée par le directeur visait à permettre à d'autres institutions financières et intervenants de se raccorder directement à Interac. En tentant d'améliorer l'accès à Interac et d'accroître la concurrence entre ses membres, le directeur a renoncé implicitement à certaines solutions de remplacement, y compris la création d'un réseau concurrent de services financiers électroniques partagés.

Les conditions de l'ordonnance par consentement exigeaient que le raccordement direct à Interac soit offert à toutes les entreprises commerciales à titre d'acquéreurs (propriétaires de GAB ou de terminaux PDV). Dans le cas des émetteurs de cartes, le raccordement direct à Interac devait s'appliquer à toutes les institutions financières, c'est-à-dire à tous les membres de l'Association canadienne des paiements (ACP). Le conseil d'administration d'Interac conservait le pouvoir d'établir des critères raisonnables en matière de raccordement direct des acquéreurs ou des émetteurs.

L'ordonnance par consentement a également modifié les conditions d'admissibilité au raccordement indirect (c'est-à-dire en passant par le commutateur des membres raccordés directement). Plus particulièrement, il n'était plus interdit aux membres d'Interac d'accorder un accès indirect à Interac aux membres qui n'adhéraient pas à l'ACP. Selon les modalités de l'ordonnance, une entité branchée directement serait autorisée à conclure une entente avec, par exemple, une maison de courtage ou une société d'assurances, ce qui permettrait aux clients de membres n'adhérant pas à l'ACP d'avoir accès, par l'entremise d'Interac, aux fonds placés dans ces institutions.

L'ordonnance par consentement portait également sur la structure de régie et sur les règles d'exploitation d'Interac. Le nombre de membres au sein du conseil devait augmenter. Les membres fondateurs ne seraient plus en mesure de bloquer l'offre de nouveaux services par des membres individuels. L'ordonnance a eu en outre pour effet de limiter les sources de bénéfices d'Interac à un frais de commutation simple perçu sur chaque message.

Dans le cadre de l'examen de l'efficacité de l'ordonnance par consentement pour corriger la réduction de la concurrence relevée par le directeur, le Tribunal a mis en doute les mesures de redressement choisies par le directeur. Il s'est demandé pourquoi le directeur n'avait pas envisagé la possibilité de demander une ordonnance obligeant Interac à compenser les opérations entre ses membres à l'extérieur de l'ACP. Une telle mesure aurait libéré Interac des règles de l'ACP et aurait permis aux membres n'adhérant pas à l'ACP de se brancher directement au réseau à titre d'acquéreurs et d'émetteurs, résultat que le Tribunal a semblé juger préférable à la solution proposée par le directeur. Cependant, le Tribunal a également admis que le directeur était confronté à un dilemme. Une ordonnance obligeant Interac à compenser les opérations à l'extérieur de l'ACP aurait été contestée et le moyen de défense fondé sur l'activité réglementée aurait été invoqué. La question consistait à déterminer jusqu'où le directeur aurait pu pousser le dossier de la réglementation et de la politique publique.

Le Tribunal a admis avec une certaine réticence qu'il devrait évaluer la suffisance de l'ordonnance par consentement pour ce qui est de corriger la réduction de la concurrence relevée par le directeur, compte tenu du fait que tous les intéressés demeureraient assujettis aux règles de l'ACP. Il a accepté le fait que l'ordonnance permettrait à une centaine d'autres membres de l'ACP d'avoir accès au réseau Interac à des conditions presque identiques à celles appliquées aux membres fondateurs. Le Tribunal a fait remarquer qu'il ne possédait pas de preuve quant au nombre de requérants désirant se joindre au réseau.

Le Tribunal a conclu que le projet d'assouplissement des exigences de lancement de nouveaux services pourrait accroître le taux d'innovation au chapitre des services bilatéraux et multilatéraux même si ce projet n'était pas susceptible d'influer de quelque façon que ce soit sur les services partagés.

Pour ce qui est des dispositions de l'ordonnance qui prévoyaient le branchement des acquéreurs qui n'étaient pas membres de l'ACP, le Tribunal a fait part de son scepticisme. Il a fait remarquer les moyens utilisés par les maisons de courtage pour offrir à leurs clients l'accès aux fonds du marché monétaire par l'entremise de VISA ou de MasterCard aux États-Unis. Il a conclu que les efforts déployés au Canada pour reproduire ce service n'avaient pas été fructueux, en partie parce qu'ils obligeaient les clients des institutions non membres de l'ACP à posséder également un compte auprès d'un membre de l'ACP. Il n'était pas évident pour le Tribunal si les règles de l'ACP permettent des accords n'exigeant pas que les clients qui demandent l'accès électronique à leur compte auprès d'institutions non membres de l'ACP ouvrent également un compte auprès d'un membre de l'ACP.

L'ordonnance par consentement rendue par le Tribunal dans l'affaire *Interac* est en vigueur depuis un an et demi. Pendant cette brève période, le nombre de membres d'Interac a augmenté et le réseau compte maintenant des institutions non financières. De nouveaux acquéreurs œuvrent dans les secteurs du retrait de numéraire partagé et des terminaux PDV. Jusqu'à maintenant, il n'existe toutefois pas de nouveaux services partagés ou réseaux secondaires en vue.

Conclusions

Ce bref survol de l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d'abus de position dominante au Canada avait pour objectif de déterminer si elles sont susceptibles d'encourager la concurrence dans le secteur des services financiers. Il est important de comprendre le but des dispositions de la Loi en matière d'abus. Elles ne visent pas à contrôler les prix ou la qualité du service offert par une entreprise dominante. L'établissement de prix élevés ou la prestation de services de qualité quelconque ne constituent pas en soi des agissements anticoncurrentiels¹²². Ceux qui désirent obtenir des services bancaires gratuitement ou à peu de frais devront s'en remettre à d'autres mécanismes stratégiques. Les dispositions relatives à l'abus visent plutôt à empêcher une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises dominantes

¹²² Évidemment, une entente conclue par les concurrents importants en vue de majorer les prix ou de réduire la qualité du service constituerait une infraction en vertu de l'article 45 de la Loi.

d'exclure de nouveaux arrivants ou des rivaux de moindre envergure qui, par ailleurs, réduiraient les prix ou amélioreraient le service. Il est difficile de bien saisir ce point. Une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises dominantes qui exclut de nouveaux concurrents en offrant un meilleur service ou en abaissant les prix ne commet pas un agissement anticoncurrentiel. Le Tribunal l'a déterminé clairement dans l'affaire *Télé-Direct*. L'agissement éventuellement anticoncurrentiel réside plutôt dans l'exclusion par des moyens qui ne relèvent pas du rendement concurrentiel supérieur. Il peut être difficile d'établir cette distinction. Des pratiques comportant une justification commerciale légitime (efficience) sont également restrictives. Trouver le juste milieu peut poser un problème.

Pour ce qui est de l'application des dispositions de la Loi touchant l'abus au secteur des services financiers, il y a lieu d'être optimiste. Le Tribunal a examiné une importante affaire visant ce secteur. Ce ne sont pas les experts du secteur qui ont manqué dans cette instance. Bon nombre des questions de concurrence qui avaient suscité des craintes chez divers participants du secteur ont été reprises par le directeur et examinées par le Tribunal. Mentionnons à ce titre l'exercice conjoint du pouvoir de marché par un groupe dominant, la réduction de la concurrence hors-prix, l'incapacité de certains groupes secondaires de clients identifiables de passer d'un fournisseur à un autre et la définition des marchés locaux. Par ailleurs, les contraintes imposées dans le secteur financier par les diverses formes de réglementation au chapitre de l'application de la loi sur la concurrence sont toutefois devenues rapidement apparentes.

De façon plus générale, l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d'abus a été relativement efficace et le directeur a réussi, dans une grande mesure, à obtenir les ordonnances correctives qu'il avait demandées. La démarche du directeur et les décisions du Tribunal ont favorisé les victimes, faisant fréquemment correspondre la chance des nouveaux arrivants exclus et l'état de la concurrence. Les mesures de redressement ont été passablement rigoureuses dans certains cas, mais pas dans tous. Cette constatation devrait rassurer quelque peu ceux qui craignent une recrudescence des pratiques restrictives découlant d'une plus grande concentration des marchés des services financiers. Le nombre d'affaires que le directeur peut examiner est toutefois limité. Comme il a été mentionné à la section VIII au sujet des accords de ventes liées, les préoccupations de cette nature pourraient être réduites en accordant un droit d'accès privé au Tribunal de la concurrence dans les cas d'abus de position dominante.

X. Conclusions

Questions et réponses

(1) Compte tenu des décisions rendues dans les affaires Hillsdown et Southam, les dispositions de la Loi sur la concurrence (LC) au sujet des fusionnements suffisent-elles pour assurer un contrôle efficace des fusionnements dans le secteur des services financiers, plus particulièrement si le gouvernement abandonne sa directive cadre selon laquelle « les grandes institutions financières ne s'achètent pas entre elles »?

Les résultats de l'examen des fusionnements en vertu de la LC ont été analysés en détail à la section II. Le directeur a perdu dans l'une des deux instances susmentionnées (*Hillsdown*) et a gagné partiellement dans l'autre. Même si la mesure de redressement imposée par le Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Southam* prévoyait un important dessaisissement, ce dernier n'a pas encore eu lieu et l'affaire en est à sa huitième année. Compte tenu des affaires portées en justice, il ne serait pas déraisonnable de conclure que la *Loi sur la concurrence* n'a pas constitué une arme très efficace pour lutter contre les fusionnements anticoncurrentiels.

L'efficacité de la LC en matière de réduction du nombre de fusionnements anticoncurrentiels ne peut être jugée uniquement d'après les deux affaires susmentionnées. L'analyse de tous les résultats des examens de fusionnement en vertu de la LC permet de conclure que la Loi n'a pas été inefficace à ce chapitre, quoiqu'elle aurait probablement pu être plus efficace qu'elle ne l'a été. La LC ne fait manifestement pas partie de la même catégorie que son prédécesseur, la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions* (LERC). Pour ce qui est de l'examen des fusionnements, la LERC a lamentablement échoué, principalement parce qu'à titre de loi criminelle, elle exigeait une preuve hors de tout doute raisonnable qu'un fusionnement avait été préjudiciable à l'intérêt public.

Lorsque l'on tient compte des projets de fusionnement abandonnés en prévision de la réaction du directeur ou après consultation de ce dernier, de même que des fusionnements qui sont restructurés à la suite d'engagements auprès du directeur ou d'ordonnances par consentement, il devient évident que le processus d'examen des fusionnements est efficace et qu'il permet dans une mesure raisonnable de s'assurer que les marchés ne seront pas exposés, par la suite d'un fusionnement, à un monopole ou à une position dominante.

Il est un peu plus risqué d'effectuer des prévisions au sujet de la réaction probable du directeur et du Tribunal en matière de fusionnements dans des cas d'oligopole restreint (petits nombres). Dans un cas, le directeur a exigé des dessaisissements suffisants pour que la part du marché *pro forma* de l'entité fusionnée soit inférieure à 25 % dans les marchés où il estimait que les forces de la concurrence étaient faibles. Dans d'autres cas, il a apparemment été satisfait d'une situation où la part du marché de l'entité fusionnée approchait les 50 %. La réaction du directeur à un projet de fusionnement dépend évidemment des facteurs énoncés à l'article 93, mais elle est également fonction, en partie, de la situation du marché, des mesures de redressement possibles et des ressources limitées du directeur. Dans un marché où les facteurs de l'article 93 sont défavorables et où les consommateurs sont peu nombreux et ne peuvent se comporter de façon

stratégique, le directeur pourrait bien exprimer de grandes craintes au sujet d'un fusionnement où la part du marché *pro forma* dépasse 25 % lorsque le projet entraîne la création de la plus importante entreprise sur le marché. La réaction véritable du directeur dépendrait toutefois de la nature des mesures de redressements dont il dispose.

La deuxième partie de la question consiste à déterminer si l'application de la LC est suffisante pour réduire le nombre de fusionnements anticoncurrentiels dans le secteur des services financiers. Il convient de préciser si ce secteur en général, et les services bancaires en particulier, exigent un examen plus poussé des fusionnements que d'autres secteurs. Comme la plupart des autres secteurs, les services bancaires possèdent leurs propres caractéristiques. Il importe donc de savoir si la méthode d'analyse des fusionnements utilisée dans tous les autres secteurs (y compris ceux qui sont assujettis à diverses formes de réglementation) doit être appliquée presque intégralement à la situation actuelle du secteur bancaire, comme le propose le Bureau de la concurrence.

Les États-Unis et l'Australie possèdent des antécédents semblables à ceux du Canada et ont également examiné cette question de façon explicite. Ils ont décidé sans équivoque d'analyser les conséquences des fusionnements de banques sur la concurrence en leur appliquant la même méthodologie qu'à l'examen des fusionnements dans d'autres secteurs. La conséquence est évidente. En ce qui touche l'applicabilité des mécanismes et notions de l'analyse conventionnelle des fusionnements, le secteur bancaire ne diffère pas considérablement des autres secteurs. Il est important de comprendre que cela ne signifie pas que le secteur bancaire ne diffère pas du raffinage du pétrole ou de la meunerie (il existe des différences très importantes au chapitre des caractéristiques propres de ces secteurs), mais plutôt que le cadre d'analyse de l'examen des fusionnements est suffisamment général pour être appliqué à la situation de chacun de ces secteurs.

Bien que la pertinence et la transférabilité de notions telles les entraves à l'accès, le caractère substitutif des produits et l'intensité de la concurrence des importations ne soient pas contestées, on peut néanmoins soutenir que des seuils différents de concentration du marché sont davantage requis dans le secteur bancaire que dans les autres secteurs. Réduit à sa plus simple expression, l'argument veut que, même si la concurrence entre, par exemple, quatre meuneries était possible, la concurrence entre quatre banques ne le serait pas. Si les autorités chargées de la concurrence n'appliquaient qu'une ligne de conduite en matière de part de marché ou de concentration, il y aurait en fait lieu de s'inquiéter. Mais il s'agit exactement du but des facteurs énoncés à l'article 93. En fait, il importe de tenir compte de la nature de l'interaction en matière de concurrence, y compris des facteurs comme la transparence des prix (affichés), le rôle de la concurrence dans le secteur des services, l'envergure des clients et le coût rattaché à la rupture (substitution) de relations de longue date; c'est précisément là le but du processus d'examen des fusionnements au Canada.

Bien qu'il semble que les autorités chargées des lois antitrust en Australie et aux États-Unis aient admis sans réserve qu'il puisse exister des frictions sur les marchés des services bancaires de détail, les seuils de part et de concentration du marché appliqués dans les fusionnements de banques n'ont pas été modifiés en Australie. Aux États-Unis, ces seuils sont plus généreux sous l'angle de l'accroissement toléré de la concentration du marché que dans d'autres secteurs. Cette

situation tient compte du fait que l'on reconnaît que des fournisseurs de services bancaires de détail, à l'exception des banques, exercent généralement leur activité dans la plupart des marchés locaux et qu'il existe certains autres facteurs qui ont pour effet net d'*atténuer* les craintes au sujet de l'exercice du pouvoir de marché à un certain niveau de concentration du marché. Pourtant, un fusionnement entre banques détenant chacune au moins 12 % d'un marché bancaire local comportant au plus six banques entraînerait de graves problèmes aux États-Unis. Pour les organismes antitrust des États-Unis, la principale question consiste à déterminer non pas si le secteur bancaire est différent des autres, mais plutôt si les institutions financières offrent ou pourraient offrir les principaux services bancaires de détail, plus particulièrement des prêts aux petites entreprises.

Il découle donc de tout cet examen qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer aux fusionnements de banques au Canada des méthodes d'analyse différentes ou des seuils différents de part ou de concentration du marché. Il importe de bien connaître les marchés visés, c'est-à-dire les solutions de rechange à la disposition des utilisateurs de services bancaires de détail et leur capacité de s'en servir.

(2) Les dispositions de l'alinéa 94b) de la LC (qui permettent en fait au ministre des Finances d'exercer son droit de préemption sur l'examen d'un fusionnement effectué par le Bureau de la concurrence en vertu de la Loi sur les banques, de la Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt ou de la Loi sur les sociétés d'assurances s'il certifie au directeur, en vertu de la LC, que « cette fusion est souhaitable dans l'intérêt du système financier canadien ») constituent-elles un rapprochement suffisant ou satisfaisant de facteurs contradictoires en matière de réglementation dans le cadre du processus d'examen des fusionnements, par rapport à d'autres solutions possibles, notamment :

a) les examens simultanés de la réglementation;

b) l'examen d'un fusionnement qui se limite aux compétences de l'organisme de réglementation du secteur financier et dans le cadre duquel le directeur soumet le point de vue du Bureau à l'examen de l'organisme de réglementation du secteur financier?

À cet égard, compte tenu du fait que seuls les effets du fusionnement sur la concurrence intéressent le directeur, existe-t-il des conflits inhérents entre l'objectif de promotion de la concurrence d'une part, et de protection de la stabilité du système financier d'autre part? Dans l'affirmative, de quelle façon le régime réglementaire et législatif peut-il tenter de les rapprocher?

Comme il est expliqué ci-dessus, les méthodes d'évaluation des effets anticoncurrentiels probables d'un projet de fusionnement en vertu du processus actuel d'examen des fusionnements sont suffisamment générales et souples pour s'appliquer au fusionnement de banques. Un organisme de réglementation spécialisé dans la concurrence au sein du secteur financier n'apporterait aucun élément d'analyse nouveau. Un tel organisme serait redondant. Un seul organisme doit réglementer la concurrence, et il doit détenir un pouvoir absolu en matière de concurrence. L'Australie a adopté cette démarche. Cela ne signifie toutefois pas que le Bureau de la concurrence possède nécessairement les ressources requises pour analyser les questions de

concurrence à la fois nombreuses et complexes susceptibles de découler d'un fusionnement de banques de l'annexe I. Le Bureau et le Tribunal doivent avoir facilement accès à l'expertise des institutions, que ce soit au sein d'autres organismes publics ou dans le secteur privé.

Bien qu'il soit difficile de dégager des avantages de l'évaluation parallèle de fusionnements de banques sur la concurrence, il s'agit de la démarche adoptée aux États-Unis, où l'organisme de réglementation du secteur bancaire et le département de la Justice (DOJ) évaluent simultanément les fusionnements de banques; de plus, des dispositions législatives limitent ou pourraient limiter les fusionnements de banques proprement dits. Pour ce qui est de l'évaluation simultanée de l'effet des fusionnements de banques sur la concurrence, les travaux effectués par l'organisme de réglementation bancaire semblent tout à fait redondants. Cet organisme et le DOJ utilisent les mêmes renseignements et presque les mêmes critères d'évaluation et en tirent la même conclusion. L'organisme de réglementation bancaire ne formule pas un point de vue et n'utilise pas un mode d'analyse propre au secteur. En fait, le DOJ est plus rigoureux que l'organisme de réglementation bancaire, plus particulièrement en ce qui touche sa crainte que les dessaisissements ne profitent aux petites entreprises. Aucune analyse effectuée aux États-Unis ne suppose que l'évaluation simultanée de la concurrence offre des avantages ou que la responsabilité de l'examen des fusionnements doit être confiée à un intervenant autre que l'organisme chargé des lois antitrust.

Les lois américaines limitent la taille des sociétés de portefeuille bancaire à l'échelle nationale à 10 % des dépôts et permettent aux États, s'ils le décident (et certains États ont procédé ainsi) de limiter à 30 % la part des dépôts détenus par des sociétés de portefeuille bancaire. Les États peuvent également interdire l'établissement de réseaux de succursales inter-État; le Texas semble avoir procédé ainsi. Il convient de déterminer si la loi suppose que d'autres restrictions sont requises à l'égard des fusionnements et des pratiques commerciales des banques susceptibles d'être anticoncurrentielles, c'est-à-dire que la loi générale sur la concurrence est en quelque sorte insuffisante. Dans bien des cas, les dispositions touchant la limitation de la part des dépôts ne sont pas exécutoires. Le plafond national de 10 % n'est pas obligatoire. La plupart des fusionnements de banques constitueraient des infractions aux lois antitrust avant même d'atteindre le plafond de 30 % imposé sur la part des dépôts dans les États. Il se peut que les plafonds aient été fixés en raison de craintes au sujet d'autres questions. Les États veulent peut-être dissuader les banques étrangères de s'implanter sur leur marché. Ce problème ne se pose manifestement pas au Canada. Les sociétés d'assurances se sont également opposées à l'activité bancaire inter-États. La limitation de l'expansion des banques entre les États visait peut-être davantage à protéger les concurrents que la concurrence. Somme toute, peu d'éléments indiquent que les plafonds imposés à la part des dépôts par les lois constituent un complément efficace ou important du processus d'examen des fusionnements dans le secteur bancaire des États-Unis.

La recommandation voulant que le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence soient chargés d'évaluer les répercussions des fusionnements de banques sur la concurrence à l'intérieur des marchés bancaires ne sous-entend pas que d'autres organismes de réglementation n'ont pas un rôle à jouer ou que la coordination n'est pas nécessaire. L'organisme de réglementation chargé des questions de prudence a un rôle à jouer. Bien que cette question doive être étudiée par d'autres intervenants, les arguments selon lesquels la concentration accrue des

banques engendre des problèmes de réglementation prudentielle (envergure garante du succès) ne semblent pas avoir persuadé les instances qui les ont examinés (la Commission Wallis, par exemple).

Bien qu'il soit peu probable qu'une réduction de la concurrence pose en soi un problème à l'organisme chargé de la réglementation prudentielle, celui-ci pourrait avoir l'occasion de contester un fusionnement pour d'autres motifs (non convenance de l'une des entreprises parties au fusionnement) ou d'exiger un fusionnement pour prévenir une faillite. Cette question pose des problèmes intéressants. L'organisme de réglementation prudentielle doit-il avoir la priorité absolue au sujet des questions de prudence (auquel cas le directeur se retirerait dès que des craintes relatives à la prudence seraient annoncées), ou devrait-il y avoir compromis? Par exemple, une banque en faillite doit-elle être vendue à la première banque désireuse de l'acquérir, ou doit-on faire le tour du marché jusqu'à ce que l'on ait épuisé les possibilités d'une entente de sauvetage moins anticoncurrentielle? Doit-on à tout le moins obliger l'organisme de réglementation prudentielle à examiner les présentations du directeur au sujet des répercussions éventuellement anticoncurrentielles des programmes de sauvetage proposés? Dans ce sens restreint, il pourrait exister un compromis entre la concurrence et la stabilité du système financier. Quelle que soit l'issue choisie, la situation actuelle, en vertu de laquelle l'on ne sait ni quand ni comment les préoccupations en matière de réglementation prudentielle s'insèrent dans le processus d'examen des fusionnements, est insatisfaisante.

Si d'autres organismes de réglementation se voient également accorder un rôle à jouer dans l'examen des fusionnements de banques de l'annexe I, des problèmes de coordination semblables pourraient également surgir. Si des critères « d'avantages pour le Canada » semblables à ceux d'Investissement Canada et des engagements en matière de conservation d'emplois sont imposés pour une quelconque raison aux fusionnements de banques de l'annexe I, il convient de se demander s'il convient d'accepter que des facteurs de cette nature puissent infirmer les décisions du Bureau de la concurrence. Une telle démarche serait discriminatoire, car ces facteurs ne font pas partie des critères d'évaluation des fusionnements en vertu de la LC et ils ne sont pas obligatoires dans le cas de fusionnements au sein d'autres secteurs. L'imposition d'exigences de cette nature constituerait également un plan d'action regrettable, car les tentatives antérieures visant à créer des emplois au moyen de la réglementation ont été un échec lamentable. Néanmoins, si des exigences du genre sont imposées, il faudra déterminer s'ils ont préséance sur les décisions en matière de concurrence ou s'ils les compensent en cas de litige.

(3) Dans les affaires portant sur le secteur des services financiers, est-il nécessaire de tenir spécialement compte des gains en efficacité, au-delà des dispositions de la LC en matière de défense fondée sur les gains en efficacité dans une affaire de fusionnement (c'est-à-dire envisager les gains en efficacité provenant d'un fusionnement comme l'un des critères d'évaluation même lorsque l'ensemble des gains serait insuffisant pour invoquer la défense prévue par l'article 96)? Dans l'affirmative, ces gains devraient-ils n'être envisagés que lorsqu'ils sont susceptibles d'être transmis aux consommateurs, qui en profiteraient? Quelles conditions garantiront la transmission de ces gains?

La défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'article 96 de la LC offre un fondement suffisant pour défendre un fusionnement qui a pour effet d'accroître non seulement l'efficacité,

mais également le pouvoir de marché. Il a été proposé de temps à autre de considérer également les gains en efficience comme un facteur prévu à l'article 93 aux fins de l'évaluation d'un fusionnement, car les gains réalisés constituent un motif de fusionnement différent de la recherche du pouvoir de marché¹²³. Les gains en efficience sont indirectement importants dans le cadre de l'évaluation d'un fusionnement, car plus ils sont importants, moins le fusionnement est susceptible d'être rentable parce qu'il accroît le pouvoir de marché et que les cas de pouvoir de marché peuvent être pondérés en conséquence.

Les gains en efficience doivent confronter directement le pouvoir de marché accru à l'article 96. Il n'a pas été déterminé si l'article 96 sera éventuellement interprété comme permettant une comparaison intégrale de tous les effets d'un fusionnement sur l'augmentation et la diminution du

¹²³ Les gains en efficience pourraient être envisagés comme un autre facteur en vertu de l'alinéa 93h). Il convient de se rappeler le texte de l'article 93 de la LC :

Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties au fusionnement réalisé ou proposé;

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé;

c) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties au fusionnement réalisé ou proposé;

d) les entraves à l'accès à un marché, notamment :

(i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,

(ii) les barrières interprovinciales au commerce,

(iii) la réglementation de cet accès,

et tous les effets du fusionnement, réalisé ou proposé, sur ces entraves;

e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé;

f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;

g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;

h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé.

surplus. Ce point soulève deux questions. Premièrement, les gains en efficience issus d'un fusionnement sont-ils tous perceptibles, c'est-à-dire qu'ils peuvent être comparés aux effets du pouvoir de marché et, par conséquent, avoir un effet favorable sur le fusionnement? Le bénéfice que les entreprises étrangères réalisent ou ne répartissent pas à la suite d'un fusionnement constitue l'un des avantages de cette démarche et il devrait être pris en compte favorablement. On ne peut toutefois déterminer avec certitude si le directeur adopterait cette démarche à l'heure actuelle.

Deuxièmement, il convient de déterminer si la défense fondée sur les gains en efficience entraînera éventuellement un équilibre simple des effets positifs et négatifs d'un fusionnement ou s'il faudra veiller, à la suite d'un fusionnement, que la situation de quiconque au Canada n'empire pas à la suite du fusionnement. Le Tribunal de la concurrence semble interpréter la LC comme si elle l'obligeait à rejeter les projets de fusionnement qui ont pour effet d'empirer la situation d'un groupe de clients canadiens même si celle des actionnaires canadiens s'améliore dans une bien plus grande mesure. En vertu de cette démarche, les avantages que peuvent conférer un fusionnement au plan de l'augmentation ou de la conservation des activités étrangères ne seraient pas pris en compte, avec le risque que l'évaluation du fusionnement en vertu de la LC soit rejetée par le Ministre pour des motifs de compétitivité. Si l'accroissement du surplus au profit des Canadiens découlant d'un fusionnement est jugé favorablement sans égard à la source, une évaluation de la compétitivité est redondante. Si l'évaluation effectuée en vertu de la LC a préséance dans les affaires de concurrence, elle ne peut faire fi d'une certaine partie des augmentations de surplus dont devront bénéficier les Canadiens après le fusionnement.

(4) Les craintes selon lesquelles l'exécution d'un fusionnement proposé peut faciliter des pratiques de collusion, d'interfinancement, de mesures discriminatoires en matière de fixation des prix, de ventes liées et d'exclusivité et d'autres pratiques présumément anticoncurrentielles sont-elles suffisamment atténuées par la réponse à l'effet que d'autres dispositions particulières de la LC traitent en temps et lieu de cette question?

La possibilité qu'un fusionnement proposé facilite un comportement d'interdépendance constitue l'une des plus importantes craintes dans le cadre de l'examen d'un fusionnement. Les lignes directrices du Canada et des États-Unis en matière de fusionnement renferment des analyses des signaux d'alerte indiquant qu'un marché présente des possibilités de comportement collusoire. Aux États-Unis, un fusionnement bancaire qui accroît l'IHH dans une proportion de 250 points pour lui faire dépasser la barre des 2 200 points serait fortement contesté par le département de la Justice. En gros, à défaut d'énormes gains en efficience, la consolidation accrue d'un marché bancaire local desservi par cinq banques de taille approximativement égale serait susceptible de ne pas être tolérée aux États-Unis. Cette situation découle d'une crainte à l'effet que la collusion deviendrait à coût sûr une possibilité si l'on autorisait une concentration accrue du marché. Il s'agit toutefois d'un jugement qualitatif plutôt que quantitatif. Même si les lignes directrices en matière de fusionnement insistent sur l'exercice en interdépendance du pouvoir de marché dans des situations d'oligopole, des modèles d'oligopole généralement reconnus prédisent des conséquences néfastes des fusionnements au plan des prix et de la production dans des situations d'oligopole restreint *en l'absence de toute intensification de l'interdépendance*. En plus de constituer le fondement de l'analyse de la politique concernant les fusionnements effectuée par des universitaires, ces modèles influencent certainement la pensée des économistes des

organismes d'application des lois antitrust¹²⁴. Il serait incorrect de conclure que le directeur a tort de s'opposer à un fusionnement qui ne répond pas aux critères de position dominante en raison de l'absence relative de précision du paradigme d'indépendance ou de l'absence des conditions relatives à une collusion efficace.

Bien que les fusionnements ne soient pas examinés à partir de l'hypothèse qu'un agissement conjoint facilité par un projet de fusionnement serait empêché par l'interdiction des restrictions horizontales en vertu d'une loi, l'existence d'interdictions efficaces contre le comportement collusoire facilite l'examen des fusionnements. Vu qu'il n'existe pas de moment idéal auquel une collusion devient presque certaine, la présence d'une interdiction efficace des restrictions horizontales permet au processus d'examen des fusionnements d'accorder le bénéfice du doute aux entreprises parties à la fusion. Même si les mesures législatives et la jurisprudence portant sur les restrictions horizontales au Canada doivent être évaluées par d'autres intervenants, il semble évident que des difficultés ont été enregistrées par le passé. Dans la décision *PANS*, la Cour suprême a toutefois établi un fondement sûr au sujet de l'interprétation de la loi à ce sujet et elle a clairement interprété les dispositions de la loi. La collusion explicite entre les banques, même entre un sous-groupe de banques, serait probablement contraire aux dispositions de la version actuelle de l'article 45 et elle serait également visée par l'article 49. Comme l'a précisé le Bureau de la concurrence dans son mémoire au Groupe de travail, les décisions indépendantes en vue de l'adoption des mêmes prix et conditions de vente, ou de l'exécution d'autres pratiques commerciales (souvent appelées parallélisme conscient) ne seraient pas abordées à l'article 45. L'adoption parallèle de pratiques qui ont pour effet d'exclure de nouveaux arrivants, donc de réduire sensiblement la concurrence, pourrait tout de même être abordée à titre d'abus de position dominante, en vertu de l'article 79.

La discrimination par les prix n'est interdite au Canada que lorsqu'elle vise l'éviction (alinéas 50(1)*b*) et *c*) et qu'elle prévoit la vente d'un produit de qualité et de quantité semblables à des clients *concurrents* à des prix différents (alinéa 50(1)*a*). Les poursuites et actions privées en vertu de ces dispositions de la LC sont très rares. Le Tribunal de la concurrence a récemment confirmé, dans l'affaire *Télé-Direct*, que l'imposition de prix inférieurs sur les marchés plus concurrentiels et de prix plus élevés sur des marchés moins concurrentiels (concurrence là où il y a concurrence) ne constitue pas un abus de position dominante.

La discrimination par les prix est si répandue qu'elle passe généralement inaperçue. En fait, la capacité d'un client d'utiliser les connaissances et les solutions de rechange à sa disposition pour négocier un rabais sur les prix affichés est généralement réputée, à juste titre, constituer un indice de la vigueur de la concurrence. Par exemple, la capacité de magasiner pour obtenir un rabais sur les taux d'intérêt affichés pour un prêt hypothécaire est fréquemment invoquée comme preuve de concurrence entre les banques et d'autres prêteurs sur le marché des prêts hypothécaires.

En règle générale, la discrimination par les prix pourrait inclure des clients qui auraient été exclus en vertu de prix non discriminatoires ou exclure des clients qui auraient été inclus en vertu

¹²⁴ Le site Web de la politique canadienne de concurrence, à l'UBC, et celui de la politique antitrust, à l'Université Vanderbilt, renferment des modèles de simulation de fusionnements fondés sur des modèles d'oligopoles non coopératifs.

de prix non discriminatoires. Il est difficile de déterminer le résultat le plus probable. Compte tenu de la probabilité élevée d'obtenir le mauvais résultat, la loi sur la concurrence a prudemment été tenue à l'écart de cette question, à moins que la discrimination n'entraîne également l'éviction.

La possibilité de discrimination par les prix demeure toutefois un facteur pris en compte à l'examen des fusions. Certains clients à l'intérieur d'un marché peuvent avoir accès à de meilleures solutions que les autres. L'entité fusionnée peut ne pas acquérir de pouvoir de marché à l'égard de ses clients les plus mobiles, mais elle peut être capable de fixer des prix plus élevés sur une longue période à d'autres clients qui ont accès à un moins grand nombre de solutions. Dans ce cas, les clients sédentaires peuvent être traités comme un marché de produit distinct et un projet de fusionnement peut être suspendu ou annulé en raison de ses conséquences pour les clients de ce marché. Il s'agit évidemment de la justification de la distinction entre les services bancaires de détail et de gros. Sur le marché des services bancaires de détail, il pourrait exister d'autres distinctions fondées sur la capacité des clients de profiter des solutions de rechange qu'offre l'entité fusionnée. L'accent que place le DOJ sur les services bancaires destinés aux petites entreprises dans son examen des fusionnements de banques aux États-Unis tient compte du fait qu'il reconnaît la possibilité que les petites entreprises soient vulnérables à la discrimination. Le Bureau de la concurrence a indiqué dans son mémoire au Groupe de travail qu'il a l'intention d'adopter une approche semblable aux fins de l'analyse des fusionnements de banques de l'annexe I.

Les ventes liées et l'exclusivité constituent des pratiques examinables en vertu de l'article 77 de la LC. Elles peuvent également constituer des cas d'abus de position dominante ou de position dominante conjointe en vertu de l'article 79 de la LC. À l'heure actuelle, il n'existe pas de disposition concernant les actions privées pouvant être intentées en vertu de ces articles même si des pressions sont exercées pour l'adoption d'une telle disposition. Bien que le nombre de poursuites ne soit pas élevé, il convient tout de même de conclure que l'interprétation des articles 77 et 79 de la LC par le Tribunal de la concurrence a largement favorisé les victimes. Les ventes liées et l'exclusivité soulèvent des craintes si elles accroissent ou implantent le pouvoir de marché. Les ventes liées ne produisent pas souvent cet effet. Le plus souvent, elles constituent un moyen de pratiquer la discrimination par les prix (voir ci-dessus). Le Tribunal de la concurrence peut être disposé à limiter les ventes liées qui nuisent à *un concurrent* même si lesdites ventes n'accroissent pas le pouvoir de marché et ne réduisent pas la *concurrence*. Cette précision doit rassurer les entreprises de services financiers qui se croient victimes de ventes liées ou d'accords d'exclusivité.

Les possibilités de ventes liées sont si variées et si nombreuses que l'on invoque peu souvent l'accroissement des chances de ventes liées. On prétend par ailleurs couramment qu'un fusionnement peut limiter les sources d'approvisionnement ou le nombre de points de vente d'entreprises non intégrées; ce type d'argument est considéré comme l'une des preuves du pouvoir exercé sur l'un des marchés exploités par l'entité fusionnée.

(5) Dans les affaires de fusionnement d'institutions financières, la crainte au sujet de la possibilité accrue de collusion (en raison du nombre réduit de concurrents à la suite du fusionnement) suffit-elle pour justifier l'intervention à un niveau inférieur de concentration du marché que ne semble l'indiquer la démarche actuelle du Bureau en matière d'application des

fusionnements (c'est-à-dire devrait-on prévoir une exigence moins rigoureuse pour contester le fusionnement d'institutions financières que l'exigence actuelle, qui oblige de prouver que le fusionnement empêchera ou réduira sensiblement la concurrence sur le marché pertinent)? Si une telle analyse est rendue nécessaire par la perception que les produits fournis par ces institutions sont essentiellement homogènes et qu'ils peuvent être en grande partie substitués les uns aux autres entre les institutions, cette perception est-elle fondée au plan des faits?

Cette question a été traitée en partie ci-dessus. Bien que le directeur ait approuvé quelques fusionnements sur certains marchés relativement concentrés, il ne faut pas conclure qu'il les autoriserait nécessairement si le secteur bancaire était beaucoup plus concentré. Les Lignes directrices indiquent que le directeur peut entretenir des craintes au sujet de l'exercice en interdépendance du pouvoir de marché lorsque la part du marché *pro forma* de l'entité fusionnée ne dépasse pas 10 % si les quatre plus grandes entreprises détiennent au moins 65 % du marché. Dans son mémoire au Groupe de travail, le directeur a déclaré qu'il appliquerait ce seuil (et celui de 35 % pour l'exercice unilatéral du pouvoir de marché) aux fusionnements de banques. L'Australie et les États-Unis partagent ce point de vue. L'Australie utilise les mêmes seuils pour les fusionnements de banques que pour d'autres fusionnements. Les États-Unis appliquent un seuil plus libéral, mais seulement pour compenser certaines erreurs de calcul des parts du marché. Ce seuil ne découle nullement d'une opinion voulant qu'un certain niveau de concentration du marché revêt une signification différente au sujet de la concurrence dans le secteur bancaire et dans d'autres secteurs.

Évidemment, les lignes directrices ne visent qu'à diriger et elles n'imposent aucune obligation au directeur. Ce dernier pourrait exprimer des craintes à un seuil inférieur. Comme il est indiqué ci-dessus, selon d'autres modèles d'oligopole généralement acceptés, les fusionnements qui ne répondent pas aux critères de position dominante pourraient avoir des conséquences préjudiciables sur les prix et la production, même en l'absence d'une intensification de l'interdépendance. Les plus récentes lignes directrices adoptées aux États-Unis en matière de fusionnement horizontaux (1992) pourraient être interprétées comme le signe d'un empressement à appliquer ce point de vue, en plus des démarches classiques concernant l'exercice unilatéral et en interdépendance du pouvoir de marché.

Le directeur a par ailleurs accepté des niveaux passablement élevés de concentration de la production intérieure lorsque les facteurs énoncés à l'article 93 ont été favorables. Il n'est pas particulièrement utile de discuter de seuil de part du marché et de concentration sans tenir compte des facteurs énoncés à l'article 93. Si ces derniers sont favorables, la concurrence pourrait être possible en présence d'un niveau de concentration du marché relativement élevé. S'ils sont défavorables, même une augmentation relativement faible de la concentration pourrait susciter de graves craintes.

Cette réponse soulève en fait la question suivante : les facteurs énoncés à l'article 93 sont-ils susceptibles d'être favorables ou défavorables sur les marchés bancaires? Pour répondre à cette question, il faut exécuter le type d'analyse détaillée qui accompagne un projet de fusionnement réel. Les conclusions sont susceptibles de varier d'un marché de produit à l'autre. Pour les autorités antitrust des États-Unis, la prestation de services bancaires de détail aux petites entreprises pose un problème. Dans un récent fusionnement en Australie, la préoccupation avait

trait à l'effet du fusionnement sur la concurrence au chapitre de l'offre de comptes d'opérations (de chèques) et de services connexes. Il n'est pas déraisonnable de prévoir que les mêmes préoccupations feront partie des problèmes de concurrence les plus pressants à la suite du fusionnement de banques de l'annexe I au Canada.

(6) En matière de fusionnement dans le secteur des services financiers, quelle méthode convient le mieux pour définir les marchés géographiques et de produit pertinents visés, compte tenu des caractéristiques particulières des services financiers de gros et de détail et de l'évolution technologique rapide qui influe sur le secteur? À cet égard, dans quelle mesure les marchés groupés et multiproduits constituent-ils des outils d'analyse efficaces?

Le paradigme utilisé pour définir le marché est le critère du monopoleur hypothétique. Il est important de comprendre qu'il s'agit d'une façon plus commode d'envisager la définition du marché qu'une méthode appliquée littéralement. Le paradigme suppose essentiellement que l'exercice de définition du marché s'amorce par un marché défini étroitement et qu'il s'élargit si l'opération est justifiée. Le critère d'élargissement consiste à déterminer si les clients à l'intérieur d'un marché ont accès à de bonnes sources de remplacement à l'extérieur. Dans l'affirmative, le marché est défini de façon trop étroite et doit être élargi. Les marchés géographiques de bon nombre de services bancaires de détail sont susceptibles d'être locaux même si un marché local peut englober une région métropolitaine entière. Les marchés de produit peuvent être définis sous l'angle des gammes individuelles de produits pour certains groupes de consommateurs et des combinaison de gammes de produits (groupements) pour d'autres groupes de consommateurs. Les marchés à « guichet unique » sont définis automatiquement dans les affaires de fusionnement portant sur la distribution et les services. Il faudra dûment reconnaître les arguments selon lesquels des gammes de produits classiques, comme les prêts hypothécaires, sont davantage considérées comme des groupes de services à évolution rapide; en outre, ce pourrait être éventuellement ces types de services qui importent le plus.

(7) Dans quelle mesure l'exécution d'un fusionnement exerce-t-elle des pressions en vue de procéder à d'autres fusionnements sur les mêmes marchés, ou les justifie-t-elle, en permettant à d'autres participants du secteur d'invoquer l'argument selon lequel eux aussi doivent être autorisés à fusionner pour atteindre une échelle suffisante et ainsi concurrencer efficacement la nouvelle entreprise fusionnée?

L'exécution d'un fusionnement peut entraîner d'autres projets de fusionnement. La nature des autres projets peut dépendre des caractéristiques du premier fusionnement autorisé. En un sens, les autres projets de fusionnement auront plus de difficulté à survivre, car les marchés pertinents seront devenus plus concentrés à la suite des fusionnements antérieurs. Par contre, les promoteurs de fusionnements ultérieurs pourraient être en mesure de soutenir que leur projet leur permettra de raffermir leur position de concurrent. Il est en fait possible de présenter des arguments de taille pour appuyer les fusionnements d'entreprises de moindre envergure à l'intérieur d'un marché¹²⁵.

¹²⁵ Voir Farrell et Shapiro (1990), MacAfee et Williams (1992) et Werden et Froeb (1994).

(8) *Les dispositions correctives de la LC touchant certaines questions, comme les ventes liées, sont-elles trop faibles ou trop lentes pour contrôler ces pratiques et comportements dans le secteur des services financiers?*

Les ventes liées sont omniprésentes et elles sont très rarement utilisées pour accroître le pouvoir de marché. Le directeur est autorisé à contester les ventes liées qui visent à accroître ce pouvoir. Le Tribunal a manifesté son empressement à conclure à un accroissement du pouvoir de marché en se fondant sur les conséquences négatives pour chaque concurrent. Cette intention devrait rassurer les entreprises qui se croient victimes d'accords de ventes liées conclus par des concurrents. Par ailleurs, le directeur peut examiner un nombre limité d'affaires de ventes liées. Ces dernières ne comptent probablement pas, à juste titre, parmi ses plus grandes priorités. Une décision en matière de ventes liées a été contestée en vertu de la LC et ce, parce qu'il ne s'agissait peut-être pas d'un problème assez grave quant à son effet sur le processus concurrentiel, ou il se peut que le directeur n'ait pas suffisamment de ressources à sa disposition pour examiner les plaintes de ventes liées. Des dispositions concernant l'accès privé au Tribunal, au moins à titre de redressement par voie d'injonction, permettraient d'examiner les problèmes des concurrents s'estimant lésés. Ce recours ne constituerait peut-être pas nécessairement la réponse idéale pour les consommateurs. L'imposition d'interdictions accessoires en matière de ventes liées, comme dans les modifications (non encore promulguées) de la *Loi sur les banques*, ne constitue pas la solution. Rien ne justifie la singularisation des banques. Il n'est pas justifié d'interdire les ventes liées qui n'offrent pas de preuves de réduction de la concurrence. Aux États-Unis, on a remarqué que la disposition interdisant les ventes liées dans la *Bank Holding Company Act* est invoquée en grande partie comme une arme tactique par les concurrents ou qu'elle est utilisée dans le cadre des négociations entre le prêteur et l'emprunteur. Bien que certains intervenants puissent souhaiter défavoriser certains concurrents sur les marchés en croyant à tort qu'une telle démarche assure des règles du jeu équitables, ils ne sont nullement justifiés de prétendre que cette méthode contribue à la vitalité du processus concurrentiel.

Les ventes liées visent souvent à pratiquer la discrimination par les prix, processus qui peut être avantageux au plan social et qui ne contrevient pas aux dispositions de la loi, sauf s'il a pour but d'évincer les concurrents. Par définition, certains paient plus cher et d'autres moins cher à cause de la discrimination par les prix. Ceux qui paient plus cher soutiendront que la discrimination par les prix est néfaste, et elle l'est vraiment pour eux. Ceux qui en profitent peuvent demeurer silencieux. La question fondamentale consiste à déterminer si, en général, la discrimination par les prix est meilleure ou pire que la solution de remplacement. Cette dernière peut prendre la forme d'une marge bénéficiaire constante pour tous les clients. Dans bon nombre de cas, il se pourrait que la situation de l'ensemble des consommateurs et des producteurs soit pire qu'avant.

Bibliographie

Akhavein, Jalal D., Allen N. Berger et David B. Humphrey, *The Effects of Megamergers on Efficiency and Prices: Evidence from a Bank Profit Function*, document de travail n° 199709, Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale, Washington (D.C.), 1997.

Amel, Dean F., *Antitrust Policy in Banking: Current Status and Future Prospects*, Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale, Washington (D.C.).

Australie, Commission d'enquête, *Rapport*, Canberra, 1997.

Australian Competition & Consumer Commission, *Westpac Banking Corporation / Bank of Melbourne: Background to Decision on Merger Proposal*, 1997.

Baillie, James C., *Table ronde sur le droit de la concurrence*, ébauche d'allocation, département de droit, Université de Toronto, vendredi 6 juin 1997.

Bannon, Susan et Krystl Black, *Banking Structure in New England 1993-96*, rapport de recherche n° 74, Banque de la Réserve fédérale de Boston, 1996.

Banque Royale du Canada, *Mémoire au Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien*, 30 octobre 1997.

Baxter, William F. et Daniel P. Kessler, *The Law and Economics of Tying Arrangements: Lessons for Competition Policy Treatment of Intellectual Property*, document présenté à l'occasion d'une conférence sur la propriété intellectuelle et la croissance économique, Hull (Québec), 1996.

Berger, Allen N., « The Profit-Structure Relationship in Banking - Tests of Market-Power and Efficient-Structure Hypotheses », dans *Journal of Money, Credit, and Banking*, 1995, vol. 27, n° 2, pp. 404-431.

Berger, Allen N., David B. Humphrey et Lawrence B. Pulley, « Do Consumers Pay for One-Stop Banking? Evidence from an Alternative Revenue Function », dans *Journal of Banking & Finance* 20, 1996, pp. 1601-1621.

Berger, Allen N., « Using Efficiency Measures to Distinguish Among Alternative Explanations of the Structure-Performance Relationship in Banking », dans *Managerial Finance* 23, pp. 8-31.

Berger Allen N. et Loretta J. Mester, *Inside the Black Box: What Explains Differences in the Efficiencies of Financial Institutions?*, document de travail n° 199710, Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale, Washington (D.C.), 1997.

Berger, Allen N., Anthony Saunders, Joseph M. Scalise et Gregory F. Udell, *The Effect of Bank Mergers and Acquisitions on Small Business Lending*, document de travail n° 9728, Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale, Washington (D.C.), 1997.

- Bernheim, B. Douglas et Michael D. Whinston, « Multimarket Contact and Collusive Behavior », dans *Rand Journal of Economics* 21 (printemps), 1990, pp. 1-26.
- Bian, L. et D.G. McFetridge, *Efficiency Standards for Profitable Mergers*, département d'économie, Université Carleton, Ottawa, 1997.
- Booth, Laurence D., *Competition and Profitability in the Financial Services Industry in Canada*, document présenté à l'occasion d'une conférence sur les enjeux de la réforme du secteur des services financiers canadien, Joseph L. Rotman School of Management, Université de Toronto, 5 janvier 1996.
- Blinder, Alan S., « Antitrust and Banking », dans *The Antitrust Bulletin*, été 1996, pp. 447-465.
- Bresnahan, Timothy F., « The Oligopoly Solution Concept is Identified », dans *Economics Letters* 10, 1982, pp. 87-92.
- Campbell, D. et R. Hughes, « Canadian airline melee reaches Competition Tribunal », dans *Canadian Competition Record* 14 (mars), 1993, pp. 1-5.
- Campbell, D. et R. Hughes, « Competition Tribunal issues decision in airlines case », dans *Canadian Competition Record* 14 (juin), pp. 1-4., 1993a).
- Canada, Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, Fusionnements — Lignes directrices pour l'application de la Loi*. Ottawa, 1991.
- Canada, Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence, rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 1996*, Ottawa, 1996.
- Canada, Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la concurrence, (novembre), *Mémoire au Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien*, Ottawa, 1997.
- Canada, Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, *Rapport du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, en réponse à la demande du Secrétaire d'État (Institutions financières internationales)*, Ottawa, 11 juillet 1997.
- Association des banquiers canadiens, *Mémoire présenté au Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien*, 29 octobre 1997.
- Chant, John F., *New Directions in Canadian Financial Policy - Reforming the Canadian Financial Sector: Canada in Global Perspective*, Université Queen's, Kingston (Ontario), 1996, pp. 13-42.
- Cole, Rebel A. et Nicholas Walraven, *Banking Consolidation and the Availability of Credit to Small Businesses*, document présenté à l'occasion d'une conférence sur la consolidation du secteur des services financiers, Banque de la Réserve fédérale de New York, 27-28 mars 1998).

Collins, P., « Stop the Presses!!!: *Southam* Reversed on Appeal », dans *Canadian Competition Record* 16 (automne), 1995, pp. 21-30.

Collins, P., « Market Foreclosure under Abuse of Dominance: A Commentary on Neilsen », dans *Canadian Competition Record* 18 (automne), 1997, pp. 34-55.

Crampton, Paul S., *Non Efficiency Goals and Alternative Efficiency Approaches to Competition Law: Consumers' Surplus, Total Surplus and Total Welfare*, document préparé en prévision du Troisième atelier annuel du Competition Law and Policy Institute of New Zealand, Auckland, 1992.

DeYoung, Robert et Iftekhar Hasan, *The Performance of De Novo Commercial Banks*, document de travail économique 97-3, Comptroller of the Currency Administrator of National Banks, février 1997.

Deyak, T. et J. Langenfeld, « Efficiencies in U.S. Merger Analysis », *International Merger Law: Events and Commentary* 25, non paginé, 1992.

Dunlop, B., D. McQueen et M. Trebilcock, *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*, Canada Law Book, Toronto, 1987.

États-Unis, département de la Justice, Division antitrust / Federal Trade Commission, « 1992 Horizontal Merger Guidelines », *Federal Register* 57:41552-41563, 1992.

Farrell, J. et C. Shapiro, « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis », dans *American Economic Review* 80, 1990, pp. 107-26.

Fisher, A. et R. Lande, « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », dans *California Law Review* 71:1580-1696, 1983.

Fisher, Alan, Frederick Johnson et Robert Lande, « Price Effects of Horizontal Mergers », dans *California Law Review* 77 (juillet), 1989, pp. 777-827.

Flavell, C. et C. Kent « Director of Investigation and Research v. Southam: Where Do We Go From Here? », dans *Canadian Competition Record* 16 (automne), 1995, pp. 64-72.

Freedman, Charles et Clyde Goodlet, *The Financial Services Sector: Past Changes and Future Prospects*, Banque du Canada, Ottawa, 1998.

Freixas, Xavier et Jean-Charle Rochet, *Microeconomics of Banking*, MIT Press, Cambridge, 1997.

Gilbert, R. et S. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », dans *Antitrust Law Journal* 63 (hiver), 1995, pp. 569-601.

Goldberg, Lawrence et Anoop Rai, « The Structure-Performance Relationship for European Banking », dans *Journal of Banking & Finance* 20, 1996, pp. 745-771.

- Goldman, C. et J. Bodrug, « *The Hillsdown and Southam Decisions: The First Round of Contested Mergers Under the Competition Act* », dans *McGill Law Journal* 38 (septembre), 1993, pp. 725-755.
- Groulx, Karen, « Case Comment: Director of Investigation and Research v. Tele-Direct (Publications) Inc. *et al.* », dans *Canadian Competition Record* 18 (printemps), 1997, pp. 10-25.
- Guerin-Calvert, Margaret E. et Janusz A. Ordovery, « The 1992 agency horizontal merger guidelines and the Department of Justice's approach to bank merger analysis », dans *The Antitrust Bulletin* 37 (automne), 1992, pp. 667-688.
- Guerin-Calvert, Margaret E., « Current Merger Policy: Banking and ATM Network Mergers », dans *The Antitrust Bulletin*, été, 1996, pp. 289-337.
- Hannan, Timothy H. et J. Nellie Liang, « Inferring Market Power from Time-Series Data: The Case of the Banking Firm », dans *International Journal of Industrial Organization* 11 (juin), 1993, pp. 205-218.
- Hannan, Timothy H. et Robin A. Prager, *Do Substantial Horizontal Mergers Generate Significant Price Effects? Evidence from the Banking Industry*, avril 1997.
- Hanweck, Gerald A. et Stephen A. Rhoades, « Dominant Firms, «Deep Pockets,» and Local Market Competition in Banking », dans *Journal of Economics and Business* 36 (décembre), 1984, pp. 391-402.
- Heffernan, Shelagh, *Modern Banking in Theory and Practice*, Wiley, New York, 1996.
- Hunter, L., « Director Seeks Consent order for ABB-Westinghouse Merger », dans *Canadian Competition Record* 10 (juin), 1989, pp. 10-11.
- Hutton, Susan et Lawson Hunter, « Undertaking by Digital Equipment to Stop Tied Selling », dans *Canadian Competition Policy Record* 13 (décembre), 1992, pp. 1-4.
- Jayarathne, Jith et John D. Wolken, *How Important are Small Banks to Small Business Lending? New Evidence from a Survey of Small Firms*, document présenté à l'occasion d'une conférence sur la consolidation du secteur des services financiers, Banque de la Réserve fédérale de New York, 27-28 mars 1998).
- Kattan, J., « Efficiencies and Merger Analysis », dans *Antitrust Law Journal* 62, 1994, pp. 513-535.
- Kennish, T. et J. Fong, « Merger Law Fundamentals: A Canadian & Comparative Perspective », document présenté à l'occasion de la Conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien sur le droit de la concurrence, Aylmer (Québec), 28-29 septembre 1995.

Kerton, R. R., *The Future of the Canadian Financial Services Sector: Is there a Place for the Consumer?*, document présenté à l'occasion du colloque du Conference Board sur le document de travail du Groupe de travail, Toronto, 25 juin 1997.

Keyte, J., « Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard », dans *Antitrust Law Journal* 63 (printemps), 1995, pp. 697-749.

Kwast, Myron L., Martha Starr-McCluer et John D. Wolken, *Market Definition and the Analysis of Antitrust in Banking*, division de la recherche et de la statistique, Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale, octobre 1997.

McAfee, R. Preston et Michael A. Williams, « Horizontal Mergers and Antitrust Policy », dans *Journal of Industrial Economics* 40 (juin), 1992, pp. 181-187.

McFarland, Janet, « Two banks merge custodial services », dans la section *Report on Business* du *Globe and Mail*, 18 novembre 1997, p. B.4.

McFetridge, D.G., « Prospects for the Efficiency Defence », dans *Canadian Business Law Journal* 26 (avril), 1996, pp. 321-357.

McFetridge, D.G., « The Efficiencies Defense in Merger Cases », dans M.B. Coate and A.N. Kleit (s.l.d.), *The Economics of the Antitrust Process*, Kluwer, Boston, 1996, pp. 89-116.

Moore, Robert, R., *Bank Acquisition Determinants: Implications for Small Business Credit*, document de travail sur les études portant sur le secteur financier - Banque de la Réserve fédérale de Dallas, 1997.

Musgrove, James et Daniel Edmonstone, « Abuse of Dominance and Tied selling: Some Thoughts on the Tele-Direct Case », dans *Canadian Competition Policy Record* 18 (été), 1997, pp. 29-53.

Musgrove, James, *A Competition Lawyer's Perspective on Selected Issues*, photocopié, Toronto, 1997.

Nathan, Alli et Edwin H. Neave, « Competition and Contestability in Canada's Financial System: Empirical Results », dans *Canadian Journal of Economics* 22, n° 3 (août), 1989, pp. 576-594.

Nicoll, Frederick A. et Robert W. Deventhal, « The Antitying Provisions of the Bank Holding Company Act: Lenders Beware », dans *The Banking Law Journal* 109 (janvier-février), 1992, pp. 4-27.

Panzar, John C. et James N. Rosse, « Testing for Monopoly Equilibrium », dans *The Journal of Industrial Economics* 35 (juin), 1987, pp. 443-456.

Perrakis, Stylianos, « Assessing competition in Canada's financial system: a note », dans *Canadian Journal of Economics* 24, n° 3 (août), 1991, pp. 727-732.

- Phlips, Louis, *Competition Policy: A Game Theoretic Perspective*, U.P., Cambridge, 1995.
- Pilloff, Steven J., *Multimarket Contact in Banking*, Conseil de la Réserve fédérale, Washington, (D.C.), 1997.
- Pitofsky, R., « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », dans *Columbia Law Review* 90 (novembre), 1990, pp. 1805-1864.
- Pitofsky, R., « Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy », dans *Georgetown Law Journal*, 81: 195-250, 1992.
- Quinn, John J. et Mark J. Nicholson, *Mergers and Acquisitions in the Canadian Retail Banking Industry: The Role of Merger Law and the Competition Bureau*, document présenté à l'occasion de la Conférence annuelle 1997 de l'ABC sur le droit de la concurrence à l'aube du XXI^e siècle, Aylmer (Québec) 18-19 septembre 1997.
- Rhoades, Stephen A., *A Summary of Merger Performance Studies in Banking: 1980-93, and an Assessment of the "Operating Performance" and Event Study: Methodologies*, étude préparée par le personnel, Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale, Washington (D.C.), 1994.
- Rhoades, Stephen A., « Market Share as a Source of Market Power: Implications and Some Evidence », dans *Journal of Economics and Business*, Temple University 37, pp. 343-363, 1985.
- Rhoades, Stephen A., « Consolidation of the Banking Industry and the Merger Guidelines », dans *The Antitrust Bulletin*, automne 1992, pp. 689-705.
- Rhoades, Stephen A., « Competition and bank Mergers: Directions for Analysis from Available Evidence », dans *The Antitrust Bulletin*, été 1996, pp. 339-364.
- Rhoades, Stephen A., « Have Barriers to Entry in Retail Commercial Banking Disappeared? », dans *The Antitrust Bulletin*, à paraître à la fin de 1997 ou au début de 1998.
- Roach, Kent et Michael J. Trebilcock, « Private Party Access to the Competition Tribunal », dans *Canadian Competition Record* 17 (hiver), 1997, pp. 35-38.
- Shaffer, Sherrill, « A Test of Competition in Canadian Banking », dans *Journal of Money, Credit, and Banking*, vol. 25, n^o1, février 1993.
- Slade, Margaret, *The Leverage Theory of Tying Revisited*, polycopié, département d'économie, Université de la Colombie-Britannique, 1996.
- Stanbury, W.T., *Roles, Responsibilities and Resources: The Bureau of Competition Policy's Budget and its Activities*, 1996.
- Stockum, S., « The Efficiency Defence for Horizontal Mergers: What Is the Government's Standard? », dans *Antitrust Law Journal* 61: 829-855, 1993.

Wall, Daniel M., « Aftermarket Monopoly Five Years After Kodak », dans *Antitrust* (été), 1997, pp. 32-38.

Weir, Charlie, « The implementation of merger policy in the U.K. 1984-1990 », dans *The Antitrust Bulletin* 37 (hiver), 1993, pp. 943-967.

Werden, G., « Section 7 of the Clayton Act and the analysis of ‘semihorizontal’ mergers », dans *The Antitrust Bulletin* (printemps), 1992, pp. 135-160.

Werden, G., *Market Delineation under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective*, document de travail EAG 92 -1 du Groupe de l'analyse économique, Division antitrust, département de la Justice des États-Unis, 1992a.

Werden, G., *The History of Antitrust Market Delineation*, document de travail EAG 92 -8 du Groupe de l'analyse économique, Division antitrust, département de la Justice des États-Unis, 1992.

Werden, G., « A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products », dans *Journal of Industrial Economics* 54 (décembre), 1996, pp. 409-413.

Werden, Gregory J. et Luke M. Froeb, « The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit demand and merger Policy », dans *The Journal of Law, Economics and Organization* 10 (2), 1994, pp. 407-426.

Werden, Gregory J. et Luke M. Froeb, « Simulation as an Alternative to structural Merger Policy in Differentiated Products Industries », dans *Malcolm B. Coate and Andrew N. Kleit (s.l.d.). The Economics of the Antitrust Process*, Kluwer, Boston, 1996, pp. 65-88.

Whinston, Michael D., « Tying, Foreclosure and Exclusion », dans *American Economic Review* (septembre) 1990, pp. 837-859.

White, Lawrence J., « Tying, Banking and Antitrust: It's Time for a Change », dans *Contemporary Economic Policy* 13 (octobre), 1995, pp. 26-35.

Wolken, John D. et John T. Rose, « Dominant Banks, Market Power, and out-of-Market Productive Capacity », dans *Journal of Economics and Business* 43: 215-229, 1991.

Wong, Stanley, *The First Tied Selling Case*, document présenté à l'occasion de la 5^e Conférence annuelle de la section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, Aylmer (Québec), 18-19 septembre 1997.