



Bureau de la concurrence  
Canada

Competition Bureau  
Canada

# **FUSIONS – LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI**

**ÉBAUCHE POUR CONSULTATION**

**MARS 2004**

**Canada**

<b>OBJET .....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE 1 – DÉFINITION D’UNE FUSION* .....</b>	<b>2</b>
CONTRÔLE .....	2
INTÉRÊT RELATIVEMENT IMPORTANT .....	2
Transactions devant faire l’objet d’un avis .....	3
Acquisition d’actions avec droit de vote .....	3
Actions sans droit de vote et titres convertibles .....	4
Acquisitions d’éléments d’actif .....	4
Administrations interreliées .....	4
Autres considérations .....	5
Accroissement de l’« intérêt » dans une entreprise .....	6
<b>PARTIE 2 – SEUIL DE L’ENTRAVE À LA CONCURRENCE .....</b>	<b>6</b>
APERÇU .....	6
DIMINUTION DE LA CONCURRENCE .....	7
EMPÊCHEMENT DE LA CONCURRENCE .....	8
SEUIL DE SENSIBILITÉ .....	9
<b>PARTIE 3 – DÉFINITION DU MARCHÉ .....</b>	<b>10</b>
APERÇU .....	10
DÉFINITION DU MARCHÉ DU PRODUIT .....	12
DÉFINITION DU MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE .....	14
Concurrence étrangère .....	16
Établissement des limites géographiques .....	17
<b>PARTIE 4 – PART DE MARCHÉ ET CONCENTRATION .....</b>	<b>18</b>
PARTICIPATION AU MARCHÉ PAR RÉACTION DE L’OFFRE .....	18
CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ .....	19
PARTS DE MARCHÉ ET SEUILS DE CONCENTRATION .....	21
<b>PARTIE 5 – EFFETS ANTICONCURRENTIELS .....</b>	<b>23</b>
EFFETS UNILATÉRAUX .....	25

Entreprises se distinguant principalement par leurs produits.....	26
Entreprises se distinguant principalement par leur capacité.....	27
EFFETS COORDONNÉS.....	27
<b>PARTIE 6 – ACCÈS .....</b>	<b>31</b>
CONDITIONS DE L'ACCÈS.....	31
Délai.....	32
Probabilité.....	32
Suffisance.....	33
TYPES D'ENTRAVES À L'ACCÈS.....	33
Réglementation d'entraves.....	33
Coûts irrécupérables.....	34
Autres facteurs dissuasifs.....	35
<b>PARTIE 7 – POUVOIR COMPENSATEUR .....</b>	<b>36</b>
<b>PARTIE 8 – L'EXCEPTION D'EFFICIENCE .....</b>	<b>37</b>
APERÇU.....	37
GAINS EN EFFICIENCE.....	38
Types de gains en efficacité généralement pris en compte.....	39
<i>Gains touchant l'efficacité de la production.....</i>	<i>39</i>
<i>Gains touchant l'efficacité dynamique.....</i>	<i>40</i>
<i>Déductions de gains en efficacité.....</i>	<i>40</i>
Types de gains en efficacité généralement exclus.....	41
EFFETS ANTICONCURRENTIELS.....	41
Effets sur les prix.....	42
<i>Perte touchant l'efficacité de la répartition des ressources (perte sèche).....</i>	<i>42</i>
<i>Effets sur la redistribution.....</i>	<i>43</i>
Effets sur des aspects autres que les prix.....	43
<i>Diminution du service, de la qualité et du choix.....</i>	<i>43</i>
<i>Perte touchant l'efficacité de la production.....</i>	<i>44</i>
<i>Perte touchant l'efficacité dynamique.....</i>	<i>44</i>
L'ANALYSE COMPARATIVE.....	44
<b>PARTIE 9 – DÉCONFITURE DE L'ENTREPRISE .....</b>	<b>45</b>
DÉCONFITURE DE L'ENTREPRISE ET ÉLÉMENTS D'ACTIF SORTANTS.....	45
SOLUTIONS DE RECHANGE À LA FUSION.....	47
Acquisition par un acheteur préférable sur le plan de la concurrence.....	47
Réduction des activités.....	48

Liquidation .....	48
DÉLAI .....	48
<b>PARTIE 10 – FUSIONS VERTICALES .....</b>	<b>48</b>
ENTRAVES ACCRUES À L'ACCÈS .....	49
EFFETS EN AMONT FACILITÉS PAR L'INTÉGRATION EN AVAL AU NIVEAU DU COMMERCE DE DÉTAIL .....	50
<b>PARTIE 11 – FUSIONS EN CONGLOMÉRAT .....</b>	<b>50</b>
<b>ANNEXE I : RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES SUR LES COÛTS IRRÉCUPÉRABLES .....</b>	<b>52</b>
ÉLÉMENTS D'ACTIF PARTICULIERS AU MARCHÉ ET APPRENTISSAGE .....	52
DIFFÉRENCIATION DE PRODUITS .....	53
COMPORTEMENT STRATÉGIQUE .....	54

## **OBJET**

Ces lignes directrices sont émises en vue de fournir des conseils généraux sur la méthode d'analyse adoptée par le Bureau de la concurrence lors de l'examen d'une fusion. Les parties à une fusion sont incitées à communiquer le plus tôt possible avec le Bureau afin de discuter de la fusion proposée. Les faits propres à chaque fusion détermineront comment celle-ci sera évaluée par le Bureau de la concurrence, et il sera parfois nécessaire d'adopter des méthodes différentes. Il est conseillé aux parties d'obtenir les conseils juridiques appropriés lorsqu'elles envisagent une fusion. L'interprétation définitive de la *Loi sur la concurrence* est du ressort du Tribunal de la concurrence et des tribunaux.

## PARTIE 1 – DÉFINITION D'UNE FUSION\*

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

- 1.1 Selon la définition énoncée à l'article 91 de la *Loi sur la concurrence*, un fusionnement est « [...] l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. »<sup>1</sup>
- 1.2 Cette définition est assez large pour englober toutes les formes d'acquisition ou d'établissement d'un contrôle sur la totalité ou une partie d'une entreprise d'une autre personne ou d'un intérêt relativement important dans la totalité ou une partie de cette entreprise. Ces lignes directrices visent principalement les fusions horizontales, mais les dispositions de l'article 91 s'appliquent également aux fusions verticales et en conglomérat.

### Contrôle

- 1.3 En ce qui concerne les personnes morales, la notion de « contrôle », définie au paragraphe 2(4) de la Loi, désigne le contrôle *de jure*, à savoir la détention directe ou indirecte de plus de 50 p. 100 des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale, et qui sont suffisants pour élire une majorité de ces administrateurs. L'acquisition du contrôle *de jure* constitue une fusion.
- 1.4 Le Bureau de la concurrence (ci-après « le Bureau ») considère également qu'il y a fusion lorsqu'il y a acquisition du contrôle *de facto* (contrôle de fait d'au plus 50 p. 100 des voix) d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise.

### Intérêt relativement important

- 1.5 La Loi ne donne aucune indication quant à la signification de l'expression « intérêt relativement important », celle-ci devant être interprétée suivant l'objet de la Loi.
- 1.6 Pour déterminer l'importance relative de l'intérêt, le Bureau évalue les dimensions quantitative et qualitative de l'acquisition ou de l'établissement de cet intérêt. Comme la Loi porte sur le comportement concurrentiel des entreprises, il est estimé, du point de vue qualitatif, qu'un « intérêt relativement important » est détenu dans la totalité ou

---

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

une partie d'une entreprise lorsque la ou les personnes acquérant ou établissant l'intérêt en retirent la capacité d'influencer concrètement le comportement économique (par exemple, les décisions ayant rapport aux prix, aux achats, à la distribution, à la commercialisation ou aux investissements) de l'entreprise.

### **Transactions devant faire l'objet d'un avis**

- 1.7 Sauf preuve du contraire, les transactions proposées décrites à l'article 110 de la partie IX de la Loi constituent l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important dans la totalité ou une partie d'une entreprise. Cependant, les transactions autres que celles décrites à l'article 110 peuvent néanmoins constituer l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important suivant l'énoncé qui précède, si la ou les personnes qui acquièrent cet intérêt sont capables d'influer concrètement sur le comportement économique de l'entreprise.<sup>2</sup>

### **Acquisition d'actions avec droit de vote**

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

---

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

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

raison, l'avis de fusion prévu à la partie IX de la Loi est exigé lorsque la participation atteint 35 p. 100 des actions d'une personne morale privée et 20 p. 100 des actions d'une personne morale ouverte.<sup>4</sup>

### **Actions sans droit de vote et titres convertibles**

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

### **Acquisitions d'éléments d'actif**

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

### **Administrations interreliées**

1.12 Les dispositions de l'article 91 peuvent être applicables à une transaction :

- dans le cadre de laquelle une entreprise peut influencer concrètement les conseils d'administration de deux concurrents si elle obtient directement ou indirectement le pouvoir d'élire un nombre suffisant d'administrateurs à chaque conseil;
- si les représentants de deux concurrents sont en mesure d'influencer concrètement le conseil d'administration d'une troisième entreprise.

1.13 Une telle transaction est habituellement examinée pour déterminer si elle aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence

---

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

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

sur le marché sur lequel les deux concurrents rivalisent.<sup>6</sup> Dans l'un ou l'autre cas, le Bureau n'aura en général aucune inquiétude quant à l'effet sur la concurrence si le conseil de l'un des deux concurrents est composé uniquement d'administrateurs « indépendants ». Il peut y avoir inquiétude quant à l'effet sur la concurrence si les administrateurs sont des personnes qui sont des employés, des dirigeants ou des membres du conseil d'administration de l'autre entreprise représentée, ou qui ont des intérêts dans cette entreprise.

## Autres considérations

- 1.14 Suivant les conditions particulières des ententes, un intérêt relativement important peut être acquis ou établi en conséquence de conventions d'actionnaires, de contrats de gestion et d'autres ententes contractuelles auxquelles sont parties des personnes morales, des sociétés de personnes, des co-entreprises, des associations d'intérêts et d'autres entités.<sup>7</sup> De plus, des conventions de prêt, d'approvisionnement et de distribution qui ne sont pas des opérations intervenant dans le cours normal des affaires et qui confèrent la capacité d'influencer concrètement les décisions d'une autre entreprise en matière de gestion (par exemple les ententes de financement et les conditions de manquement à de telles ententes; les ententes contractuelles à long terme ou les relations commerciales de longue date et l'incidence économique de telles relations) peuvent constituer une « fusion » au sens de l'article 91.<sup>8</sup>
- 1.15 Pour déterminer si l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important constitue une fusion, le Bureau examine la relation qui existe entre les parties avant la fusion, la relation qui en résultera vraisemblablement, l'accès à des renseignements commerciaux confidentiels de l'entreprise acquise qu'obtient l'acquéreur, ainsi que toute preuve de l'intention d'influer sur le comportement de l'entreprise acquise ou tout changement dans le comportement de l'acquéreur.

---

<sup>6</sup> Voir par exemple le communiqué de presse « L'examen des fusions effectué par le Bureau de la concurrence ouvre la voie à la concurrence », 22 avril 2002.

<sup>7</sup> Voir par exemple Produits Shell Canada Limitée / Pay Less Gas Co. (1972) Ltd., *Rapport annuel, Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence*, Canada, le 31 mars 1991, p. 9. Dans le cadre de cet examen, le Bureau a conclu que les ententes contractuelles dans leur ensemble entraînaient, pour Pay Less, des obligations envers Shell ayant pour effet de conférer à Shell un contrôle considérable sur les activités commerciales de Pay Less, établissant ainsi un intérêt relativement important.

<sup>8</sup> Voir *Director of Investigation and Research v. Dennis Washington et al.*, (1996) CT-1996/001 (Comp.Trib.), [Avis de demande \(deuxième modification\)](#), le 17 décembre 1996, (ci-après « *Seaspan* ») par. 8. Le Bureau s'est fondé sur plusieurs facteurs pour conclure qu'un intérêt relativement important avait été acquis ou établi, notamment l'acquisition indirecte d'une participation avec droit de vote, l'acquisition de bons de souscription d'actions, la représentation au conseil, l'achat de débetures subordonnées de premier rang et les conditions d'une entente d'investissement conjoint conclue entre Dennis Washington et Seaspan, principal actionnaire.

## Accroissement de l'« intérêt » dans une entreprise

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

## PARTIE 2 – SEUIL DE L'ENTRAVE À LA CONCURRENCE

### Aperçu

- 2.1 Comme le prévoit le paragraphe 92(1) de la Loi, le Tribunal de la concurrence (ci-après « le Tribunal ») peut rendre une ordonnance lorsqu'il conclut qu'une fusion « empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet ». Il y a empêchement ou diminution sensible de la concurrence lorsqu'une fusion aura vraisemblablement pour effet de conférer à l'entité fusionnée le pouvoir d'exercer, seule ou avec d'autres, une puissance commerciale ou un pouvoir de marché (ci-après « pouvoir de marché », ou d'accroître le pouvoir de marché de cette entité.
- 2.2 Ces lignes directrices décrivent le cadre d'analyse adopté pour évaluer le pouvoir de marché d'un vendeur. Le pouvoir de marché d'un vendeur s'entend de la capacité d'une seule entreprise ou d'un groupe d'entreprises de maintenir les prix de façon rentable au-dessus du niveau concurrentiel et ce, durant une période importante.
- 2.3 Ce cadre d'analyse s'applique également à l'évaluation du pouvoir de marché d'un acheteur.<sup>9</sup> L'exercice d'un pouvoir de marché par un vendeur a des effets sur la concurrence qui sont comparables à ceux qui résulteraient de l'exercice d'un pouvoir de marché par un acheteur. Du point de vue de l'acheteur, le pouvoir de marché est la capacité d'une seule entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'abaisser, de manière rentable, les prix payés aux vendeurs (en réduisant l'achat d'intrants) à un niveau inférieur aux prix et ce, durant une période importante.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Voir par exemple *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), (Trib. conc) 41 C.P.R. (3d) 289 (*Hillsdown*) p. 299. Dans cette décision, le Tribunal a affirmé que les effets d'une fusion sur la concurrence pouvaient être analysés dans la perspective d'un monopsonne (acheteur de matières premières) ou d'un monopole (vendeur de services d'équarrissage). Il a conclu qu'il n'y avait aucune différence dans les résultats de l'analyse suivant ces deux perspectives.

<sup>10</sup> Voir par exemple *Commissaire de la concurrence c. Trilogy Retail Enterprises L.P.* (2001) CT-2001-003 (Trib. conc.).

- 2.4 De façon générale, les principaux facteurs retenus dans l'évaluation des effets d'une fusion sur la concurrence sont le prix et la production. Sur les marchés où la concurrence s'exerce principalement par des moyens autres que par les prix, le Bureau évalue les effets d'une fusion sur d'autres dimensions de la concurrence.<sup>11</sup> Dans ces lignes directrices, le terme « prix » sert à désigner toute conduite d'une entreprise qui a une incidence sur les intérêts des acheteurs. Par conséquent, une hausse de prix est synonyme d'une hausse du prix nominal et d'une diminution de la qualité, du choix, du service, de l'innovation, de la publicité ou de toute autre dimension de la concurrence dont bénéficient les acheteurs.<sup>12</sup>
- 2.5 L'analyse des effets sur la concurrence s'inscrit dans deux théories générales des effets anticoncurrentiels. L'exercice d'un pouvoir de marché, de manière unilatérale ou coordonnée, peut avoir pour effet de nuire à la concurrence.
- 2.6 Une fusion peut donner lieu à l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché lorsqu'il est possible à l'entité fusionnée de hausser les prix de façon rentable sans qu'elle n'ait à compter sur une réaction conciliante de la part de ses concurrents.
- 2.7 Il peut y avoir exercice coordonné d'un pouvoir de marché lorsqu'une fusion affaiblit la concurrence sur un marché, par exemple, en éliminant un concurrent particulièrement vigoureux ou en permettant à l'entité fusionnée de coordonner sa conduite à celle de ses concurrents. Dans ces conditions, la hausse des prix après la fusion est rentable uniquement parce que les concurrents ont une réaction conciliante.<sup>13</sup>

## **Diminution de la concurrence**

- 2.8 Une fusion peut réduire la concurrence par rapport à ce qu'elle était avant cette fusion, lorsque l'entité fusionnée peut, de manière unilatérale ou coordonnée, hausser les prix à des niveaux supérieurs à ceux qui auraient cours en l'absence de la fusion. Cela se produit souvent lors de fusions horizontales, lorsqu'il y a chevauchement des activités des parties. Cela peut aussi se produire lors de fusions verticales qui ont pour effet d'accroître les entraves à l'accès ou de faciliter la coordination en amont.

---

<sup>11</sup> Comme le Tribunal l'a affirmé au paragraphe 504 de sa première décision dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, CT-1998-002, 2000 (Trib. conc.) 30 août 2000 (ci-après « *Supérieur Propane* » ), une diminution des services peut entraîner une baisse de la production réelle du secteur.

<sup>12</sup> Le Bureau ne limite pas son analyse aux effets sur les prix; il examine tout effet sur la qualité, sur les services ou sur le choix, dans la mesure où il y a empêchement ou diminution sensible de la concurrence.

<sup>13</sup> Dans le passé, le Bureau a utilisé le terme « interdépendance » pour désigner l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché. L'utilisation d'une nouvelle terminologie ne signifie pas que le Bureau a modifié sa méthode d'analyse du pouvoir de marché. À la partie 5 de ces lignes directrices est présentée une explication plus approfondie des effets anticoncurrentiels pouvant découler de l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché.

## Empêchement de la concurrence

- 2.9 Il peut avoir empêchement de la concurrence lorsqu'une fusion permet à l'entité fusionnée de hausser les prix, de manière unilatérale ou de concert avec d'autres entreprises, à des niveaux plus élevés que ceux qui auraient cours si la fusion n'avait pas lieu, en empêchant l'accroissement de la concurrence. Cela peut se produire i) lorsqu'il y a peu ou pas de chevauchement des activités actuelles des parties à la fusion et que la concurrence directe entre les parties à la fusion ou entre certaines de leurs activités devrait croître, et ii) lorsqu'il y aurait entrée potentielle ou accroissement de la concurrence si la fusion n'avait pas lieu.
- 2.10 Dans ces conditions, le Bureau examine comment, dans quelle mesure et quand l'une ou l'autre des parties à la fusion peut entrer sur le marché ou y prendre de l'expansion. Le Bureau détermine s'il est vraisemblable que les parties à la fusion entrent sur le marché ou y prennent de l'expansion et s'il est invraisemblable que des entreprises concurrentes entrent sur le marché ou y prennent de l'expansion. Il peut aussi être pertinent d'analyser le pouvoir de marché que possède déjà au moins une des parties à la fusion. Le Bureau peut aussi examiner une fusion du point de vue de l'empêchement de la concurrence lorsque l'acquéreur ou l'entreprise acquise a des projets d'entrée ou d'expansion qui sont freinés par la fusion.
- 2.11 Voici des exemples de fusions pouvant avoir pour effet d'empêcher la concurrence :
- l'acquisition d'une entreprise exerçant une concurrence de plus en plus vive ou d'une entreprise qui pourrait entrer sur le marché;
  - l'acquisition d'une entreprise par un chef de file pour empêcher l'achat de cette entreprise par un concurrent;
  - l'acquisition d'une entreprise établie qui freine des projets d'entrée sur le marché ou d'expansion;<sup>14</sup>
  - une acquisition faisant obstacle à une expansion sur de nouveaux marchés géographiques;<sup>15</sup>
  - une acquisition pour faire obstacle aux effets pro-concurrentiels d'une capacité accrue;<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Voir par exemple le paragraphe 30 de la décision *Seaspan*, dans laquelle le commissaire conclut, en substance, que toute influence que Norsk a pu ou pourrait avoir sur la capacité de Seaspan d'exercer un pouvoir de marché sur le marché de transport par barge en Colombie-Britannique a été dissipée par la fusion.

<sup>15</sup> Voir par exemple le paragraphe 246 de la décision *Supérieur Propane*, dans laquelle le Tribunal a conclu que la fusion aurait pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence « compte tenu du fait que ICG prévoyait d'accroître fortement ses activités dans les provinces de l'Atlantique [...] ».

<sup>16</sup> Voir par exemple le paragraphe 47 de la décision *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 425 (Trib. conc.) (ci-après « *Canadian Waste* »), dans laquelle le Tribunal a conclu, en substance, que, parce qu'elle accroît l'importante part prévue de Canadian Waste dans la capacité excédentaire, l'acquisition de la décharge Ridge accroît le pouvoir de marché que Canadian Waste peut exercer sur cette capacité et elle empêche sensiblement la concurrence.

- l'acquisition pour empêcher ou limiter le lancement de nouveaux produits.<sup>17</sup>

## Seuil de sensibilité

2.12 Lorsque le Bureau évalue si la concurrence sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, il examine la fusion pour établir si elle aura vraisemblablement pour effet de permettre à l'entité fusionnée (seule ou de concert avec d'autres) d'influencer les prix de manière appréciable.<sup>18</sup> De façon générale, il y a empêchement ou diminution « sensible » de la concurrence dans les conditions suivantes :

- lorsque le prix du ou des produits ou services pertinents (ci-après « produit »), sera nettement plus élevé sur une part sensible du marché pertinent<sup>19</sup> qu'il ne le serait en l'absence de la fusion (ci-après « hausse appréciable de prix »),<sup>20</sup>
- lorsque la hausse appréciable de prix ne sera vraisemblablement pas éliminée par les concurrents existants ou par de nouveaux concurrents au cours des deux années suivant la fusion.<sup>21</sup>

2.13 Le Bureau ne fixe pas de seuil concernant la hausse appréciable de prix que peut vraisemblablement occasionner la création ou l'accroissement du pouvoir de marché qui résulterait d'une fusion.<sup>22</sup> Les conclusions du Bureau concernant l'empêchement ou

---

<sup>17</sup> Voir par exemple le communiqué de presse « Le Bureau de la concurrence remédie à des problèmes concernant l'acquisition de Pharmacia par Pfizer », le 11 avril 2003 (ci-après « *Pfizer/Pharmacia* »). Dans cette affaire, le Bureau a conclu que la concurrence serait sensiblement empêchée par la fusion de ces deux entreprises dont les produits en développement rivaliseraient sur les mêmes marchés pertinents lorsqu'ils seraient lancés. Voir aussi le paragraphe 116 de la décision *Commissaire de la concurrence c. Bayer AG et al.*, (2002) CT-2002-003 (Trib. conc.) – Exposé des faits (ci-après « *Bayer/Aventis* »), dans laquelle le commissaire a conclu, en substance, qu'en l'absence de l'acquisition, le marché bénéficierait d'une concurrence vraisemblablement bien plus importante de la part du nouveau produit lancé par Bayer.

<sup>18</sup> Comme il a été signalé précédemment, le « prix » sert à désigner d'autres dimensions de la concurrence. Comme il a également été signalé dans *Supérieur Propane*, au paragraphe 258, il n'est pas nécessaire en vertu de la Loi de conclure que l'entité fusionnée *haussera* vraisemblablement le prix (ou réduira la qualité, le service ou le choix); il s'agit plutôt de déterminer si l'entité fusionnée en sera *capable*.

<sup>19</sup> Il n'est pas nécessaire que la hausse sensible de prix se produise sur l'ensemble du marché pertinent. Il suffit que quelques clients seulement aient à payer des prix plus élevés pour conclure qu'il y aura empêchement ou diminution sensible de la concurrence.

<sup>20</sup> Dans l'examen d'une fusion pour établir s'il y a empêchement de la concurrence, le fait de déterminer que la fusion occasionnera vraisemblablement une hausse appréciable de prix signifie qu'il devrait y avoir une baisse des prix (ou une amélioration de la qualité, etc.) si la fusion n'a pas lieu.

<sup>21</sup> La période retenue est habituellement de deux ans parce qu'il faut prévoir un certain temps pour que les concurrents éventuels puissent constater une hausse appréciable de prix, mettre au point des produits et élaborer des plans de commercialisation, construire des installations ou modifier les installations existantes et réaliser des ventes suffisantes pour empêcher ou faire disparaître une hausse de prix appréciable.

<sup>22</sup> Une hausse appréciable de prix est différente de la « hausse relativement importante et non transitoire » (et peut être inférieure ou supérieure à cette dernière), laquelle sert à définir le marché pertinent suivant la

la diminution sensible de la concurrence sont plutôt fondées sur une évaluation des aspects propres au marché, énoncés à l'article 93, qui pourraient avoir pour effet de limiter la hausse des prix après une fusion.<sup>23</sup> L'examen de ces aspects porte sur une période de deux ans débutant au moment où le pouvoir de marché peut vraisemblablement être exercée, et non pas nécessairement à compter de la période durant laquelle se déroule l'examen de la fusion.<sup>24</sup>

## PARTIE 3 – DÉFINITION DU MARCHÉ

### Aperçu

- 3.1 La première étape de l'examen d'une fusion par le Bureau consiste habituellement à définir le ou les marchés pertinents sur lesquels les parties à la fusion exercent leurs activités. Le marché pertinent est défini en fonction de deux aspects : la dimension du produit et la dimension géographique.
- 3.2 De façon générale, il ne peut être présumé que les produits des parties à une fusion appartiennent à un même marché pertinent malgré l'apparence d'un certain chevauchement des produits qu'elles vendent et des régions géographiques dans lesquelles elles exercent leurs activités. En outre, le ou les marchés pertinents analysés en vue de déterminer des effets concurrentiels peuvent ne pas correspondre nécessairement aux catégories de produits ou régions desservies telles qu'elles ont été établies par les dirigeants des entreprises qui fusionnent ou leur rivaux dans le cadre de leurs activités.<sup>25</sup>
- 3.3 La définition du marché est axée sur la possibilité de substitution et sur l'évolution de la demande en fonction de la variation des prix relatifs. La capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de hausser les prix avec succès sans diminuer la production au point de rendre l'augmentation de prix non rentable dépend ultimement de la volonté des acheteurs de payer un prix plus élevé.<sup>26</sup> La réaction de l'offre est un autre aspect important dans l'analyse du pouvoir de marché, mais elle est examinée à un stade

---

méthode décrite plus loin. Dans ce contexte, le caractère appréciable de la hausse de prix est considéré dans la perspective de la durée plutôt que dans l'optique de l'ampleur.

<sup>23</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 311-312. Voir aussi *Canadian Waste*, par. 204 et 224.

<sup>24</sup> Le Bureau peut s'opposer à une fusion même si les effets anticoncurrentiels qui sont prévisibles lors de la fusion peuvent ne se faire sentir que plus de deux ans après la réalisation de la fusion.

<sup>25</sup> Voir *Supérieur Propane*, par. 85 et 101, et *Canadian Waste*, par. 72.

<sup>26</sup> Les produits ou régions géographiques de substitution qui font partie d'un marché pertinent sont habituellement jugés « acceptables » au sens de l'alinéa 93c) de la Loi. Lorsque les produits sur un marché pertinent sont différenciés, certains produits peuvent être plus facilement substitués entre eux que d'autres.

ultérieur de l'analyse, au moment d'identifier les intervenants sur le marché pertinent ou d'examiner l'entrée ou l'expansion sur le marché pertinent.<sup>27</sup>

- 3.4 Sur le plan conceptuel, un marché pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits<sup>28</sup> et à la plus petite région géographique pour lesquels un vendeur unique cherchant à maximiser ses profits (un monopoleur hypothétique) peut imposer et maintenir une hausse de prix relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence de la fusion. Dans la plupart des cas, le Bureau considère qu'une hausse de prix est relativement importante si elle atteint 5 p. 100 et qu'elle n'est pas transitoire si elle dure un an<sup>29</sup>.
- 3.5 L'analyse vise à établir ce qui se produirait si un monopoleur hypothétique tentait d'imposer une hausse de prix de 5 p. 100. Si la hausse de prix avait vraisemblablement pour effet de pousser les acheteurs à se procurer un autre produit en quantité suffisante pour que la hausse ne soit pas rentable, cet autre produit serait ajouté au marché étudié. Le processus se poursuit jusqu'à ce que le vendeur, agissant en monopoleur hypothétique, parvienne à imposer et à maintenir une hausse de prix pour chaque produit formant le marché étudié. Le marché pertinent de produit correspond au groupe le plus restreint de produits pour lesquels une hausse de prix peut être maintenue. Cette analyse est effectuée pour chacun des produits des parties à la fusion.
- 3.6 La même démarche est adoptée pour définir l'étendue géographique du marché. Ainsi, si les acheteurs se tournent vraisemblablement vers des produits vendus dans un autre endroit, pour une part de leurs achats suffisante pour rendre la hausse de prix de 5 p. 100 non rentable, cet autre endroit est ajouté au marché étudié. Le Bureau poursuit ce processus jusqu'à ce qu'il ait défini la plus petite région dans laquelle un monopoleur hypothétique pourrait imposer et maintenir une hausse de prix. Cette analyse est effectuée pour chaque endroit où les parties à la fusion vendent les produits pertinents.
- 3.7 Le prix de base sur lequel s'appuie l'hypothèse d'une hausse de prix est le prix ayant cours sur le marché pertinent. Toutefois, le Bureau peut décider de ne pas utiliser le

---

<sup>27</sup> Lorsque les parties à une fusion se livrent concurrence sur un grand nombre de marchés et doivent rivaliser avec les mêmes concurrents sur chaque marché, le Bureau peut décider de réunir ces marchés pour des raisons pratiques.

<sup>28</sup> Un marché peut être formé d'un seul produit homogène ou d'un groupe de produits différenciés.

<sup>29</sup> Les réalités du marché peuvent être telles qu'il est parfois nécessaire de considérer une hausse de prix ou une période différentes. Par exemple, il peut être nécessaire d'adopter une hausse de prix plus importante lorsque l'application du seuil de 5 p. 100 ne permettrait pas de déceler une relation horizontale évidente entre les parties à une fusion, notamment lorsque la hausse de prix est mesurée en cents plutôt qu'en dollars. Inversement, il peut convenir mieux d'appliquer un seuil plus faible lorsque les produits peuvent plus facilement être substitués entre eux que d'autres produits.

- prix courant s'il est probable que les conditions du marché (en l'absence de la fusion) entraîneraient une diminution ou une augmentation de prix à l'avenir.<sup>30</sup>
- 3.8 De façon générale, le prix de base utilisé pour postuler la hausse de prix est celui qui est habituellement considéré comme le prix courant du produit au stade de l'industrie où est effectué l'examen (par exemple, la fabrication, le commerce de gros, le commerce de détail).
- 3.9 Dans certaines circonstances, les vendeurs peuvent définir des groupes particuliers d'acheteurs sur un marché et établir des prix différents pour ces acheteurs. Des vendeurs peuvent exercer une discrimination par les prix à l'égard de certains acheteurs lorsqu'il est difficile pour ces derniers de se tourner vers des produits de substitution ou d'obtenir des produits ailleurs et de bénéficier d'opérations d'arbitrage avec d'autres acheteurs en tirant parti des écarts de prix. Lorsqu'une telle discrimination par les prix est possible, il peut être approprié de définir des marchés pertinents plus étroits en fonction des caractéristiques des groupes d'acheteurs ou des endroits où les acheteurs sont visés.<sup>31</sup>
- 3.10 Les facteurs examinés dans la définition du marché du point de vue du produit et de la région géographique sont exposés ci-dessous.<sup>32</sup>

### **Définition du marché du produit**

- 3.11 Aux fins de la définition du marché du produit, ce n'est pas tant l'identité des fournisseurs qui importe, mais les caractéristiques des produits et la capacité ou la volonté des acheteurs de se tourner vers un autre produit pour une part suffisante de leurs achats en conséquence de modifications des prix relatifs.<sup>33</sup> Un marché pertinent du produit réunit un produit donné de l'entité fusionnée et les plus proches substituts de ce produit.

---

<sup>30</sup> Comme il a été signalé dans *Canadian Waste*, aux paragraphes 90 à 94, lorsque la preuve laisse entendre qu'il est possible de prévoir avec confiance une modification ultérieure du prix (en l'absence de la fusion), il convient de délimiter le marché en fonction du prix ultérieur vraisemblable, même s'il est impossible de prévoir ce prix avec précision.

<sup>31</sup> Voir par exemple *Canadian Waste*, par. 78-80 et *Supérieur Propane*, par. 81.

<sup>32</sup> L'analyse fondée sur la perte de ventes critique peut être utile dans la définition des marchés. Si la perte de ventes à laquelle peut s'attendre une entreprise en conséquence d'une hausse hypothétique de prix est plus importante que son seuil de rentabilité – c'est-à-dire s'il y a perte de ventes critique – la hausse de prix ne sera pas rentable. Dans le contexte de la définition du marché pertinent, cela signifie qu'il faut élargir le marché pour englober les autres produits (ou autres régions) dont les ventes sont perdues jusqu'au point où une hausse de prix hypothétique serait profitable. Voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* CT-2000/002, 2001 (Trib. conc.) 34 (*Motifs et décision concernant la mesure corrective*), par. 64.

<sup>33</sup> Comme il a été affirmé dans *Supérieur Propane*, au paragraphe 49, dans ce contexte, la substitution désigne le caractère substitutif au sens économique qui est révélé lorsque les modes de consommation changent en réaction à une variation de prix, tous les autres facteurs étant les mêmes par ailleurs.

- 3.12 Lors qu'il existe des données détaillées sur les prix, sur les quantités des produits pertinents et sur leurs proches substituts, les marchés pertinents de produits peuvent être définis à l'aide de mesures statistiques.<sup>34</sup> L'élasticité de la demande permet de déterminer comment les acheteurs modifient leur consommation d'un produit, en conséquence d'une variation du prix d'un produit (élasticité-prix de la demande pour ce produit) ou du prix d'un autre produit défini (élasticité croisée des prix). L'élasticité croisée des prix ne permet pas de mesurer directement la capacité d'une entreprise de hausser les prix, mais elle est un moyen particulièrement utile d'établir si différents produits sont de proches substituts les uns des autres et si ces produits appartiennent au même marché pertinent.<sup>35</sup>
- 3.13 Bien que des statistiques sûres concernant l'élasticité de la demande puissent faciliter la définition du marché, de telles données sur la sensibilité des acheteurs aux variations de prix ne sont pas toujours disponibles. Il faut donc considérer des facteurs qui révèlent indirectement la substituabilité, notamment les renseignements fournis par des intervenants sur le marché et les indicateurs fonctionnels décrits ci-dessous.
- 3.14 Les opinions, les stratégies et le comportement des acheteurs (par exemple, la manière dont les acheteurs ont agi dans le passé et leur réaction vraisemblable à des changements technologiques) permettent souvent d'établir de manière fiable si les acheteurs se tourneraient vraisemblablement vers d'autres produits si les prix augmentaient de 5 p. 100. De plus, le Bureau tient également compte des renseignements tirés d'études de l'industrie et provenant d'intervenants tels que des concurrents ou des fournisseurs du produit pertinent. Cette information fait progresser l'analyse parce qu'elle offre des renseignements détaillés sur l'évolution dans le passé et sur l'évolution future vraisemblable du produit pertinent (y compris le comportement, dans le passé, des parties à la fusion et d'autres vendeurs du produit pertinent), comparativement à l'évolution d'autres produits ayant un présumé effet limitatif important. Les documents préparés par les parties à une fusion dans le cours normal de leurs activités peuvent aussi être très utiles.
- 3.15 Divers indicateurs fonctionnels aident à déterminer quels produits sont considérés comme de proches substituts, notamment l'utilisation finale, les caractéristiques physiques et techniques, la relation entre les prix et les niveaux relatifs des prix ainsi que les coûts de substitution supportés par les acheteurs dont il est question plus loin.
- 3.16 Bien que des produits puissent être achetés à des fins similaires, il est possible que les acheteurs ne les considèrent pas comme de proches substituts. Par conséquent, l'interchangeabilité fonctionnelle de deux produits n'est pas une condition suffisante pour les inclure dans le même marché pertinent.<sup>36</sup> De façon générale, si les acheteurs accordent une grande valeur aux caractéristiques physiques ou techniques, réelles ou

---

<sup>34</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 58 et 63.

<sup>35</sup> Une analyse plus détaillée de la différenciation des produits figure à l'annexe I.

<sup>36</sup> Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1997) 1 R.C.S. 748, infirmant (1995), 127 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 263 (C.A.F.).

perçues, d'un produit (notamment les garanties rattachées aux produits, le service après-vente et la rapidité de l'exécution des commandes), il peut être nécessaire de définir des marchés pertinents distincts, en fonction de ces caractéristiques.

- 3.17 Les coûts de substitution qu'auraient à supporter les acheteurs peuvent dissuader un nombre suffisant de ces derniers de substituer entre eux des produits qui sont fonctionnellement interchangeables permettant ainsi au monopoleur hypothétique d'augmenter ses prix de 5 p. 100. Les produits ne font pas partie du même marché pertinent lorsque les coûts de substitution supportés par les acheteurs sont suffisants pour rendre la substitution improbable si les prix étaient majorés de 5 p. 100. Par exemple, la substitution pourrait obliger les acheteurs à modifier leur outillage et leurs emballages, à adapter leurs efforts de commercialisation, à résilier un contrat d'approvisionnement, à apprendre de nouvelles méthodes ou à changer du matériel essentiel.<sup>37</sup> À cela s'ajoutent les coûts (et le risque) qui seraient occasionnés si le produit ne répondait pas aux attentes ou ne fonctionnait pas comme prévu, coûts qui pourraient être très importants si la réputation de l'acheteur est ternie en sa qualité de revendeur ou s'il faut arrêter toute une chaîne de production, à cause des défauts du produit.
- 3.18 Un marché pertinent peut inclure un groupe de produits différents qui ne sont pas de proches substituts les uns des autres. Cela se produit lorsqu'un fournisseur unique parvient à hausser les prix de façon rentable et à maintenir cette hausse pour le groupe de produits parce qu'un nombre suffisant d'acheteurs ne réagiront pas à la hausse en se procurant les différents éléments des produits auprès de fournisseurs différents. Cette réaction peut aussi être suscitée lorsque le recours à plusieurs fournisseurs entraînerait des coûts importants, dont les frais de transport et le temps nécessaire pour négocier des ententes avec ces fournisseurs et lorsqu'il existe des économies de gamme.<sup>38</sup> Dans de telles circonstances, le Bureau examine la propension des acheteurs à se procurer un certain nombre de produits auprès d'un fournisseur unique et la mesure dans laquelle les acheteurs diversifient leurs sources d'approvisionnement en réaction à une variation des prix.

### **Définition du marché géographique**

- 3.19 Pour définir l'étendue géographique du marché, ce n'est pas tant l'identité des fournisseurs qui importe, mais la capacité ou la volonté des acheteurs de s'approvisionner dans un autre endroit pour une part suffisante de leurs achats, par suite d'une variation des prix relatifs. Le marché géographique pertinent est celui qui

---

<sup>37</sup> Voir par exemple *Supérieure Propane*, par. 30-31, 49 et 54.

<sup>38</sup> S'il coûte moins cher à un fournisseur d'offrir un groupe de produits que de fournir chaque produit individuellement, le prix payé par l'acheteur pour obtenir chacun des produits sera vraisemblablement plus élevé que le prix global du groupe de produits.

- réunit tous les endroits qui sont de proches substituts des lieux d'approvisionnement des acheteurs.
- 3.20 Lorsqu'il définit un marché géographique, le Bureau détermine d'abord si le marché géographique pertinent d'un produit donné est de nature locale, régionale, nationale ou internationale. Le Bureau se fonde généralement sur des éléments de preuve indirects de la substituabilité, dont les renseignements fournis par des intervenants sur le marché et les indicateurs fonctionnels décrits ci-dessous.
  - 3.21 Les opinions, les stratégies et le comportement des acheteurs dans une région donnée (par exemple la manière dont les acheteurs ont agi dans le passé et leur réaction vraisemblable à des changements technologiques) permettent souvent d'établir de façon fiable si les acheteurs s'adresseraient à des fournisseurs situés dans d'autres régions géographiques si les prix augmentaient de 5 p. 100. Les études portant sur l'industrie et les opinions, les stratégies et le comportement d'intervenants de l'industrie qui révèlent comment les acheteurs du produit pertinent dans une région réagissent ou ont réagi à une variation du prix du produit ou à des modifications de l'emballage ou du service dans une autre région sont aussi une source d'information utile pour l'analyse. La mesure dans laquelle les parties à la fusion tiennent compte des fournisseurs éloignés dans leurs plans d'entreprise, leurs stratégies de commercialisation et d'autres documents est aussi une source d'information utile aux fins de la définition du marché géographique.
  - 3.22 Divers indicateurs fonctionnels peuvent aider à déterminer si des régions géographiques sont de proches substituts, notamment les caractéristiques particulières du produit, les coûts de substitution, les frais de transport, les relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix, les mouvements des produits et la concurrence étrangère.
  - 3.23 Plusieurs facteurs liés au prix et des facteurs autres que le prix influent sur la capacité ou la volonté d'un acheteur d'envisager de s'approvisionner dans une région plus éloignée. Les autres facteurs comprennent notamment la fragilité ou la nature périssable du produit pertinent, la commodité, la fréquence de la livraison et la fiabilité du service ou de la livraison.
  - 3.24 Comme c'est le cas pour la définition du marché du produit, les coûts de substitution élevés que peuvent avoir à supporter les acheteurs peuvent les dissuader de s'approvisionner dans une autre région géographique. Outre les coûts de substitution décrits précédemment dans l'optique de la définition du produit, les frais de transport jouent d'ordinaire un rôle important dans la détermination de l'étendue géographique du marché pertinent parce qu'ils influent directement sur les prix. Par exemple, si la combinaison du prix d'un produit provenant d'une région éloignée et des frais de transport de ce même produit acheté sur le marché géographique étudié représente un montant plus élevé que le prix de ce même produit, majoré de 5 p. 100, sur le marché

géographique étudié, les produits des vendeurs situés dans la région éloignée ne seront pas inclus dans le marché pertinent.<sup>39</sup>

- 3.25 Lorsque les données indiquent que les prix dans une région éloignée ont toujours été supérieurs ou inférieurs aux prix pratiqués dans la région pertinente et que l'écart dépasse les frais de transport, il y a lieu de croire que les deux régions appartiennent à des marchés pertinents distincts, pour des raisons autres que les seuls frais de transport.<sup>40</sup> Cependant, avant de tirer une telle conclusion, le Bureau doit déterminer si une hausse de prix de 5 p. 100 dans la région pertinente peut modifier l'écart de prix à tel point que des fournisseurs éloignés peuvent exercer une influence limitative sur cette hausse.
- 3.26 Lorsque d'importantes quantités du produit pertinent provenant d'une région éloignée sont expédiées vers la région où une hausse de prix est supposée, il y a lieu de croire que les deux régions appartiennent au même marché pertinent. Cependant, les expéditions de produits enregistrées avant une fusion n'établissent pas, à elles seules, l'existence d'une influence limitative des fournisseurs éloignés et peuvent ne pas être suffisante pour justifier l'élargissement du marché géographique.<sup>41</sup> Il faut une analyse plus poussée pour déterminer si des expéditions depuis une région éloignée rendraient non rentable une hausse de prix de 5 p. 100.

### **Concurrence étrangère**

- 3.27 La capacité ou la volonté des acheteurs de se tourner vers des fournisseurs étrangers peut dépendre des goûts des acheteurs, de leurs préférences et d'autres facteurs liés aux formalités douanières. Les acheteurs peuvent être moins disposés à se tourner vers des substituts étrangers, ou en être incapables, en raison du risque associé au taux de change, des normes sectorielles,<sup>42</sup> des initiatives visant à stimuler l'achat de produits locaux et des difficultés ou incertitudes associées au commerce transfrontière. Inversement, les acheteurs peuvent être plus disposés à acheter des substituts étrangers lorsqu'ils sont bien renseignés sur les produits étrangers et sur la manière de les obtenir, lorsque des fournisseurs étrangers ou leurs produits sont déjà inscrits sur les listes approuvées ou lorsqu'il existe des ententes de transfert de technologie, des

---

<sup>39</sup> Il est reconnu que les entreprises éloignées ayant une capacité excédentaire peuvent, dans certaines circonstances, être disposées à expédier leurs produits vers un autre marché même si le prix net obtenu est inférieur au prix pratiqué sur leur propre marché.

<sup>40</sup> Par exemple, les droits de douane ou d'autres facteurs liés au commerce peuvent donner lieu à des écarts de prix.

<sup>41</sup> Voir par exemple *Canadian Waste*, par. 71-72.

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

alliances stratégiques ou d'autres liens entre les acheteurs canadiens et les entreprises étrangères.

- 3.28 Lorsqu'il est clair que la région de vente de l'entité fusionnée et celle des fournisseurs étrangers appartiennent au marché pertinent (parce qu'un nombre suffisant d'acheteurs sont disposés à réagir à une hausse de prix de 5 p. 100 en s'approvisionnant auprès de ces fournisseurs), les limites du marché sont élargies à l'extérieur du Canada, de manière à inclure la région de vente des fournisseurs étrangers.

### **Établissement des limites géographiques**

- 3.29 Une fois qu'il a été déterminé que le marché pertinent est de nature locale, régionale, nationale ou internationale, il peut être nécessaire de préciser ou d'estimer les limites géographiques de ce marché.<sup>43</sup> Lorsqu'il s'agit d'un marché local ou régional, les facteurs liés à l'emplacement sont particulièrement utiles à la définition de telles limites. Il est supposé qu'une entreprise cherchant à maximiser ses profits choisit une localité en fonction de la densité des acheteurs et de manière à éviter la cannibalisation des ventes qui peut se produire si elle choisit un emplacement situé à proximité des emplacements de ses autres établissements. Ainsi, la réaction de la demande est encore un élément clé pour déterminer les limites d'un marché. L'analyse de la concurrence spatiale peut aider à préciser les limites de tels marchés géographiques localisés.<sup>44</sup> La méthode à utiliser pour une analyse de la concurrence spatiale dépend des caractéristiques du secteur et du marché à l'étude.<sup>45</sup>
- 3.30 Il importe de signaler que les limites d'un marché sont souvent imprécises.<sup>46</sup> Elles correspondent à des estimations. En outre, les contraintes pouvant s'exercer sur le comportement d'une entité fusionnée en ce qui concerne l'établissement des prix peuvent provenir de l'intérieur et de l'extérieur du marché pertinent ayant été défini. Ces aspects sont abordés plus à fond ci-dessous.

---

<sup>43</sup> Voir *Supérieur Propane*, par. 83, où le Tribunal fait une distinction entre la nature du marché géographique et les limites du marché.

<sup>44</sup> Lorsqu'il procède à une analyse de la concurrence spatiale, le Bureau définit et situe tous les emplacements (magasins, succursales, centres, points de vente) des deux parties à la fusion et de leurs concurrents sur le marché du produit, afin de déterminer l'emplacement des entreprises les unes par rapport aux autres.

<sup>45</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 87-91. Voir aussi *Canadian Waste*, par. 76.

<sup>46</sup> Comme le Tribunal l'a affirmé, en substance, dans *Hillsdown*, aux paragraphes 37 et 38, dans la mesure où des données statistiques sur la part de marché ne sont pas les seuls indicateurs de l'existence d'un pouvoir de marché, les limites exactes du marché revêtent moins d'importance.

## **PARTIE 4 – PART DE MARCHÉ ET CONCENTRATION**

4.1 Une fois les marché pertinents définis, la prochaine étape de l'analyse consiste à identifier les vendeurs des produits pertinents, afin d'établir les parts de marché et les niveaux de concentration. Ces vendeurs comprennent les fournisseurs actuels et ceux qui interviennent sur le marché par réaction de l'offre, ces derniers n'ayant habituellement pas à supporter d'importants investissements irrécupérables en participant sur le marché.

### **Participation au marché par réaction de l'offre**

4.2 Le Bureau détermine si les vendeurs qui ne sont pas actuellement des fournisseurs sur le marché pertinent peuvent détourner des produits de façon rentable de leurs acheteurs actuels vers des acheteurs du marché pertinent. Ces vendeurs peuvent i) être situés sur le marché géographique pertinent, mais ne pas y vendre le produit pertinent ou ii) participer depuis des emplacements à l'extérieur de ce marché. Le Bureau détermine :

- les coûts de substitution, c'est-à-dire ce qu'il en coûterait d'adapter les installations (dont la distribution), afin de réorienter la production actuelle vers la production et/ou la vente sur le marché pertinent;<sup>47</sup>
- si l'entreprise est en mesure de repositionner ses produits ou d'étendre sa gamme de produits;
- dans quelle mesure l'entreprise est décidée à fabriquer d'autres produits;
- si l'entreprise a une capacité excédentaire et quelle est l'importance de cette surcapacité.

4.3 Lorsqu'il tente de déterminer si des fournisseurs étrangers font partie du marché pertinent, le Bureau tient compte d'autres facteurs dont :

- l'existence de droits de douane ou d'un contingentement des importations;
- les restrictions concernant la propriété étrangère;
- les difficultés liées à la variation du taux de change;
- la réglementation imposant des normes de qualité ou d'étiquetage ou définissant des exigences concernant les licence ou permis;
- la législation en matière de propriété intellectuelle;
- la menace de recours commerciaux (comme le dépôt de plaintes concernant le dumping de la part d'entreprises canadiennes) ou l'imposition possible de droits compensateurs;
- des ententes officielles ou non officielles de partage du marché entre les filiales canadiennes de multinationales ou entre différentes multinationales;
- la normalisation internationale des produits par de telles multinationales;

---

<sup>47</sup> Les produits fabriqués par ces vendeurs ne sont pas inclus dans le marché.

- les conditions des contrats de licence, de franchise ou de non-concurrence entre des entreprises étrangères et leurs filiales canadiennes ou des tierces parties détenant des actions ou éléments d'actif de telles filiales;
- les conditions sur les marchés nationaux des concurrents étrangers;
- la possibilité de perturbation de l'approvisionnement étranger d'une industrie;
- la méconnaissance du marché canadien;
- les difficultés associées à la douane et à d'autres formalités de traitement des importations.

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

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

Dans de telles circonstances, l'effet sur la concurrence est examiné plus tard, lors de l'examen de la vraisemblance d'entrée sur le marché ou d'expansion des activités.

## Calcul des parts de marché

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

4.6 Les parts de marché peuvent être mesurées par la valeur des ventes exprimées en dollars, par les ventes unitaires, par la capacité<sup>48</sup> ou, dans certaines industries d'exploitation des ressources naturelles, par les réserves. Pour calculer les parts de marché, le Bureau utilise le meilleur indicateur de l'incidence future des vendeurs sur la concurrence. Si le marché pertinent représente des produits homogènes ou non différenciés (p. ex. n'ayant pas de caractéristiques physiques ou d'attributs subjectifs uniques) et si les entreprises opèrent toutes à pleine capacité, les parts de marché exprimées en valeur des ventes, en ventes unitaires et en capacité de production devraient être quasi identiques. Dans ces situations, le moyen de mesure retenu dépendra largement des données disponibles.

---

<sup>48</sup> Dans les présentes Lignes directrices, le terme « capacité » fait référence à la capacité de *produire* ou de *vendre* un bien ou un service. La capacité de vendre se rapporte à la capacité de commercialisation et de distribution, qui dépend, entre autres, du personnel de vente, des réseaux de distribution et d'autres infrastructures.

- 4.7 Si des entreprises offrant des produits homogènes ont des capacités de production excédentaires, on considère que les parts de marché calculées en fonction de la capacité reflètent mieux la position relative des entreprises sur le marché et leur incidence sur la concurrence qui y règne. Lorsqu'il est clair qu'une partie de la capacité inutilisée d'une entreprise n'exerce pas une influence limitative sur le marché pertinent (p. ex. parce que la capacité en question est assortie de coûts élevés ou parce que l'entreprise ne réussit pas à commercialiser efficacement son produit), cette capacité excédentaire peut ne pas être aussi pertinente pour le calcul des parts de marché.
- 4.8 Plus le degré de différenciation des produits sur un marché pertinent augmente, plus le calcul des parts de marché donnera des résultats dissemblables selon qu'on tient compte de la valeur des ventes, des ventes unitaires ou de la capacité. Ainsi, si l'essentiel de la capacité excédentaire sur le marché pertinent est détenu par des entreprises qui vendent au rabais sur un marché fortement différencié, les parts de marché de ces vendeurs seraient plus grandes si elles étaient calculées en fonction de la capacité totale que si elles étaient calculées en fonction des ventes unitaires ou de la valeur des ventes réelles. Les parts de marché déterminées en fonction de la capacité totale seraient un indicateur trompeur de la position relative de ces vendeurs sur le marché.<sup>49</sup> Dans ces circonstances, on considère généralement que la valeur des ventes donne la meilleure indication de la taille de l'ensemble du marché et des positions relatives des entreprises individuelles. Cependant, comme les ventes unitaires donnent aussi des renseignements importants sur la position relative des entreprises, on demande généralement aux entreprises qui fusionnent et aux autres vendeurs de fournir des données sur la valeur de leurs ventes et sur leurs ventes unitaires.<sup>50</sup>
- 4.9 On tient généralement compte de la production totale ou de la capacité totale des fournisseurs actuels qui exercent leurs activités sur le marché pertinent dans le calcul de la taille du marché et des parts de marché des entreprises concurrentes. Cependant, si une part importante de la production ou de la capacité est associée à une activité ne faisant pas partie du marché pertinent et qu'il est improbable qu'elle pourra être allouée au marché pertinent dans l'année suivant une hausse de 5 p. 100 des prix, cette production ou cette capacité ne sera généralement pas considérée comme faisant partie du marché pertinent.

---

<sup>49</sup> Il en est de même lorsque le degré de différenciation des vendeurs augmente. Ainsi, deux entreprises peuvent opérer à la même capacité (p. ex. si elles possèdent le même nombre de camions), mais disposer de sources de revenus très différentes (p. ex. si une entreprise compte de nombreux clients le long d'une route de distribution, sa clientèle étant ainsi plus regroupée). Dans de telles situations, les parts de marché donneront des renseignements différents sur la position relative des entreprises sur le marché selon qu'elles sont calculées en fonction de la capacité ou des revenus.

<sup>50</sup> Les données accessibles au public ou facilement observables peuvent aider à évaluer les parts de marché, mais, au besoin, le Bureau considérera des données fournies par des participants individuels au marché comme la mesure la plus précise des parts de marché. Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 113.

- 4.10 Lorsqu'un vendeur éloigné approvisionne le marché pertinent à partir de l'extérieur des limites du marché, la part de marché attribuable aux produits de ce vendeur est généralement calculée en fonction de ses ventes réelles sur le marché pertinent.
- 4.11 Pour les entreprises qui participent au marché par réaction de l'offre, on ne tiendra compte, dans le calcul des parts de marché, que de la part de leur production ou de leur capacité qui pourra vraisemblablement être allouée au marché pertinent sans que ces entreprises n'aient à engager d'importants coûts irrécupérables.
- 4.12 Dans tous les cas, il est reconnu que les parts de marché calculées de cette façon peuvent sous-estimer la position relative sur le marché de ces vendeurs et leur incidence sur la concurrence qui y règne.

### **Parts de marché et seuils de concentration**

- 4.13 Les renseignements qui démontrent que la part de marché ou que la concentration pourra être élevée ne peuvent justifier à eux seuls la conclusion qu'une fusion aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.<sup>51</sup> Cependant, les parts de marché et la concentration peuvent faciliter l'analyse des effets sur la concurrence lorsqu'elles reflètent la position sur le marché de l'entité fusionnée relativement à ses concurrents. À moins d'une forte concentration ou d'une part de marché élevée après la fusion, la concurrence réelle sur le marché pertinent empêchera vraisemblablement l'entité fusionnée d'acquérir ou d'accroître un pouvoir de marché par suite de la fusion.<sup>52</sup>
- 4.14 Le Bureau a établi des seuils permettant de distinguer les fusions qui n'auront vraisemblablement pas de conséquences anticoncurrentielles des fusions qui exigent une analyse plus détaillée. Plus précisément :
- Le commissaire ne contestera généralement pas une fusion au motif de l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché lorsque la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35 p. 100 après la fusion .
  - Le commissaire ne contestera généralement pas une fusion au motif de l'exercice concerté d'un pouvoir de marché lorsque :
    - la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché (aussi connue sous le nom de ratio de concentration des quatre plus grandes entreprises, ou RC4) serait inférieure à 65 p. 100 après la fusion;

---

<sup>51</sup> Le paragraphe 92(2) de la Loi stipule que le Tribunal de la concurrence ne peut conclure qu'une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part de marché.

<sup>52</sup> La concurrence réelle peut être le fait de concurrents individuels ou de l'incidence collective de certains concurrents marginaux.

- la part de marché de l'entité fusionnée serait inférieure à 10 p. 100 après la fusion.
- 4.15 Les fusions qui donnent lieu à des parts de marché ou à des niveaux de concentration qui dépassent ces seuils ne sont pas nécessairement anticoncurrentiels. Dans de tels cas, le Bureau procède à une analyse de divers facteurs dans le but de déterminer si ces fusions permettront vraisemblablement à l'entité fusionnée d'acquérir ou d'accroître un pouvoir de marché, ces fusions se traduisant ainsi par une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence.
- 4.16 Toutes choses étant égales par ailleurs, plus la concentration et la part de marché dépassent ces seuils, plus il est probable que l'entité fusionnée pourra acquérir ou accroître un pouvoir de marché.
- 4.17 Quand d'autres renseignements permettent de penser que les parts de marché actuelles reflètent mal la position relative sur le marché de l'entité fusionnée et de ses concurrents, le Bureau tient compte de ces renseignements pour vérifier si la fusion se traduira vraisemblablement par une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence. Dans tous les cas, l'évaluation des parts de marché et de la concentration ne constitue que le point de départ de l'analyse, par le Bureau, des effets de la fusion sur la concurrence.
- 4.18 Outre l'importance des parts de marché ou de la concentration sur le marché pertinent, le Bureau évalue la répartition des parts de marché des concurrents et la mesure dans laquelle les parts de marché ont changé ou sont demeurées les mêmes pendant une période significative. Toutes choses étant égales par ailleurs, la probabilité qu'une seule entreprise hausse ses prix augmente à mesure que sa part de marché individuelle s'accroît et que l'écart entre sa part de marché et les parts de marché de ses concurrents se creuse.
- 4.19 De même, toutes choses étant égales par ailleurs, la probabilité que plusieurs entreprises soient en mesure de provoquer une hausse de prix par un comportement coordonné augmente à mesure que le degré de concentration sur un marché croît et que le nombre d'entreprises diminue.<sup>53</sup> De plus, le comportement coordonné devient souvent d'autant plus probable que l'écart entre les parts de marché des concurrents relativement importants diminue. En revanche, le comportement coordonné devient d'autant plus difficile que le nombre ou la taille des entreprises marginales qui sont en mesure d'accroître leur production augmente.

---

<sup>53</sup> Outre le RC4, le Bureau peut étudier l'évolution de l'indice de Herfindahl-Hirschman (IHH, qui est égal à la somme des carrés des parts de marché de tous les concurrents sur le marché) pour observer le changement de la concentration du marché avant et après la fusion. Le changement de l'IHH peut fournir des renseignements utiles sur la modification de la structure du marché, mais le Bureau n'utilise pas l'IHH comme seuil dans son examen des fusions.

- 4.20 Lorsqu'il évalue les renseignements sur les parts de marché, le Bureau tient également compte de la nature du marché et de l'incidence du changement et de l'innovation à venir sur la stabilité des parts de marché.<sup>54</sup> Une faible augmentation différentielle de la part de marché de l'entité fusionnée après la fusion peut laisser croire que la fusion n'a pas un effet démontrable sur le marché, mais le Bureau évalue tout de même les prévisions de croissance de l'une ou des deux entreprises qui fusionnent afin de déterminer si la fusion peut avoir pour effet d'éliminer un important concurrent sur le marché.<sup>55</sup>

## **PARTIE 5 – EFFETS ANTICONCURRENTIELS**

- 5.1 Lorsque les parts de marché ou les niveaux de concentration sur les marchés pertinents sont supérieurs aux seuils susmentionnés ou que d'autres renseignements laissent croire que la fusion diminue ou empêche sensiblement la concurrence, le Bureau procède à une analyse approfondie des effets concurrentiels de la fusion. Cette analyse porte sur deux grandes catégories d'effets décrits ci-après, soit les effets liés à l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché et ceux liés aux comportements coordonnés.
- 5.2 Lorsqu'il est clair que le niveau de concurrence réelle qui subsistera sur le marché pertinent ne sera vraisemblablement pas réduit par la fusion, on décide généralement de ne pas contester cette fusion.
- 5.3 Le Bureau évalue la capacité des autres concurrents réels sur le marché à limiter l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité fusionnée en tenant compte des formes de rivalité utilisées telles le recours aux rabais ou à d'autres stratégies d'établissement des prix, des méthodes de distribution et de commercialisation, des innovations dans les produits et les emballages, et des services offerts.<sup>56</sup> Il considère également la stabilité des parts de marché et la mesure dans laquelle le niveau de différenciation des produits limite la concurrence directe entre les concurrents.<sup>57</sup> Le Bureau détermine en outre si les concurrents demeureront vraisemblablement aussi dynamiques et efficaces après la fusion.
- 5.4 La capacité de production excédentaire des divers vendeurs sur le marché pertinent fournit des renseignements utiles sur leur capacité à réagir face à une tentative

---

<sup>54</sup> Par exemple, la valeur des parts de marché passées ou actuelles peut être moins pertinente sur les marchés caractérisés par des fluctuations rapides des parts de marché. Dans de tels cas, l'analyse portera principalement sur l'efficacité des sources indépendantes de concurrence.

<sup>55</sup> Voir par exemple *Bayer/Aventis – Exposé conjoint des faits*, par. 112.

<sup>56</sup> Les facteurs qui servent à définir les marchés pertinents ou à identifier les entreprises qui participent aux marchés pertinents comptent parmi les facteurs importants du point de vue de la concurrence étrangère.

<sup>57</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 227-228.

d'exercice d'un pouvoir de marché.<sup>58</sup> Si les concurrents de l'entité fusionnée détiennent une part importante de la capacité excédentaire, il leur sera plus facile d'accroître leur production lorsque l'entité fusionnée tentera d'exercer un pouvoir de marché. Par contre, si une part importante de la capacité excédentaire est détenue par les entreprises qui fusionnent, cela peut prévenir l'expansion de leurs concurrents.

5.5 L'évaluation des caractéristiques concurrentielles de l'entreprise acquise permet aussi de déterminer si la fusion aura vraisemblablement pour effet d'éliminer un concurrent dynamique et efficace.<sup>59</sup> Outre les formes de rivalité susmentionnées, le Bureau évalue si l'une des parties à la fusion :

- ne suit généralement pas le leadership en matière de prix ou les autres initiatives des concurrents visant à stabiliser le marché;
- offre des avantages exclusifs en matière de service et de garantie au marché<sup>60</sup>;
- a récemment accru sa capacité ou prévoit le faire;
- a récemment augmenté sa part de marché ou est bien placée pour le faire;
- a récemment acquis des brevets ou le fera bientôt.

5.6 Même si l'élimination d'une entreprise dynamique et efficace par suite d'une fusion empêchera ou diminuera vraisemblablement dans une certaine mesure la concurrence, cela ne suffit généralement pas à justifier la mise en œuvre de procédures en application de la Loi. Comme expliqué précédemment, le Bureau doit aussi évaluer la mesure dans laquelle la concurrence réelle restante est restreinte ou inadéquate et s'il existe des conditions qui peuvent vraisemblablement empêcher ou entraver l'expansion des autres fournisseurs ou l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents.

5.7 On tient également compte de la nature et de la portée des changements et des innovations sur le marché. Le Bureau évalue l'incidence sur la concurrence des innovations technologiques dans les produits et les procédés, de même que l'incidence des changements et des innovations en ce qui concerne la distribution, le service, les ventes, la commercialisation, l'emballage, les préférences des acheteurs, les habitudes d'achat, la structure de l'entreprise, le cadre réglementaire et l'économie dans son ensemble.

---

<sup>58</sup> Voir *Canadian Waste*, par. 196 et 210.

<sup>59</sup> Une entreprise qui est un concurrent dynamique et efficace joue souvent un rôle important en motivant les autres entreprises à pousser les limites de la concurrence sur un marché vers de nouveaux horizons. Elle contribue en outre fortement au maintien d'un niveau de concurrence plus élevé que celui qui existerait en l'absence de la fusion. Il n'est pas nécessaire qu'une entreprise soit un des plus grands concurrents sur un marché pour être un concurrent dynamique et efficace. De petites entreprises peuvent exercer sur la concurrence une incidence disproportionnée par rapport à leur taille.

<sup>60</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 218.

- 5.8 Les pressions qu'exercent ces changements et ces innovations sur les concurrents restants sur le marché (y compris sur l'entité fusionnée) peuvent rendre improbable ou éphémère une augmentation de prix appréciable, surtout lorsque la fusion réduit les entraves à l'accès ou qu'elle stimule ou accélère les changements ou les innovations en question.<sup>61</sup> Ces pressions peuvent avoir une incidence importante sur l'efficacité des marchés à moyen et à long terme. Cependant, pour les besoins de l'analyse des effets sur la concurrence réalisée par le Bureau, on considère que les pressions pro concurrentielles provenant des changements et des innovations sont pertinentes lorsqu'on prévoit que leur effet contraignant sur l'exercice vraisemblable d'un pouvoir de marché se manifestera à l'intérieur d'une période de deux ans.<sup>62</sup>
- 5.9 Une fusion peut également faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché en freinant le processus des changements et des innovations. Par exemple, quand une fusion élimine une entreprise novatrice qui présente une menace sérieuse pour les entreprises en place, elle peut ainsi empêcher ou retarder le lancement de nouveaux produits et de nouveaux procédés et l'adoption de stratégies de commercialisation, d'initiatives dynamiques de recherche-développement et de pratiques commerciales nouvelles.<sup>63</sup>

## Effets unilatéraux

- 5.10 En concentrant les décisions concernant les prix et l'offre, une fusion peut inciter l'imposition d'une hausse des prix et d'une restriction de l'offre ou affaiblir toute autre dimension de la concurrence. Il y a exercice unilatéral d'un pouvoir de marché quand l'entité fusionnée peut augmenter appréciablement ses prix avec profit sans avoir à tenir compte des stratégies adoptées par ses concurrents en réaction à cette hausse de prix.
- 5.11 Sur un marché où les acheteurs peuvent choisir entre de nombreux fournisseurs de produits comparables, la capacité d'une entreprise à augmenter ses prix tout en réalisant un profit est limitée par la possibilité qu'ont les acheteurs de se tourner vers des produits de substitution en réaction à cette augmentation des prix. Lorsque deux entreprises fusionnent et que l'une d'entre elles augmente ses prix, une part de la demande peut se déplacer de cette dernière vers l'autre partie à la fusion, ce qui accroît la rentabilité générale d'une augmentation des prix et accentue l'intérêt

---

<sup>61</sup> Lorsque la fusion aura vraisemblablement pour effet d'accroître le pouvoir de marché, les arguments selon lesquels elle entraînerait vraisemblablement des synergies en matière d'innovation ou d'autres gains en efficacité seront étudiés conformément à l'article 96, tout comme les arguments selon lesquels la fusion pourrait empêcher l'introduction ou la diffusion de la technologie.

<sup>62</sup> Voir par exemple *La lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Canadienne Impériale de Commerce et à la Banque Toronto-Dominion*, 11 décembre 1998, et *La lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Royale du Canada et à la Banque de Montréal*, 11 décembre 1998.

<sup>63</sup> Voir par exemple *Bayer/Aventis – Exposé conjoint des faits*, par. 125.

d'augmenter les prix. Il est plus vraisemblable qu'une augmentation de prix puisse être rentable lorsque les entreprises qui fusionnent occupent une place importante (pas nécessairement dominante) sur le marché.

- 5.12 Les effets unilatéraux peuvent se produire sur différents types de marchés, lesquels sont définis par les caractéristiques principales qui distinguent les entreprises y exerçant leurs activités et qui détermine la nature de la concurrence qui y règne. Deux types de marchés sont décrits ci-après.

### **Entreprises se distinguant principalement par leurs produits**

- 5.13 Sur des marchés où les produits sont différenciés, une fusion accentuera vraisemblablement la capacité des entreprises qui fusionnent à exercer unilatéralement un pouvoir de marché si, pour un nombre considérable d'acheteurs, les choix offerts par ces entreprises représentent leurs deux premiers choix. Dans ces conditions, une hausse des prix après la fusion peut s'avérer profitable parce qu'une augmentation des prix par l'une des entreprises aura pour effet de déplacer la demande vers l'entreprise partenaire. Ce sera particulièrement le cas si la fusion élimine un concurrent dynamique du marché. En revanche, si les produits offerts par les entreprises qui fusionnent ne sont pas les deux premiers choix d'un nombre important d'acheteurs, une augmentation des prix par l'une des parties à la fusion a moins de chance d'être profitable, parce que la demande peut se déplacer en grande partie vers d'autres entreprises du marché pertinent qui ont la capacité nécessaire pour satisfaire cette demande accrue.
- 5.14 Pour déterminer si la fusion de fournisseurs de produits différenciés aura vraisemblablement pour effet d'accroître la capacité de l'entité fusionnée à exercer unilatéralement un pouvoir de marché, le Bureau se fondera sur des renseignements sur les prix et les ventes afin d'établir si les produits des entreprises qui fusionnent représentent les deux premiers choix d'un grand nombre de acheteurs. Les renseignements révélant les changements de comportement passés des acheteurs en réaction à une variation des prix relatifs seront particulièrement utiles; ces renseignements pourront être tirés de sondages sur les préférences des acheteurs, de l'élasticité-prix de la demande pour ce produit et de l'élasticité croisée des prix, de l'analyse des habitudes d'achat et du ratio de détournement.<sup>64</sup>
- 5.15 Le Bureau vérifiera également si d'autres entreprises sur le marché seront vraisemblablement incitées à repositionner leurs produits pour compenser toute perte de concurrence pouvant résulter de la fusion.<sup>65</sup> Le Bureau tiendra également compte

---

<sup>64</sup> Le ratio de détournement entre les entreprises A et B mesure la part des ventes perdue par l'entreprise A au profit de l'entreprise B quand l'entreprise A augmente le prix du produit pertinent.

<sup>65</sup> Pour ce faire, le Bureau devra déterminer si le risque, les coûts irrécupérables et d'autres entraves à l'accès empêcheront vraisemblablement le repositionnement des produits ou l'élargissement de la gamme de produits.

des fournisseurs qui peuvent n'occuper qu'un créneau particulier du marché pertinent et s'attardera à évaluer s'ils peuvent être considérés par un nombre suffisant d'acheteurs comme des concurrents des entreprises qui fusionnent.

### **Entreprises se distinguant principalement par leur capacité**

5.16 Il peut être profitable d'augmenter les prix après une fusion si celle-ci élimine un concurrent vers lequel les acheteurs auraient pu se tourner en réaction à une augmentation des prix. Sur les marchés où les entreprises se distinguent principalement par leur capacité de production, une majoration des prix sera vraisemblablement profitable si des fournisseurs de proches substituts ne peuvent pas absorber la demande détournée de l'entité fusionnée parce que leur capacité de production est insuffisante ou qu'ils ne peuvent accroître cette capacité rapidement et à faible coût. Le Bureau évaluera donc si des contraintes liées à la capacité limitent l'efficacité des autres fournisseurs en les empêchant d'offrir une quantité suffisante de produits pour empêcher l'entité fusionnée d'exercer un pouvoir de marché.<sup>66</sup>

### **Effets coordonnés**

5.17 Une fusion peut donner lieu à des effets coordonnés lorsqu'un groupe d'entreprises (dont les parties à la fusion) peut adopter des comportements coordonnés qui servent leurs intérêts parce qu'elles réagissent de manière coopérative et conciliante aux comportements des autres membres du groupe. Le Bureau doit évaluer si la fusion rendra l'adoption de tels comportements plus vraisemblable ou efficace.<sup>67</sup>

5.18 Le comportement coordonné peut inclure des ententes tacites concernant les prix, les niveaux de service, la répartition de la clientèle ou du territoire ou toute autre dimension de la concurrence.<sup>68</sup> Les ententes tacites sont associées à des décisions prises individuellement par des entreprises qui reconnaissent cependant qu'après la fusion, et parce que certaines conditions du marché s'y prêtent, elles auront intérêt à se livrer une concurrence moins intense.

5.19 Les entreprises ne pourront maintenir leur comportement coordonné ou conciliant que si :

---

<sup>66</sup> Dans les cas où il existe des contingents d'importation ou des accords de restriction volontaire et que la quantité maximale permise par ces contingents ou ces accords est déjà atteinte avant la fusion, les fournisseurs étrangers seront soumis à des contraintes et ne pourront exporter au Canada des quantités supérieures à la quantité maximale permise pour profiter de la majoration des prix.

<sup>67</sup> Une fusion qui change la dynamique de la concurrence entre les entreprises peut donner lieu à l'adoption de comportements coordonnés sur des marchés où on n'observait pas de tels comportements avant la fusion. Il peut également se traduire par un renforcement de la coopération sur les marchés qui étaient déjà caractérisés par des comportements coordonnés.

<sup>68</sup> Lorsque le Bureau apprend l'existence d'ententes, d'accords ou d'arrangements explicites entre les concurrents, il entreprend généralement une enquête criminelle sur la question.

- elles peuvent surveiller réciproquement leur comportement;
- elle ont la capacité de réagir à toute action qui n'est pas compatible à la ligne de conduite commune en adoptant des mécanismes de dissuasion crédibles;<sup>69</sup>
- cette coordination n'est pas menacée par des facteurs externes tels la réaction des acheteurs et des concurrents actuels ou potentiels ne faisant pas partie du groupe d'entreprises ayant des comportements coordonnés.

5.20 La forte concentration du marché et l'existence d'entraves à l'accès sont deux conditions nécessaires, mais insuffisantes, pour conclure qu'il y aura vraisemblablement une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence en raison de comportements coordonnés adoptés à la suite de la fusion.<sup>70</sup> Il est plus facile et moins coûteux pour des entreprises sur un marché de limiter la concurrence si un petit nombre d'entreprises occupent une part importante de l'ensemble du marché. Par contre, les concurrents pourront difficilement maintenir leur comportement coordonné sur un marché fortement concentré si une hausse des prix engendre une entrée rapide de sérieux concurrents.

5.21 Le Bureau vérifie si le marché possède des caractéristiques (autres que sa forte concentration et l'existence d'entraves à l'accès) qui peuvent faire en sorte que les entreprises auront plus de facilité à adopter des comportements qui servent leurs intérêts mutuels, à déceler toute dérogation à cette coordination des comportements et à infliger des sanctions crédibles à toute entreprise fautive. La présence de certaines conditions (appelées facteurs facilitants) sur le marché permet de supposer que les entreprises ont la capacité de surmonter les obstacles au comportement coordonné. À l'exception d'une forte concentration du marché et de l'existence d'entraves à l'accès, aucun facteur ne constitue une condition préalable à l'adoption de tels comportements. En outre, l'absence ou la présence d'un de ces facteurs ne permet pas de déterminer s'il y aura vraisemblablement un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence sur le marché.

5.22 Parmi les facteurs que considère le Bureau dans son analyse des effets liés aux comportements coordonnés, mentionnons les suivants :

- Produits homogènes : il est plus facile d'identifier les actions qui servent les intérêts de tous les concurrents lorsque les produits sont homogènes. En revanche, les produits complexes et la différenciation des produits font en sorte qu'il est plus difficile de parvenir à coordonner les comportements de

---

<sup>69</sup> Cela peut prendre la forme de bas prix sur le marché pertinent ou sur d'autres marchés.

<sup>70</sup> Voir par exemple le communiqué de presse « Les Compagnies Loblaw Limitée - Acquisition de certains éléments d'actif du Groupe Oshawa Limitée dans les provinces de l'Atlantique », 16 octobre 1998, et le communiqué de presse « Dessaisissement : La solution aux préoccupations en matière de concurrence soulevées par les transactions de Loblaw », 12 août 1999.

manière rentable. De même, l'innovation rapide et fréquente en matière de produits est moins propice à un comportement coordonné.

- Symétrie des coûts : il est plus facile pour les entreprises d'adopter des comportements que chacune trouvera rentable quand les structures de coûts de ces entreprises sont comparables.
- Stabilité des coûts sous-jacents : lorsque les coûts varient, il peut être difficile de déterminer si une variation des prix représente une dérogation au comportement coordonné ou si elle est attribuable à une variation des coûts; dans un tel cas, il est plus difficile de maintenir un comportement coordonné.
- Transparence du marché : lorsque les participants au marché ont facilement accès aux renseignements sur les prix, les entreprises concurrentes et les conditions du marché,<sup>71</sup> il est plus facile de surveiller les comportements coordonnés ce qui augmente la probabilité d'une coordination réelle. L'existence d'associations sectorielles qui facilitent la communication et la diffusion de l'information entre les membres peut aussi faciliter le comportement coordonné.<sup>72</sup>
- Nombreux petits acheteurs effectuant des achats fréquents : lorsque les ventes sont réalisées en importants volumes distincts et qu'elles sont relativement peu fréquentes, il est plus profitable de déroger à la ligne de conduite; le comportement coordonné est donc moins probable.
- Présence sur de multiples marchés : lorsque les entreprises sont présentes sur de multiples marchés géographiques ou marchés du produits, il y a une plus grande possibilité de dissuader les entreprises de déroger à la ligne de conduite parce qu'il existe plus d'occasions de sanctionner les écarts de conduite.
- Inélasticité de la demande : les profits résultant de comportements coordonnés sont plus élevés pour les produits dont la demande est inélastique, ce qui rend le comportement coordonné plus probable;
- Capacité excédentaire limitée : les entreprises qui disposent d'une capacité excédentaire pourront et auront intérêt à déroger de la ligne de conduite en vendant leurs produits à un prix inférieur au prix convenu.
- Antécédents de collusion ou de coopération : le fait que, par le passé, les entreprises ont maintenu un comportement de collusion ou de coopération

---

<sup>71</sup> Entre autres à des renseignements sur le niveau de service offert, les projets d'innovation, la qualité des produits, la variété des produits, le degré de publicité, etc.

<sup>72</sup> La transparence du marché est généralement accrue par : l'établissement de prix à la livraison ou de prix déterminés en fonction d'un point de parité; la publication des prix; la distribution de listes de prix; la normalisation du produit, du service ou de l'emballage; l'échange de renseignements (par l'intermédiaire d'une association sectorielle, d'une publication spécialisée ou autre) concernant des facteurs tels le prix, la production, l'innovation, les appels d'offre gagnés ou perdus et le degré de publicité; la divulgation de ces renseignements par les acheteurs ou par des sources au sein du gouvernement; l'inclusion dans les contrats de clauses accordant un droit de premier refus ou de clauses de la nation la plus favorisée.

signifie qu'elles ont réussi, dans le passé, à surmonter les obstacles à l'exercice d'un comportement coordonné.

- 5.23 Pour évaluer la façon dont la fusion change la dynamique de la concurrence entre les entreprises sur le marché, le Bureau doit recenser les contraintes au comportement coordonné qui existaient avant la fusion et déterminer si la fusion réduit ou élimine ces contraintes.
- 5.24 Sur les marchés fortement concentrés, la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné peut être limitée par les activités de quelques entreprises ou d'une seule entreprise. Une fusion peut éliminer cette contrainte en réduisant le nombre de concurrents sur le marché à un niveau où la coordination devient plus rentable que la concurrence. Par exemple, étant donné que l'existence d'une capacité excédentaire peut inciter les entreprises et leur permettre de déroger à la ligne de conduite commune, la fusion peut rendre les entreprises aptes à limiter leur capacité excédentaire de façon à augmenter la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné.
- 5.25 Si les caractéristiques des entreprises diffèrent grandement, la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné peut être limitée par l'incapacité des entreprises d'adopter une ligne de conduite commune qui sert les intérêts de chacune. Si la fusion a pour effet de réduire ou d'éliminer les asymétries qui existent entre l'entité fusionnée et ses concurrents, les entreprises pourront avoir plus de facilité à établir une ligne de conduite commune qui servira les intérêts de chacune après la fusion. À l'inverse, la fusion peut accroître les asymétries entre l'entité fusionnée et ses concurrents, rendant ainsi le comportement coordonné moins rentable, donc moins probable.
- 5.26 Avant la fusion, la possibilité d'adopter avec succès un comportement coordonné peut être limitée par les activités d'un concurrent particulièrement dynamique et efficace (soit d'une « entreprise agissant à son gré »).<sup>73</sup> L'acquisition d'une entreprise agissant à son gré peut éliminer cette contrainte à la coopération en faisant en sorte que les concurrents soient moins incités à agir de façon audacieuse, augmentant ainsi la probabilité que les entreprises pourront adopter avec succès un comportement coordonné.
- 5.27 À l'inverse, la fusion peut ne pas éliminer l'entreprise agissant à son gré, mais plutôt empêcher son expansion ou son entrée sur le marché ou marginaliser son importance sur le marché, ce qui rend plus probable l'adoption avec succès de comportements coordonnés.
- 5.28 Le Bureau doit en outre évaluer la mesure dans laquelle les concurrents ne faisant pas partie du groupe d'entreprises ayant des comportements coordonnés ont la capacité

---

<sup>73</sup> Voir note de bas de page 59.

d'offrir sur le marché géographique pertinent des quantités suffisantes du produit pertinent pour faire échec à l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché.

## PARTIE 6 – ACCÈS

6.1 Un élément clé de l'analyse que mène le Bureau au sujet des effets sur la concurrence est la question de savoir si, en réaction à une hausse appréciable de prix (ou à un autre changement) sur le marché pertinent ou sur une part sensible de celui-ci, des concurrents éventuels seraient susceptibles de s'implanter sur le marché à une échelle et à une ampleur suffisantes pour qu'aucune hausse de prix ne puisse être maintenue pendant deux ans. En l'absence d'entraves à l'accès, les efforts d'une entité fusionnée en vue d'exercer un pouvoir de marché, que ce soit unilatéralement ou au moyen d'une action coordonnée avec ses rivaux, risquent d'être bloqués par l'accès d'entreprises qui

- se trouvent déjà sur le marché pertinent et peuvent accroître leur production ou leurs ventes en deux ans;<sup>74</sup>
- ne se trouvent pas sur le marché pertinent, mais poursuivent leurs activités sur d'autres marchés et peuvent transférer la production ou les ventes sur le marché pertinent en deux ans;
- ne se trouvent pas sur le marché pertinent, mais peuvent commencer la production ou vendre sur le marché pertinent en deux ans.

### Conditions de l'accès

6.2 L'accès au marché ne peut restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché que s'il est viable.<sup>75</sup> Lorsqu'il est vraisemblable qu'une entreprise s'implantera rapidement et à une échelle et une ampleur suffisantes, les efforts visant à augmenter les prix ne pourront probablement pas être maintenus (c'est-à-dire qu'ils ne seront probablement pas rentables), parce que les acheteurs du produit en question se tourneront vers d'autres sources d'approvisionnement.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Tout au long des présentes Lignes directrices, le mot « accès » englobe également l'expansion d'entreprises déjà présentes sur le marché. Il arrive souvent que les mêmes facteurs qui gênent les nouveaux arrivants limitent une expansion importante de la part de producteurs marginaux, même s'il se peut que, dans certains cas, les frais d'expansion des entreprises existantes soient inférieurs à ceux des nouveaux arrivants.

<sup>75</sup> Comme le Tribunal l'a souligné dans *Supérieur Propane* au par. 128, « Les éléments de preuve indiquant l'entrée en exploitation ne sont pas, en eux-mêmes, suffisants pour établir l'effet de limitation que peut avoir la concurrence sur l'imposition d'un prix supraconcurrentiel ou l'exercice vraisemblable d'un pouvoir de marché ». Voir également *Canada (directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. et al*, CT-1990/001 (Trib. conc.), « Motifs et ordonnance », 2 juin 1992 (ci-après « *Southam* »), p. 212 et 219.

<sup>76</sup> Dans certains cas, l'imminence de l'accès peut avoir des effets disciplinaires sur les entreprises en place qui songent à exercer un pouvoir de marché. Voir par exemple *Hillsdown*, p. 74.

## Délai

6.3 Pour évaluer les conditions à l'accès, il importe de déterminer le temps que mettrait un concurrent éventuel pour réagir à une hausse appréciable de prix ou à un autre changement sur le marché provoqué par une fusion et pour devenir un concurrent efficace. En général, plus les concurrents éventuels ont besoin de temps pour devenir des concurrents réels, moins il est probable que les entreprises déjà établies seront dissuadées d'exercer un pouvoir de marché. Lorsqu'une hausse appréciable de prix survient sur un marché pertinent, il importe que les nouveaux arrivants puissent réagir de façon à produire des répercussions sur le prix dans un délai raisonnable. Selon l'analyse du Bureau, l'arrivée de nouvelles entreprises doit produire des effets bénéfiques sur les prix en moins de deux ans.<sup>77</sup>

## Probabilité

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

- les entreprises marginales déjà présentes sur le marché;
- les entreprises qui vendent le produit pertinent sur des marchés géographiques adjacents;
- les entreprises qui fabriquent des produits à l'aide de machines ou d'une technologie similaires à celles qui sont employées pour la production du produit pertinent;
- les entreprises qui vendent sur les marchés connexes en amont ou en aval;
- les entreprises qui vendent en utilisant des canaux de distribution similaires;
- les entreprises qui emploient des méthodes de commercialisation ou de promotion semblables.

6.5 L'analyse vise à déterminer s'il est probable que de nouvelles entreprises chercheront à s'implanter sur le marché, compte tenu des engagements qu'elles doivent prendre, du temps dont elles ont besoin pour devenir des concurrents efficaces, des risques que cela implique et des bénéfices vraisemblables. Le Bureau examine tout retard ou préjudice auquel les nouvelles entreprises s'attendent à être exposées avant de devenir des concurrents efficaces ainsi que les coûts irrécupérables qui en découlent et les risques qui diminuent la probabilité d'une implantation future.

6.6 Un examen des entreprises qui se sont implantées sur un marché donné dans le passé et de celles qui l'ont quitté permet d'obtenir des données utiles sur la probabilité qu'une implantation se produise en temps opportun et à une échelle suffisante pour

---

<sup>77</sup>Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 128, et *Hillsdown*, p. 66.

contrer l'exercice d'un pouvoir de marché par une entité fusionnée. Toutefois, d'autres facteurs entrent aussi en ligne de compte à cet égard.<sup>78</sup>

## Suffisance

6.7 Lorsqu'il se demande si l'implantation sur le marché est susceptible de se produire à une échelle et une ampleur qui seraient suffisantes pour éliminer une augmentation de prix appréciable, le Bureau examine ce que doivent faire les concurrents éventuels qui décident de s'implanter sur le marché. Par exemple, si un concurrent décide de s'implanter sur le marché à une échelle inférieure à l'échelle minimale efficace et d'accepter le désavantage au plan des coûts qui se rattache à une production de niveau moindre qu'optimal, cette implantation ne suffira habituellement pas à éliminer une augmentation de prix appréciable. Les nouvelles entreprises qui cherchent à se différencier des autres en créant un créneau afin d'éviter une concurrence directe avec les parties à la fusion ne réussiront peut-être pas non plus à restreindre l'exercice d'un pouvoir de marché.

## Types d'entraves à l'accès

6.8 Les entraves à l'accès freinent la rapidité et réduisent la probabilité et l'ampleur de l'implantation. Elles peuvent prendre plusieurs formes, qu'il s'agisse de restrictions absolues qui empêchent l'accès, de coûts irrécupérables ou d'autres facteurs qui hausse les coûts de l'implantation et ont donc un effet dissuasive.<sup>79</sup> Bien que, dans certains cas, chacune des entraves ne suffise peut-être pas à elle seule à empêcher l'accès au marché, le Bureau examine l'influence de la totalité des entraves qui, ensemble, peuvent effectivement décourager l'accès.

## Réglementation d'entraves

6.9 Les types d'entraves qui sont décrites à l'alinéa 93d) de la Loi, soit les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international, les barrières interprovinciales au commerce et la réglementation de l'accès, peuvent donner aux entreprises existantes des avantages absolus au plan des coûts par rapport aux concurrents éventuels,

---

<sup>78</sup>Voir par exemple *Supérieur Propane*, au par. 312, où le Tribunal a conclu que l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché avait été modeste et n'avait à peu près pas touché la part de marché des entreprises existantes. Il a donc mis en doute l'ampleur de l'implantation de nouvelles entreprises sur le marché.

<sup>79</sup>Comme cela a été mentionné dans *Canada (directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991/002 (Trib. conc.) « Motifs de l'ordonnance », 20 janvier 1992 (ci-après « *Laidlaw* »), à la page 75, même s'il peut être facile de démarrer une entreprise, les nouveaux arrivants peuvent avoir du mal à survivre pour plusieurs raisons, notamment le comportement stratégique des entreprises existantes. Voir l'annexe 1 pour d'autres commentaires au sujet du comportement stratégique. Voir également *Southam*, pp. 212 et 219.

lesquels avantages constituent pour ceux-ci des obstacles considérables et parfois insurmontables.<sup>80</sup>

### Coûts irrécupérables

- 6.10 Les coûts irrécupérables touchent directement la probabilité d'une implantation et, lorsqu'ils existent, constituent une entrave majeure à l'accès.<sup>81</sup> Les coûts sont irrécupérables lorsqu'ils ne peuvent être recouverts dans les cas où l'entreprise sort du marché. En général, étant donné que les décisions relatives à l'implantation sont habituellement prises dans un contexte où le succès est incertain, la probabilité d'une implantation future importante diminue à mesure que la proportion des coûts irrécupérables pris en compte dans le total des coûts liés à l'implantation augmente. L'évaluation des coûts irrécupérables effectuée par le Bureau porte essentiellement sur une estimation des bénéfices d'une implantation, du temps dont la nouvelle entreprise aura besoin pour devenir un concurrent efficace, des chances de succès et de la mesure dans laquelle ces facteurs justifient les investissements nécessaires.
- 6.11 Il arrive souvent que les nouveaux arrivants doivent engager divers coûts irrécupérables, notamment pour l'acquisition de renseignements sur le marché, la mise au point et les essais des produits, l'installation du matériel, l'embauche du personnel et la mise en place des systèmes de distribution. De plus, les entreprises qui voudraient s'implanter sur le marché pourraient être tenues d'absorber des coûts irrécupérables relativement importants afin :
- d'investir dans des éléments d'actif particuliers à ce marché et d'apprendre à optimiser l'emploi de ces éléments;
  - de surmonter les avantages liés à la différenciation du produit dont jouissent les entreprises en place;
  - de surmonter les inconvénients découlant du comportement stratégique des entreprises en place.
- 6.12 Comme l'indique la description plus détaillée qui figure à l'annexe 1, ces sources possibles de coûts irrécupérables peuvent entraver considérablement l'accès au marché lorsqu'elles obligent les nouveaux arrivants éventuels à tenir compte, dans leur décision, de coûts supérieurs à ceux que doivent supporter les entreprises en place, qui ont déjà absorbé leurs coûts irrécupérables et peuvent par conséquent les ignorer dans leurs décisions sur les prix.
- 6.13 L'investissement que la nouvelle entreprise doit faire pour se tailler une renommée comme fournisseur fiable ou fournisseur de qualité constitue lui aussi un coût irrécupérable qui peut devenir une entrave à l'accès lorsqu'il représente un élément clé

---

<sup>80</sup>Voir par exemple *Bayer /Aventis* – Exposé conjoint des faits, par. 57 à 59, et *Canadian Waste*, par. 122.

<sup>81</sup>Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 172-175, et *Canadian Waste*, par. 122.

pour attirer les acheteurs, notamment dans des domaines où le produit se compose en grande partie de services. Dans ces circonstances, en raison du délai inhérent à l'acquisition de cette réputation, l'implantation rentable risque d'être plus difficile, ce qui retardera d'autant les effets qu'un nouvel arrivant pourrait avoir sur la concurrence.<sup>82</sup>

- 6.14 Les contrats exclusifs à long terme qui prévoient le renouvellement automatique de l'entente, un droit de premier refus et des frais de résiliation constituent une entrave à l'accès. Les contrats comportant des caractéristiques qui limitent la capacité de l'acheteur de passer à un autre fournisseur peuvent compliquer la tâche des entreprises qui cherchent à se créer une base de clientèle suffisante pour exercer leurs activités de façon rentable sur au moins un marché (même lorsque les entraves à l'accès dans l'industrie sont par ailleurs relativement faibles) et rendre de ce fait l'implantation peu attrayante.<sup>83</sup> Les effets dissuasifs de ces contrats sont plus prononcés lorsque les économies de densité sont importantes, parce qu'il est difficile dans ces circonstances pour les entreprises nouvelles ou plus petites d'atteindre une échelle minimale efficace.<sup>84</sup>

### **Autres facteurs dissuasifs**

- 6.15 Dans les marchés où les économies d'échelle sont importantes, l'entreprise qui souhaite s'implanter à petite échelle sur le marché aura peut-être du mal à y parvenir à moins de pouvoir exploiter avec succès un créneau. À l'inverse, l'implantation à grande échelle sur ces marchés pourrait avoir pour effet d'accroître la capacité d'approvisionnement à un niveau supérieur à la demande sur le marché, ce qui exercera une pression à la baisse sur les prix et diminuera l'attrait de l'implantation.<sup>85</sup>
- 6.16 La maturité du marché peut également empêcher l'accès au marché. L'implantation sur un marché naissant ou en croissance, où la dynamique de la concurrence évolue généralement plus rapidement, est moins difficile et demande moins de temps. En revanche, dans le cas des marchés parvenus à maturité, la demande est généralement stagnante, de sorte qu'il est plus difficile pour les nouveaux arrivants éventuels de s'implanter de façon rentable, étant donné que leurs ventes doivent provenir de concurrents existants.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup>Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 157. Voir également *Canada (Loi sur la concurrence, directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, CT-1994-003 (1997), C.C.T.D. n° 8, p.128

<sup>83</sup>Voir par exemple *Laidlaw*, p. 93, et *Supérieur Propane*, par. 150.

<sup>84</sup>Voir par exemple *Laidlaw*, p. 105, et *Supérieur Propane*, par. 134-135.

<sup>85</sup>Voir par exemple *Directeur c. The NutraSweet Company*, CT-1989-002, et *Southam*, p. 215-216.

<sup>86</sup>Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 160.

6.17 Les autres avantages au plan des coûts que possèdent les entreprises en place et qui peuvent avoir un effet dissuasif sur l'accès au marché comprennent les frais de transport, les coûts des investissements et le contrôle de l'accès à des ressources rares ou non reproductibles comme la technologie, les terrains, les ressources naturelles et les canaux de distribution.<sup>87</sup>

## PARTIE 7 – POUVOIR COMPENSATEUR

7.1 Lorsqu'il se demande si une fusion entraînera vraisemblablement une augmentation de prix appréciable, le Bureau évalue la capacité d'un ou de plusieurs acheteurs de restreindre cet exercice de pouvoir de marché.<sup>88</sup> Dans les cas où les acheteurs disposent d'options plausibles, la concentration desdits acheteurs peut avoir pour effet d'empêcher les augmentations de prix, de sorte qu'il sera difficile pour les vendeurs d'exercer un pouvoir de marché.<sup>89</sup>

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

- ils peuvent passer immédiatement à d'autres fournisseurs dans un délai raisonnable;
- ils peuvent procéder à une intégration verticale de leur entreprise sur le marché en amont;
- la promesse de commandes majeures passées auprès d'un fournisseur éventuel attire de nouvelles entreprises.

7.3 Lorsque le marché pertinent est caractérisé par une discrimination par les prix, il se peut que certains acheteurs ne soient pas en mesure de compenser les effets d'un exercice de pouvoir de marché bien que d'autres acheteurs puissent le faire. Ainsi, l'entité fusionnée pourra peut-être augmenter les prix qu'elle demande aux petits acheteurs n'ayant pas nécessairement la possibilité de procéder à une intégration

---

<sup>87</sup> Même s'il est reconnu que les coûts des investissements ne constituent pas nécessairement à eux seuls une entrave absolue à l'accès, le besoin d'emprunter des capitaux peut avoir des répercussions majeures sur la rapidité de l'implantation.

<sup>88</sup> Bien qu'il ne soit pas mentionné de façon explicite dans le texte législatif, le pouvoir compensateur est examiné conformément à l'alinéa 93h) de la Loi. Le Bureau commente également cette question dans ses *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (Ottawa : Industrie Canada, 2001) à la page 2. Dans les situations de monopsonne où un acheteur peut exercer un pouvoir de marché en faisant baisser les prix, le Bureau évaluera la capacité d'un ou de plusieurs vendeurs de restreindre l'exercice de ce pouvoir.

<sup>89</sup> Voir le communiqué de presse – Décision du D.E.R. concernant l'acquisition des éléments d'actif de Domglas Inc. par Consumers Packaging Inc., 25 avril 1989, précis d'information, à la p. 2; le communiqué de presse – « Le directeur ne s'oppose pas à l'acquisition de Manalta par Luscar », 11 septembre 1998, et l'avis d'information « *Le Bureau de la concurrence ne contestera pas la fusion de Fording dans l'industrie du charbon* », 15 avril 2003.

verticale de leur entreprise, même s'il est probable que les grands acheteurs disposant de cette option pourront limiter cette augmentation. En pareil cas, le pouvoir compensateur ne suffira peut-être pas à empêcher l'entité fusionnée d'exercer un pouvoir de marché sur une partie importante du marché<sup>90</sup>.

## PARTIE 8 – L'EXCEPTION D'EFFICIENCE

### Aperçu

- 8.1 L'article 96 de la Loi prévoit une exception aux dispositions de l'article 92 au titre de l'efficacité.<sup>91</sup> Dans les cas où une fusion se traduit par la création ou l'accroissement d'un pouvoir de marché, le paragraphe 96(1) établit un cadre d'analyse dans lequel les gains en efficacité susceptibles d'être réalisés au Canada par suite de la fusion sont comparés aux effets anticoncurrentiels qu'entraînera vraisemblablement celle-ci.<sup>92</sup>
- 8.2 Comme point de départ, lorsqu'il cherche à déterminer les effets anticoncurrentiels pertinents aux fins de l'analyse, le Bureau reconnaît l'importance de tous les objets de la Loi qui sont énoncés à l'article 1.1 de celle-ci.<sup>93</sup>
- 8.3 En général, les catégories d'efficacité qui sont pertinentes pour l'analyse comparative au cours de l'examen d'une fusion comprennent :
- l'efficacité de la répartition des ressources : la mesure dans laquelle les ressources dont dispose la société sont affectées à leur emploi le plus valable;
  - l'efficacité technique (efficacité de la production) : la création d'un volume donné d'extrants au plus bas coût possible au plan des ressources;
  - l'efficacité dynamique : le lancement optimal de nouveaux produits et procédés de production au fil du temps.
- 8.4 Ces catégories sont examinées tant au plan des gains en efficacité qu'au plan des effets anticoncurrentiels (qui comprennent les pertes d'efficacité).
- 8.5 Pour les fins de l'analyse comparative dans le cadre des litiges portés devant le Tribunal, le Bureau doit démontrer les effets anticoncurrentiels de la fusion. Pour leur part, les parties à la fusion doivent établir tous les autres aspects de l'analyse

---

<sup>90</sup> Il y aurait peut-être lieu de se demander si la formation d'un groupe composé de petits acheteurs constitue une option plausible au sens où ce groupe pourrait posséder un pouvoir compensateur.

<sup>91</sup> Une modification à l'article 96 est proposée dans le projet de loi C-249, qui se trouve actuellement devant le Comité sénatorial.

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

<sup>93</sup> *Supérieur Propane*, 2001 CAF 104 (4 avril 2001) (CAF1), par. 88.

comparative, y compris la nature, l'ampleur et la probabilité des gains en efficacité ainsi que la mesure dans laquelle ces gains surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels.<sup>94</sup> Que la fusion en question fasse ou non l'objet d'un litige, le Bureau cherche à obtenir, aux fins de l'analyse, des renseignements des parties à la fusion et d'autres sources afin de pouvoir évaluer à la fois les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels.

- 8.6 Les parties à la fusion sont encouragées à présenter au Bureau leurs arguments au sujet de l'efficacité tôt au cours de l'examen de la fusion, de manière à favoriser une évaluation rapide de la nature et de l'ampleur des gains en efficacité ainsi que de la comparaison des gains en efficacité pertinents et les effets anticoncurrentiels.

### **Gains en efficacité**

- 8.7 Pour être pris en compte en vertu du paragraphe 96(1), les gains en efficacité allégués doivent être des gains qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance (du Tribunal) était rendue ». Dans ce contexte, il est nécessaire d'examiner la nature des ordonnances possibles, que celles-ci visent l'ensemble de la fusion ou certaines parties seulement. Par la suite, il faut évaluer chacun des gains en efficacité escomptés pour savoir si ce gain serait vraisemblablement réalisé par d'autres moyens dans les cas où l'ordonnance demandée serait rendue. Lorsque l'ordonnance sollicitée vise certaines parties seulement de la fusion, l'analyse comparative ne couvrira pas les gains en efficacité qui ne sont pas touchés par l'ordonnance.<sup>95</sup>
- 8.8. Afin de faciliter la tâche du Bureau dans le cadre de l'examen des gains en efficacité allégués, les parties à la fusion devraient lui fournir des renseignements concernant la nature et l'ampleur précises de chaque type de gain en efficacité escomptés. Elles devraient aussi traiter de la probabilité que ce gain soit réalisé et des raisons pour lesquelles il ne sera vraisemblablement pas réalisé si les ordonnances possibles sont rendues.
- 8.9 La confirmation objective des gains en efficacité prévus devrait être appuyée dans la mesure du possible par des documents préparés dans le cours normal des activités. Il peut s'agir de relevés comptables, par usine et par entreprise, d'études internes, de plans stratégiques, de plans d'intégration, d'études de conseillers en gestion et d'autres données disponibles.
- 8.10 Suivant le paragraphe 96(2), il faut déterminer si la fusion entraînera vraisemblablement les gains en efficacité décrits au paragraphe 96(1) qui se traduiront (i) en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations ou (ii) en une substitution relativement importante de produits nationaux à

---

<sup>94</sup> CAF1, au par. 154

<sup>95</sup>Cette question est commentée plus longuement ci-dessous, sous la rubrique Types de gains en efficacité généralement exclus.

des produits étrangers. Par conséquent, les entreprises actives sur des marchés caractérisés par des échanges internationaux et qui cherchent à invoquer l'exception d'efficacité devraient fournir au Bureau des données indiquant si la fusion leur permettra d'accroître leur production.<sup>96</sup>

## **TYPES DE GAINS EN EFFICACITÉ GÉNÉRALEMENT PRIS EN COMPTE**

8.11 Dans le cadre de son évaluation des gains en efficacité, le Bureau examine les facteurs qui donnent lieu à une efficacité de la production et à une efficacité dynamique.

### ***Gains touchant l'efficacité de la production***

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

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

- les économies de coûts variables et de coûts fixes à l'échelle des produits, de l'usine et de plusieurs usines;<sup>97</sup>
- les économies associées à l'intégration de nouvelles activités au sein de l'entreprise;<sup>98</sup>
- les économies découlant du transfert de techniques de production et de savoir-faire supérieures d'une des parties à la fusion à l'autre.<sup>99</sup>

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

---

<sup>96</sup> Dans ce contexte, l'accroissement de la production n'est généralement possible que dans les cas où une diminution du prix correspondante est observée.

<sup>97</sup> Tant les économies de coûts variables que les économies de coûts fixes sont pertinentes aux fins de l'analyse, parce qu'elles donnent lieu à un surplus du producteur (même s'il est reconnu que, généralement, seules les économies de coûts variables (c.-à-d. marginaux) entraînent des réductions de prix). La partie des coûts fixes qui ne peut être recouvrée n'est pas pertinente quant à l'analyse comparative.

<sup>98</sup> Ces économies comprennent la diminution des coûts associés à des aspects comme la sous-traitance en matière d'intrants, de distribution et de services qui étaient auparavant exécutés par des tierces parties. Toutefois, comme le Tribunal l'a souligné dans *Supérieur Propane*, aux par. 364-366, ces économies ne couvrent pas les économies de nature financière découlant de la mise en service du matériel non utilisé, lorsque cette capacité est transférée à des tierces parties.

<sup>99</sup> Bien que des économies de cette nature puissent exister, il sera généralement difficile de prouver qu'une « gestion supérieure » donnera lieu à des gains en efficacité, ou que les économies sont explicitement attribuables au rendement de la gestion ou ne seraient vraisemblablement pas recherchées et réalisées par d'autres moyens.

- les économies d'échelle, soit les réductions du coût unitaire moyen à l'échelle des produits et de l'usine grâce à un accroissement de la production;
- les économies de gamme, soit les économies au niveau de l'usine qui se produisent lorsque la production simultanée plutôt que séparée de plusieurs produits à un niveau donné permet de réduire leur coût de production;
- les économies de densité, soit les économies au niveau de l'usine qui découlent de l'utilisation plus intensive d'une infrastructure de réseau donnée;
- les économies observées au niveau de plusieurs usines par suite de la spécialisation de celles-ci, de la rationalisation des diverses fonctions d'administration et de gestion (p. ex., ventes, commercialisation, comptabilité, achats, finances et production) et de la rationalisation des activités de recherche et de développement;
- les économies qui peuvent être réalisées au niveau d'une ou de plusieurs usines et qui sont liées à la distribution, à la publicité et aux activités de financement.

#### ***Gains touchant l'efficacité dynamique***

8.15 Le Bureau examine également les allégations selon lesquelles la fusion a donné ou donnera vraisemblablement lieu à des gains touchant l'efficacité dynamique, y compris les gains découlant d'un lancement optimal de nouveaux produits, de l'élaboration de procédés de production plus efficaces et de l'amélioration de la qualité des produits et du service. Il est reconnu que l'efficacité dynamique est cruciale à la fois pour l'évolution générale de la concurrence et pour la compétitivité internationale des industries canadiennes. Les gains touchant ce type d'efficacité sont généralement examinés au plan qualitatif, parce qu'ils sont habituellement très difficiles à quantifier.

#### ***Déductions de gains en efficacité***

8.16 Une fois que tous les gains en efficacité allégués ont été évalués, les frais de modification de l'équipement et les autres frais à engager pour réaliser les gains en efficacité sont déduits de la valeur totale des gains en efficacité qui sont pris en compte en vertu du paragraphe 96(1).<sup>100</sup> L'intégration de deux entreprises complexes peut être coûteuse et se solder par un échec. Les coûts d'intégration sont déduits des gains en efficacité.

---

<sup>100</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 340 et 380, où le Tribunal a déduit certains frais de gestion, parce qu'ils représentaient des paiements de rémunération se rapportant à l'exécution de services de gestion supplémentaires.

## TYPES DE GAINS EN EFFICIENCE GÉNÉRALEMENT EXCLUS

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

- des gains qui seraient vraisemblablement réalisés en tout état de cause par des moyens moins anticoncurrentiels si les ordonnances possibles étaient rendues<sup>101</sup> (par exemple, une croissance interne, une fusion avec une tierce partie,<sup>102</sup> une coentreprise, une entente de spécialisation, une licence, une location ou une autre entente contractuelle);<sup>103</sup>
- des gains qui ne seraient pas touchés par une ordonnance, dans les cas où l'ordonnance recherchée vise certaines parties de la fusion;<sup>104</sup>
- des économies qui découlent d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou de la variété;
- des gains provenant d'une redistribution, comme le prévoit le paragraphe 96(3) de la Loi (notamment les gains dont on prévoit qu'ils découleront d'une augmentation du pouvoir de négociation qui permettra à l'entité fusionnée d'obtenir des concessions salariales ou des remises des fournisseurs non justifiées par les prix de revient,<sup>105</sup> et les gains à caractère fiscal).<sup>106</sup>

### Effets anticoncurrentiels

8.18 Selon le paragraphe 96(1), les gains en efficacité doivent être comparés aux « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé ». Les effets à examiner ne se limitent pas aux effets sur la répartition des ressources; ils englobent tous les effets anticoncurrentiels qui résulteront vraisemblablement de la fusion, compte tenu de l'ensemble des objets énoncés à l'article 1.1 de la Loi.<sup>107</sup> La détermination des effets

---

<sup>101</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 352.

<sup>102</sup> Seules les autres propositions de fusion dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elles se réalisent si l'ordonnance possible est rendue seront prises en compte.

<sup>103</sup> Les réalités du marché de l'industrie visée seront prises en compte lors de l'examen de la question de savoir s'il est raisonnable de s'attendre à ce que des catégories particulières d'efficacité soient possibles par des moyens moins anticoncurrentiels autres que la fusion. Ces réalités comprennent les perspectives de croissance du marché en question, le degré de capacité excédentaire qui le caractérise et la possibilité de réaliser l'expansion par étapes.

<sup>104</sup> Les gains en efficacité qui sont escomptés sur d'autres marchés et qui sont inextricablement liés aux gains en efficacité que l'ordonnance interdirait sur le marché pertinent pourront également être pris en compte, dans les cas où ces gains en efficacité ne pourraient être réalisés non plus si l'ordonnance était rendue.

<sup>105</sup> Les remises découlant de commandes plus importantes qui permettraient au fournisseur de réaliser des économies d'échelle, de réduire les frais de transaction ou de réaliser d'autres économies pourront être prises en compte, lorsqu'il est possible de démontrer les économies réalisées par le fournisseur. Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 346-348.

<sup>106</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 376.

<sup>107</sup> CAF1, par. 92.

anticoncurrentiels pertinents dépend des circonstances propres à la fusion en question et des marchés qu'elle touche.

- 8.19 Le Bureau examine tous les effets sur les prix et les autres effets pertinents, notamment les effets sur l'efficacité de la répartition des ressources, l'efficacité de la production et l'efficacité dynamique, les effets sur la redistribution, les effets sur le service, la qualité et le choix des produits, les répercussions sur les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux ainsi que les répercussions sur les chances des petites et moyennes entreprises de participer à l'économie canadienne.
- 8.20 En plus des effets directs sur le marché pertinent, le Bureau examine les effets sur les prix et les autres effets sur les marchés interreliés. Ainsi, les fusions qui donneront vraisemblablement lieu à une majoration des prix et à une baisse de la production peuvent toucher tant les industries nationales qu'exportatrices qui se servent des produits de l'entreprise fusionnée comme intrants.
- 8.21 Quelques exemples d'effets anticoncurrentiels pouvant découler d'une fusion sont donnés ci-dessous. Cette liste n'est pas exhaustive et tous les effets anticoncurrentiels pertinents sont examinés dans le cadre de l'analyse comparative.

## **Effets sur les prix**

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

- 8.22 La fusion qui donne lieu à une augmentation de prix entraîne un effet négatif sur la répartition des ressources, que le Bureau mesure généralement comme la perte sèche touchant la somme des surplus du producteur et du consommateur au Canada. Il s'agit là d'une perte touchant l'efficacité de la répartition des ressources qui, loin de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, va à l'encontre de celles-ci.
- 8.23 Étant donné qu'il est difficile de parvenir à une estimation précise à la fois de l'élasticité de la demande sur le marché et de l'ampleur de l'augmentation de prix qu'entraînera vraisemblablement la fusion, on effectue habituellement plusieurs estimations de la perte sèche sur une série d'augmentations de prix et de niveaux d'élasticité de la demande sur le marché.
- 8.24 L'estimation de la perte sèche couvre généralement :
- les pertes du surplus du consommateur qui découlent des augmentations de prix ou des diminutions de la production imputables à la fusion;
  - les pertes du surplus du producteur qui se produisent lorsqu'un pouvoir de marché est exercé sur le marché pertinent avant la fusion;
  - les pertes des surplus du producteur et du consommateur qui sont attribuables à des pratiques d'établissement de prix interdépendantes ou coordonnées auxquelles se livrent les concurrents de l'entreprise fusionnée;

- les pertes des surplus du consommateur et du producteur qui se produiront vraisemblablement sur les marchés interreliés.<sup>108</sup>

### **Effets sur la redistribution**

- 8.25 Les augmentations de prix découlant d'une fusion anticoncurrentielle entraînent un effet de redistribution (« transfert des richesses ») des acheteurs aux vendeurs. Un des objectifs importants de la Loi est d'assurer aux acheteurs des prix compétitifs et un choix dans les produits<sup>109</sup>. En conséquence, le Bureau examine l'importance du transfert des richesses aux fins de l'analyse comparative.
- 8.26 Il existe différentes façons de prendre en compte le transfert des richesses lors de l'évaluation d'une fusion. Une des façons consiste à chercher à connaître les « effets socialement défavorables » du transfert, c'est-à-dire à quantifier la partie de celui-ci qui est défavorable au plan social.<sup>110</sup> Dans ce contexte, il y aurait lieu d'examiner, notamment, des renseignements détaillés concernant le type de biens produits par l'entité fusionnée, la nature des acheteurs desdits produits, les usages auxquels ceux-ci sont destinés et les profils socioéconomiques des acheteurs en question.
- 8.27 Par ailleurs, une autre solution consiste à examiner la redistribution du revenu des acheteurs aux vendeurs d'un point de vue qualitatif.<sup>111</sup> Le Bureau peut également appliquer d'autres méthodes, selon les circonstances du cas à l'étude.

## **Effets sur des aspects autres que les prix**

### **Diminution du service, de la qualité et du choix**

- 8.28 L'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence par suite d'une fusion peut avoir des répercussions négatives sur le service ainsi que sur la qualité et le choix des produits. La prise en compte de ces effets va de pair avec l'objectif qui consiste à assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Lorsque

---

<sup>108</sup> Lorsque l'entreprise fusionnée produit des biens intermédiaires qui sont utilisés comme intrants pour la production d'autres produits, les augmentations de prix touchant les biens en question peuvent donner lieu à une distorsion des prix desdits intrants qui pourrait se traduire par une production inefficace sur ces marchés.

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

<sup>110</sup> C'est ce qu'a fait le Tribunal dans la décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, où il a accordé une pleine importance uniquement aux effets socialement défavorables du transfert. Voir Tribunal de la concurrence, 4 avril 2002 (ci-après « Décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane* »). La Cour d'appel fédérale a conclu que le Tribunal possédait le pouvoir discrétionnaire voulu pour procéder de cette façon dans cette affaire. Voir CAF 53 (31 janvier 2003) (ci-après « CAF2 »).

<sup>111</sup> Le membre dissident a commenté cette solution dans *Supérieur Propane*.

ces répercussions ne peuvent être quantifiées, elles sont examinées d'un point de vue qualitatif.

### ***Perte touchant l'efficacité de la production***

8.29 Les fusions qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence peuvent également avoir pour effet de réduire l'efficacité de la production, en raison de la dispersion des ressources par suite d'une inefficacité  $x$ <sup>112</sup> et d'autres distorsions.<sup>113</sup> Ainsi, il y a inefficacité  $x$  lorsque les entreprises, notamment celles qui se trouvent sur des marchés monopolistiques ou quasi monopolistiques, ne subissent pas les pressions qu'exercent les concurrents sur le marché de manière à maximiser les efforts pour optimiser l'efficacité. L'inefficacité  $x$  découlant d'une fusion peut être importante et nettement supérieure à la perte sèche associée à l'inefficacité de la répartition des ressources. Étant donné qu'il peut être difficile de quantifier les pertes touchant l'efficacité de la production, ces répercussions sont généralement examinées d'un point de vue qualitatif.

### ***Perte touchant l'efficacité dynamique***

8.30 Les fusions qui se produisent dans un marché très concentré peuvent avoir pour effet de réduire le rythme d'innovation et de changement technologique ainsi que la diffusion de nouvelles technologies, ce qui risque de se traduire par une perte du surplus économique. Comme c'est le cas pour les gains touchant l'efficacité dynamique, il est difficile d'évaluer les répercussions négatives d'une fusion anticoncurrentielle sur l'efficacité dynamique, de sorte que ces répercussions sont généralement examinées d'un point de vue qualitatif.

## **L'analyse comparative**

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

8.32 Le mot « surpasser » signifie que les gains en efficacité doivent être plus étendus et d'une plus grande ampleur que les effets anticoncurrentiels. Quant au mot « neutraliser », il signifie que les gains en efficacité doivent contrebalancer les effets anticoncurrentiels.<sup>114</sup>

8.33 Tant les gains en efficacité que les effets anticoncurrentiels peuvent comporter des aspects quantitatifs (mesurés) et qualitatifs. Pour que les comparaisons soient

---

<sup>112</sup> L'« inefficacité  $x$  » désigne habituellement la différence entre l'efficacité maximale (ou théorique) qu'une entreprise peut atteindre et celle qui est effectivement réalisée.

<sup>113</sup> Ainsi, l'accroissement du pouvoir de marché peut donner lieu à un comportement typique de maximisation de la rente (comme le lobbying), lequel peut se traduire par une diminution du bien-être total lorsque les ressources économiques réelles sont affectées à des activités visant à redistribuer le revenu plutôt qu'à produire des extrants réels.

<sup>114</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 449.

significatives, il convient de tenir compte des écarts temporels entre les gains en efficience futurs prévus et les effets anticoncurrentiels en les ramenant à des valeurs actuelles.<sup>115</sup>

- 8.34 À l'heure actuelle, il n'existe aucun fondement législatif permettant de présumer une pondération égale des effets sur la redistribution, des pertes sèches et des gains en efficience.<sup>116</sup> Cette pondération doit dépendre des faits du cas à l'étude. Compte tenu de la nécessité d'évaluer tous les gains au regard de tous les effets, il faut faire preuve de jugement au moment de combiner des gains mesurés (effets) et des gains qualitatifs (effets) pour l'analyse comparative.<sup>117</sup>
- 8.35 Les parties à la fusion qui ont l'intention d'invoquer l'exception des gains en efficience devraient indiquer comment à leur avis les gains et effets qualitatifs et quantitatifs devraient être combinés et pondérés aux fins de l'analyse tant de l'aspect « surpasser » que de l'aspect « neutraliser »; elles devraient aussi expliquer la façon dont les gains compensent les effets anticoncurrentiels et la raison pour laquelle il en est ainsi.<sup>118</sup>

## **PARTIE 9 – DÉCONFITURE DE L'ENTREPRISE**

### **Déconfiture de l'entreprise et éléments d'actif sortants**

- 9.1 Selon l'alinéa 93b) de la Loi, un des facteurs pertinents quant à l'analyse d'une fusion et de ses effets sur la concurrence réside dans « la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable, de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise, d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé ».
- 9.2 La déconfiture probable d'une entreprise ne peut constituer un moyen de défense à l'encontre d'une fusion susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. La perte d'influence concurrentielle réelle ou future d'une entreprise en déconfiture n'est pas attribuée à la fusion lorsque la déconfiture imminente est probable et que, en l'absence de la fusion, les actifs de l'entreprise seraient vraisemblablement retirés du marché pertinent.
- 9.3 Une entreprise est considérée comme une entreprise en déconfiture dans les cas suivants :
- elle est insolvable ou le deviendra vraisemblablement;
  - elle a entamé ou entamera vraisemblablement une procédure de faillite volontaire;
  - elle a été mise sous séquestre ou le sera vraisemblablement.

---

<sup>115</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 371.

<sup>116</sup> Décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, par. 340 et 371.

<sup>117</sup> *Supérieur Propane*, par. 461

<sup>118</sup> CAF1, par. 88, 92 et 109.

- 9.4 L'entreprise se trouve dans un état d'insolvabilité technique lorsque son passif dépasse la valeur de réalisation de ses éléments d'actif ou lorsque quelle n'est pas en mesure de payer ses dettes à l'échéance.
- 9.5 Lorsque le Bureau évalue dans quelle mesure la déconfiture d'une entreprise est probable, il examine normalement les renseignements et les documents suivants :
- les états financiers vérifiés les plus récents, y compris les notes afférentes et les réserves dans le rapport du vérificateur;
  - la marge brute d'autofinancement projetée;
  - si un des prêts de l'entreprise a été appelé au remboursement ou si de nouveaux prêts simples ou avancés sur marge de crédit à des taux viables ont été refusés et ne peuvent pas être obtenus ailleurs;
  - si les fournisseurs ont réduit ou complètement éliminé le crédit commercial;
  - s'il y a eu des pertes d'exploitation persistantes<sup>119</sup> ou une baisse importante de la valeur nette ou de l'actif de l'entreprise;
  - si ces pertes ont été accompagnées d'une érosion de la position relative de l'entreprise sur ce marché;
  - l'importance des activités de financement hors bilan de l'entreprise comme le crédit-bail;
  - si la valeur des titres de créance de l'entreprise qui sont négociés sur le marché public a baissé de façon significative;
  - si l'entreprise n'est vraisemblablement pas en mesure de se restructurer avec succès conformément à la législation canadienne ou étrangère en matière de faillite ou à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou encore au moyen d'une proposition concordataire.
- 9.6 Ces facteurs s'appliquent également aux allégations liées à une déconfiture concernant une division ou une filiale en propriété exclusive d'une entreprise plus grande. Toutefois, lors de l'évaluation de ces allégations, une attention particulière est accordée aux prix de transfert à l'intérieur de la plus grande entreprise, à la répartition des coûts au sein de l'entreprise, aux frais de gestion, aux redevances et aux autres aspects pouvant avoir une pertinence spéciale dans ce contexte. Ces aspects sont généralement examinés relativement aux valeurs des transactions sans lien de dépendance équivalentes.
- 9.7 On présumera ordinairement que les points abordés dans les états financiers ont été vérifiés objectivement si les états ont été vérifiés ou préparés par une personne qui est indépendante de l'entreprise qui invoque la déconfiture. Dans le cadre de son évaluation des renseignements financiers, le Bureau examine les états des résultats et

---

<sup>119</sup> Les pertes d'exploitation persistantes n'indiqueront pas nécessairement qu'il y a déconfiture, particulièrement dans les cas de démarrage d'entreprise, où ces pertes peuvent être normales, voire prévues.

les bilans passés, actuels et prévisionnels. Il se demande aussi si les hypothèses sous-jacentes aux prévisions financières sont raisonnables, eu égard aux résultats passés, à la conjoncture économique du moment et au rendement d'autres entreprises dans l'industrie.

## **Solutions de rechange à la fusion**

9.8 Avant de conclure qu'une fusion mettant en cause une entreprise ou division en déconfiture n'aura vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Bureau se demande si l'une ou l'autre des solutions de rechange à la fusion existe et est susceptible d'entraîner un niveau de concurrence nettement supérieur à celui qui existera dans l'éventualité où la fusion proposée a lieu.<sup>120</sup> Voici ces solutions de rechange :

## **Acquisition par un acheteur préférable sur le plan de la concurrence**

9.9 Le Bureau cherche à savoir s'il existe une tierce partie (un « acheteur préférable sur le plan de la concurrence ») qui pourrait acheter l'entreprise ou la division en déconfiture ou les avoirs de production de celle-ci dans le cadre d'une opération qui déboucherait vraisemblablement sur un niveau de concurrence nettement plus élevé sur une part sensible du marché.<sup>121</sup> Lorsque la réponse à cette question est affirmative, on peut généralement s'attendre à ce que si la fusion à l'étude ne peut pas être menée à bien, l'entreprise achetée cherchera soit à fusionner avec cet acheteur préférable sur le plan de la concurrence, soit à se maintenir sur le marché. Si le Bureau n'est pas convaincu qu'une recherche exhaustive a été menée en vue de trouver un acheteur préférable sur le plan de la concurrence, il demandera l'intervention d'un tiers indépendant (comme un courtier en valeurs immobilières, un fiduciaire ou un courtier qui n'a aucun intérêt important à l'endroit des parties à la fusion ou de la proposition en question) de mener cette recherche.

---

<sup>120</sup> Voir l'avis de demande, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Cast Group Ltd.* (20 décembre 1996 (Trib. conc.), CT-96/2); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476. (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1993), 49 C.P.R. (3d) 7 (Trib. conc.); communiqué de presse 89-22, « Aucune opposition au fusionnement de Wardair et PWA », 24 avril 1989; communiqué de presse, « Le Bureau de la concurrence annonce qu'il ne s'opposera pas à l'acquisition des Lignes aériennes Canadien, 21 décembre 1999).

<sup>121</sup> Le Bureau se demande si la tierce partie est capable d'exercer une influence significative sur le marché. Lorsqu'un autre acheteur n'a pas l'intention de conserver les éléments d'actif de l'entreprise en déconfiture sur le marché pertinent, le Bureau cherche à savoir jusqu'à quel point le pouvoir de marché découlant de la première proposition de la fusion sera vraisemblablement inférieure à ce qu'elle serait si l'autre fusion avait lieu.

## Réduction des activités

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

## Liquidation

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

## Délai

9.12 Même si le délai dont il a besoin pour évaluer l'ampleur du risque de déconfiture auquel une entreprise sera exposée si la fusion proposée n'a pas lieu varie d'un cas à l'autre, le Bureau exige généralement jusqu'à six semaines pour compléter son analyse. Les parties à la fusion qui entendent invoquer les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture sont par conséquent encouragées à en faire état le plus tôt possible.

## PARTIE 10 – FUSIONS VERTICALES

10.1 Généralement, les fusions verticales<sup>122</sup> soulèvent des préoccupations uniquement lorsqu'elles ont pour effet d'accroître les entraves à l'accès ou de faciliter le comportement coordonné en amont. En plus des conditions décrites ci-dessous, le Bureau analyse les effets sur la concurrence de ces fusions en examinant la concentration du marché, la concurrence réelle qui reste, la disponibilité de substituts

---

<sup>122</sup> Une fusion verticale désigne le rattachement des éléments d'actif d'une entreprise qui vend un produit ou un service avec ceux d'une entreprise qui achète ce produit ou service.

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

## **Entraves accrues à l'accès**

- 10.2 Une fusion verticale peut donner lieu à des préoccupations lorsqu'après l'élimination d'une source indépendante d'approvisionnement en amont (ou de distribution en aval), il ne reste qu'une faible capacité non intégrée<sup>123</sup> à l'un ou l'autre des niveaux auxquels une des parties à la fusion exerce ses activités. Plus précisément, il y a lieu de s'inquiéter lorsque la capacité non intégrée à un des niveaux (le marché secondaire) est suffisamment réduite pour qu'une entreprise qui s'implante sur un marché à l'autre niveau (le marché primaire) juge nécessaire de s'implanter aussi sur le marché secondaire. En général, lorsque ces implantations simultanées sur le marché primaire et un marché secondaire entraînent des coûts irrécupérables supérieurs à ceux qui sont nécessaires pour s'implanter sur le marché primaire seulement, les entraves à l'accès au marché primaire sont effectivement accrues.<sup>124</sup>
- 10.3 Cependant, un accroissement des entraves à l'accès à un marché primaire ne peut soulever des préoccupations en vertu des dispositions de la Loi qui concernent la fusion que lorsque le degré de concurrence réelle qui subsiste après la fusion est si faible qu'une nouvelle entreprise s'implantant sur ce marché pourrait vraisemblablement y exercer une influence limitative importante sur les prix en l'absence de la fusion.
- 10.4 Le Bureau ne conclura probablement pas qu'une fusion verticale aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, sauf dans les cas suivants :
- la fusion rend improbable une nouvelle implantation sur le marché primaire à une échelle suffisante pour éliminer une hausse appréciable de prix dans un délai de deux ans, en raison de la nécessité pour l'entreprise en question de s'implanter aussi sur le marché secondaire;<sup>125</sup>
  - la fusion facilitera vraisemblablement l'exercice du pouvoir de marché sur le marché primaire en l'absence de cette implantation.
- 10.5 Pour décider si l'implantation simultanée sera plus difficile ou moins rentable, le Bureau se demande si les entreprises qui s'implantent sur le marché dans ces circonstances devront vraisemblablement supporter des coûts en immobilisation plus élevés que ceux des entreprises en place, étant donné le risque plus élevé d'essayer

---

<sup>123</sup> C'est-à-dire la capacité à un seul des niveaux en question.

<sup>124</sup> Voir l'annexe 1.

<sup>125</sup> Le commissaire ne conclura vraisemblablement pas qu'une implantation sur le marché secondaire est nécessaire lorsque les ventes (ou les achats) par des entreprises non intégrées sur celui-ci seraient, après la fusion, suffisantes pour l'exploitation de deux entreprises à une échelle minimale efficace sur le marché primaire.

de s'implanter avec succès à deux niveaux. Le Bureau évalue également la différence entre les niveaux de l'échelle minimale efficace sur les marchés primaire et secondaire et se demande si cette différence imposera vraisemblablement des coûts supplémentaires relativement importants à l'entreprise qui s'implante à deux niveaux.

## **Effets en amont facilités par l'intégration en aval au niveau du commerce de détail**

- 10.6 La fusion qui entraîne un degré élevé d'intégration verticale ou qui a pour effet d'accroître le degré d'intégration verticale existant entre un marché en amont et un marché de vente au détail en aval peut favoriser un comportement coordonné entre des entreprises du marché en amont en facilitant le contrôle des prix demandés par des entreprises rivales en amont.
- 10.7 En général, ce type de fusion n'aura vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, sauf dans les cas suivants :
- les prix auxquels les transactions sont effectivement conclues au niveau du commerce de détail sont plus visibles que les prix des transactions en amont;
  - les conditions régnant sur le marché en amont conduisent par ailleurs à l'exercice coordonné d'un pouvoir de marché;
  - le pourcentage de production en amont qui est vendu par l'entremise d'entreprises non intégrées est si faible que, après la fusion, les ventes à ces entreprises à des conditions pouvant être dissimulées n'auront vraisemblablement pas pour effet d'empêcher l'imposition d'une hausse appréciable de prix et le maintien de ces prix pendant deux ans.

## **PARTIE 11 – FUSIONS EN CONGLOMÉRAT**

- 11.1 En général, les fusions en conglomérat<sup>126</sup> ne peuvent donner lieu à des préoccupations en vertu de la Loi que dans les cas où il peut être démontré qu'en l'absence de la fusion, une des parties à celle-ci se serait vraisemblablement implantée sur le marché comme une toute nouvelle entreprise. Dans ces circonstances, l'examen porte sur la question de savoir s'il est probable que les prix seront nettement plus élevés sur une part sensible du marché pendant plus de deux ans s'ils ne le seraient si la fusion n'avait pas lieu. Ainsi, des préoccupations pourraient être soulevées lorsqu'une entreprise dominante qui exerce un pouvoir de marché pertinent acquiert une entreprise qui se trouve sur un marché adjacent et qui a fait connaître son intention de s'implanter sur le marché pertinent en essayant de négocier des contrats très favorables avec des clients de l'entreprise dominante. Inversement, un effet

---

<sup>126</sup> Une fusion en conglomérat est une fusion entre des entreprises qui ne se font pas concurrence sur un même marché pertinent ou sur des marchés pertinents qui sont reliés verticalement.

anticoncurrentiel semblable est possible lorsqu'une grande entreprise qui aurait pu autrement s'implanter sur le marché pertinent comme une toute nouvelle entreprise (qui aurait pu augmenter la capacité et introduire une source nouvelle et indépendante de concurrence) remplace simplement une entreprise importante déjà établie sur le marché grâce à une fusion.

- 11.2 Avant de conclure que l'implantation d'une toute nouvelle entreprise aurait vraisemblablement lieu en l'absence de la fusion, le Bureau exige généralement des renseignements vérifiables objectivement qui appuient clairement cette proposition, notamment des documents internes antérieurs à la fusion, des documents sur les récentes initiatives de l'entreprise en vue de contester le marché, une demande d'autorisation réglementaire ou le dépôt d'un brevet.

## ANNEXE I : RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES SUR LES COÛTS IRRÉCUPÉRABLES

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

### Éléments d'actif particuliers au marché et apprentissage

A.2 L'implantation sur le marché nécessitant des investissements qui comportent des coûts irrécupérables peut devenir moins attrayante en raison de l'effet de l'implantation elle-même sur les prix. Des prix plus bas peuvent avoir un effet dissuasif pour deux grandes raisons. D'abord, lorsque des économies d'échelle, de gamme ou de densité existent les entreprises susceptibles de s'implanter sur le marché reconnaîtront que la production ajoutée au marché par un nouvel arrivant à une échelle minimale efficace exercera une pression à la baisse sur les prix.<sup>127</sup> Plus le ratio de l'échelle minimale efficace à la production totale du marché est élevé, plus l'effet de compression des prix attribuable à une implantation à cette échelle est grand et moins il est vraisemblable que cette implantation aura lieu.

A.3 De plus, les nouveaux arrivants éventuels reconnaissent que les entreprises existantes qui cherchent à maximiser leurs profits peuvent agir de façon à avoir une incidence sur le prix qui aura cours après l'implantation. Plus précisément, les entreprises en place peuvent rendre l'implantation infructueuse en maintenant leur production à des niveaux qui donnent lieu à des prix inférieurs aux coûts totaux moyens à long terme des nouveaux arrivants éventuels.<sup>128</sup> Cet effet dissuasif est accentué par l'accroissement des risques et l'incertitude découlant du fait que les entreprises en place mènent une

---

<sup>127</sup> Voir par. 8.14 de ces Lignes directrices. Des économies d'échelle, de gamme et de densité peuvent aussi être réalisées relativement à d'autres aspects d'une entreprise, comme la distribution, la commercialisation et la gestion. Tel qu'il est mentionné dans *Laidlaw*, la nécessité pour une entreprise d'établir une densité des points de collecte de l'itinéraire pour être rentable peut dissuader cette entreprise de s'implanter.

<sup>128</sup> Les entreprises en place peuvent fixer leurs prix à des niveaux inférieurs à leur coût total moyen jusqu'à ce que la tentative d'implantation échoue, parce que leurs coûts irrécupérables ont déjà été absorbés et qu'ils ne sont donc plus pertinents dans leurs décisions sur les prix. C'est cette asymétrie entre les entreprises en place et les nouveaux arrivants qui confère l'avantage aux premières.

lutte farouche pour défendre leur position sur le marché, notamment lorsque celui-ci est stable ou en baisse ou qu'elles possèdent une capacité excédentaire importante.<sup>129</sup>

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

### **Différenciation de produits**

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

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

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

- A.7 Lorsqu'ils sont relativement fidèles à une marque, les acheteurs sont souvent réticents à l'idée de se tourner immédiatement vers un nouveau produit en réaction à une

---

<sup>129</sup> Étant donné que de nombreux marchés canadiens ne peuvent accommoder qu'un petit nombre d'entreprises en raison de l'existence d'économies d'échelle, il arrive souvent que cette source d'entraves à l'accès soit alléguée devant le Bureau.

augmentation de prix appréciable. Cette réticence peut être exacerbée par le risque important lié à l'achat d'un nouveau produit dans les cas suivants :

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

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

A.9 Ces inconvénients augmentent à mesure que la proportion de l'ensemble de la production du marché qui correspond à l'échelle minimale efficace s'accroît. En bref, plus les ventes à réaliser pour atteindre l'échelle minimale efficace augmentent, plus les coûts irrécupérables que devra engager le nouvel arrivant sous forme de remises sur les prix, de frais de publicité et de frais liés à d'autres modes de promotion seront élevés.<sup>130</sup> En outre, plus le niveau de l'échelle minimale efficace sera élevé, plus les entreprises susceptibles de s'implanter sur le marché craindront vraisemblablement de ne pas atteindre un niveau de ventes suffisant pour justifier l'engagement de ces coûts irrécupérables ou seront exposées à des coûts irrécupérables supplémentaires en raison de la crainte que les acheteurs ne leur réservent un accueil lent.

## **Comportement stratégique**

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

---

<sup>130</sup> Il est important de reconnaître qu'il existe souvent des économies d'échelle dans la publicité qui désavantagent les nouveaux arrivants jusqu'à ce qu'ils atteignent le niveau de ventes pour lequel leur coût de publicité unitaire est comparable à celui des entreprises en place.

A.11 Lors de l'évaluation de la mesure dans laquelle une augmentation de prix appréciable aura vraisemblablement pour effet d'entraîner une implantation à une échelle et une ampleur suffisantes pour éliminer une augmentation de prix de cette nature dans un délai de deux ans, une attention particulière est accordée à la question de savoir s'il est probable que l'implantation sera empêchée ou retardée par un ou plusieurs des facteurs suivants :

- des ententes existantes de ventes liées ou d'exclusivité;
- des acheteurs qui s'exposent à des coûts de substitution élevés;<sup>131</sup>
- des contrats existants qui sont par nature des contrats à long terme ou qui comportent des clauses prévoyant l'équivalence avec la concurrence ou le renouvellement automatique;
- des investissements importants par les entreprises existantes dans la recherche et le développement ou dans la publicité, que ces investissements soient réels ou probables;
- des entreprises en place qui occupent les créneaux de produits ou les régions géographiques les plus importants;
- des entreprises en place qui ont acquis des brevets relatifs à une variété de méthodes de fabrication d'un produit;
- des entreprises en place qui ont signalé, par leur réaction aux tentatives d'implantation passées, qu'elles utiliseront leur capacité excédentaire pour faire baisser les prix en réaction à une nouvelle tentative de cette nature;
- une réaction vigoureuse attendue des entreprises en place pour défendre leurs positions respectives sur le marché.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Les fournisseurs peuvent imposer des coûts de substitution importants aux acheteurs de plusieurs façons, notamment en accordant des rabais ou des remises sous réserve d'une fidélité totale ou d'un engagement à long terme, en exigeant des dommages-intérêts déterminés élevés en cas de rupture de contrat, en obligeant l'acheteur à acheter leur équipement ou à apposer la marque de commerce du produit pertinent sur l'emballage à la revente ou encore en manipulant la compatibilité des composantes des produits. Voir par exemple, *Supérieur Propane*, par. 147.

<sup>132</sup> Voir par exemple *Supérieur Propane*, par. 152 - 153.