Industrie Canada Industry Canada

Mémoire présenté par le

directeur des enquêtes et recherches

Bureau de la concurrence

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

Industry Canada
Library - Queen

SEP 2 9 2014

Industrie Canada
Bibliothèque - Queen

Novembre 1997

Canada

Sommaire

Le directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») du Bureau de la concurrence (le «Bureau») soumet le présent mémoire en réponse au *Document de discussion* rendu public par le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien (le «Groupe de travail»), le 13 juin dernier. Il y expose son opinion au sujet des questions qu'examine actuellement le Groupe de travail.

Le Bureau soutient essentiellement que c'est en s'en remettant le plus possible à la concurrence et aux forces du marché qu'on atteindra les objectifs d'intérêt public fondant le présent examen, et non en continuant à réglementer ou en recourant davantage à la réglementation. Le Bureau reconnaît que la réglementation applicable au secteur financier vise d'abord et avant tout à assurer la stabilité du système financier, mais qu'il se peut que la stabilité s'atteigne au détriment de la concurrence. Il estime toutefois qu'il est possible de procéder à des modifications réglementaires qui donneront plus de souplesse au système et faciliteront la concurrence sans compromettre la stabilité et la solvabilité.

À cet égard, le Bureau souscrit aux opinions que le Groupe de travail a exprimées aux paragraphes 1.10 et 1.11 de son document de discussion, relativement à la validation de la réglementation et à l'importance de la concurrence. Comme le souligne le Groupe de travail :

> [D]ans un contexte de concurrence, les fournisseurs de services seront incités à servir au mieux les intérêts de leurs consommateurs, à faire preuve d'innovation et à fournir des services de qualité à un prix avantageux[1].

Le Bureau partage également l'opinion du Groupe de travail selon laquelle :

---

1 Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, *Document de discussion*, 13 juin 1997, à la p. 6.

> Lorsqu'il est établi qu'un objectif de politique publique [...] justifie la prise de réglementation, il faut déterminer si l'intervention du gouvernement en la matière sur le marché [...] n'est pas excessive[2].

Le mémoire commence par un résumé des recommandations du Bureau, suivi par un examen des tendances observables dans le secteur canadien des services financiers, dont la mondialisation, les progrès technologiques rapides et la disparition des intermédiaires. On peut clairement conclure de l'examen de ces tendances qu'il n'existe aucune certitude quant à l'évolution que suivront les marchés, les institutions et les produits en réponse aux changements du marché. Il est donc essentiel d'élaborer un nouveau cadre réglementaire qui soit souple et adaptable et qui facilite le plus possible l'obtention de résultats en fonction du marché plutôt que de résultats prédéterminés, et cela est particulièrement important pour l'examen de modèles d'organisation d'institutions financières en société de portefeuille. Il importe également de signaler l'importance croissante que prend la coopération internationale dans l'application des lois antitrust et de la réglementation visant le secteur des services financiers, devant la mondialisation grandissante des marchés de ce secteur.

Le mémoire explique le rôle joué par la politique de concurrence dans le secteur et donne un aperçu général du droit canadien de la concurrence et de ses institutions. Il résume diverses dispositions de la *Loi sur la concurrence* (la «Loi») applicables aux services financiers, dont les dispositions civiles relatives aux affaires susceptibles d'être examinées par le Tribunal de la concurrence concernant:

- les fusionnements,
- le refus de vendre,
- l'abus de position dominante,
- diverses formes de restriction verticale, notamment les ventes liées,

et les dispositions criminelles concernant :

- la publicité trompeuse,

---

2 *Ibid.*, à la p. 6.

- le maintien des prix,
- les prix d'éviction,
- le complot,
- les ententes entre institutions financières relevant de l'autorité fédérale.

Le Bureau a également fait état de la valeur du travail préliminaire du Groupe de travail au sujet des critères à appliquer dans l'évaluation des fusionnements d'institutions appartenant au secteur des services financiers. Il recommande que le ministre des Finances, le surintendant des institutions financières et le directeur des enquêtes et recherches procèdent simultanément aux examens qu'ils doivent effectuer et s'échangent des renseignements lorsque ce partage est possible et qu'il est nécessaire pour mener des examens rapides, efficients et efficaces.

Le Bureau donne un bref aperçu, dans le mémoire, de la méthode qu'il utilise pour évaluer les fusionnements d'entreprises du secteur des services financiers. La nécessité de disposer des renseignements nécessaires pour évaluer rapidement et efficacement ces fusionnements a incité le Bureau à prévoir de façon plus détaillée comment les lignes directrices relatives aux fusionnements seraient appliquées à des institutions bancaires. Il a préparé un document préliminaire à cet effet et consultera les membres du secteur des services financiers avant d'en produire une version définitive.

Le mémoire analyse également les répercussions sur la concurrence de diverses politiques et de divers règlements concernant le secteur des services financiers. Comme il en a déjà été fait mention, il se peut que la stabilité du secteur soit maintenue au détriment de certains objectifs de la politique de concurrence. La conciliation de ces deux objectifs primordiaux requiert un examen minutieux. Instruit par l'expérience qu'il a acquise en défendant la concurrence et en veillant au respect de la Loi dans les secteurs réglementés de l'économie canadienne, le Bureau a formulé des principes de concurrence qu'il demande aux autorités législatives et réglementaires de prendre en considération lorsque les industries en transition sont concernées. Ces principes sont énumérés dans les recommandations.

Le Bureau examine des règlements et des politiques touchant le secteur dans

une perspective de concurrence. Il a, de plus, joint à son mémoire un document abordant de façon plus détaillée la question des ventes liées, à l'annexe I, ainsi qu'une version préliminaire d'un document soumis pour consultation et portant sur l'application aux fusionnements bancaires des *Lignes directrices pour l'application de Loi* relatives aux fusionnements, à l'annexe II.

Le Bureau insiste, en conclusion, sur l'importance du rôle du Groupe de travail. Il reconnaît que les marchés n'évoluent pas instantanément et qu'ils peuvent ne pas être prêts immédiatement pour la libre concurrence, mais il estime qu'il pourrait y avoir une période de transition permettant la maximisation des bienfaits de la concurrence tout en maintenant la viabilité du secteur.

Directeur des enquêtes et recherches
Bureau de la concurrence
Novembre 1997

Résumé des recommandations

1. Le Groupe de travail devrait inclure dans son rapport final les opinions préliminaires qu'il a formulées dans le rapport qu'il a remis au secrétaire d'État (Institutions financières internationales), le 11 juillet 1997, au sujet des critères que le gouvernement devrait prendre en considération dans l'examen d'opérations particulières.

2. Le cadre réglementaire applicable au secteur des services financiers doit être souple, adaptable et faciliter le plus possible l'obtention de résultats en fonction du marché plutôt que de résultats prédéterminés.

3. La mondialisation des marchés appartenant au secteur des services financiers impose de prendre des mesures pour que le contrôle réglementaire et l'application de la loi au niveau international se fassent de façon cohérente et efficace et dans la coopération.

4. Pour plus de transparence et de prévisibilité, le Groupe de travail devrait recommander au ministre des Finances des critères à appliquer dans son évaluation des fusionnements, dans une perspective plus large d'intérêt public.

5. Relativement aux projets de fusionnement d'institutions sous réglementation fédérale :

   i) Afin d'assurer la diligence du processus, le ministre des Finances, le surintendant des institutions financières (le «SIF») et le directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») devraient effectuer simultanément leur examen en appliquant chacun leurs propres critères.

   ii) Sous réserve des dispositions énoncées à l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* relativement à la confidentialité et des dispositions analogues

applicables au SIF, il devrait y avoir un échange ouvert de renseignements entre les trois organismes fédéraux, lorsque cela est nécessaire, afin de faciliter la bonne coordination des examens et des processus décisionnels. (Dans le contexte de fusionnements impliquant des institutions financières sous réglementation provinciale, un partage similaire devrait avoir lieu entre les organismes provinciaux compétents).

iii) Après la formulation des opinions préliminaires, l'un des scénarios suivants devrait se produire :

a) si le ministre des Finances, le SIF et le directeur concluent, sur la base de leurs critères respectifs, qu'il n'y a pas lieu de s'opposer au fusionnement, sa réalisation devrait être autorisée;

b) si le ministre, sur la base des critères qu'il applique, est d'avis que le fusionnement ne doit pas être autorisé, il s'y oppose après en avoir avisé le SIF et le directeur. En avisant tôt le SIF et le directeur, le ministre leur évite d'avoir à consacrer inutilement du temps et des ressources pour terminer leur propre examen et, le cas échéant, d'avoir à élaborer des mesures correctives;

c) si le ministre et le SIF concluent, sur la base de leurs critères respectifs, qu'il n'existe pas de motifs d'opposition au fusionnement, mais que de l'avis du directeur, l'opération est problématique sur le plan de la concurrence, le directeur fait connaître sa position au ministre en l'informant aussi des mesures qu'il entend prendre pour résoudre le problème. À ce stade, il serait bon, pour permettre l'économie de temps et d'argent, que le ministre confirme au directeur et aux parties fusionnantes qu'il n'exercera pas son pouvoir de réserve après que le directeur se sera engagé à poursuivre le processus correctif sur le plan de la concurrence.

6. Il serait préférable que le ministre s'abstienne d'exercer son pouvoir de s'opposer à l'acquisition d'une institution financière fédérale ou d'attester du caractère acceptable des activités d'institutions financières pouvant contrevenir à la Loi, à l'égard de questions touchant la concurrence. Le directeur, le Tribunal de la concurrence et les tribunaux judiciaires sont bien préparés pour évaluer et corriger les problèmes de concurrence susceptibles de se poser dans ce secteur.

7. L'expérience que le Bureau a acquise en matière de promotion de la concurrence et d'application de la Loi dans les secteurs réglementés de l'économie canadienne lui a permis d'élaborer une série de principes à considérer dans l'élaboration de lois ou de règlements touchant des industries en transition.

i) la réglementation directe ne devrait être envisagée que lorsque les forces du marché ne permettent pas, par elles-mêmes, la réalisation de l'objectif poursuivi par la politique;

ii) s'il est nécessaire de réglementer, il importe de choisir la forme de réglementation qui fausse le moins la concurrence et nuit le moins à l'efficience dans les marchés visés;

iii) des conditions précises devraient être établies au sujet des circonstances où il y aura abstention de réglementation;

iv) il faut, lorsqu'on modifie le cadre réglementaire régissant un secteur de l'économie, évaluer les effets que les modifications auront sur la concurrence dans les marchés touchés;

v) pendant la période de transition entre la réglementation et la concurrence, il est nécessaire de s'assurer qu'un ensemble de règles relevant du droit de la concurrence soit en place pour réprimer les atteintes à la concurrence;

vi) le but final de la déréglementation devrait être d'assurer aux consommateurs le choix en matière de fournisseurs et de produits.

8. Dans l'hypothèse où l'on envisage de modifier les restrictions relatives à la propriété des banques, il convient de prendre en considération l'effet de la modification sur la

concurrence.

9. L'application des dispositions relatives aux fusionnements de la *Loi sur la concurrence* aux opérations survenant dans le secteur des services financiers préviendra l'exercice d'une puissance commerciale induë et permettra d'atteindre le même objectif de politique de concurrence que la règle voulant que «les grandes institutions financières ne s'achètent pas entre elles». Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de fusionnements pourraient très bien remplacer cette règle.

10. Il importe de soumettre à un examen fondé sur l'intérêt public les allégations selon lesquelles seuls les fusionnements d'institutions canadiennes permettent de faire face à la concurrence mondiale. Par définition, le fusionnement de banques en concurrence réduit la concurrence.

11. Dans la mesure où les stratégies visant à accroître l'accès aux marchés étrangers comprennent le fusionnement d'institutions canadiennes, les organismes de réglementation devraient rechercher des moyens d'encourager la concurrence étrangère dans les marchés nationaux.

12. Dans une perspective de concurrence, les banques étrangères devraient pouvoir établir des succursales au Canada, sous réserve de considérations liées à la prudence.

13. Bien que d'autres arguments relevant de l'intérêt public puissent être avancés, du strict point de vue de la concurrence, les banques devraient être autorisées à offrir du crédit-bail et des produits d'assurance à leurs clients par l'intermédiaire de leur réseau de succursales.

14. Bien que d'autres arguments relevant de l'intérêt public puissent être avancés, du strict point de vue de la concurrence, il conviendrait de laisser à toutes les

institutions financières le plus de latitude possible dans le choix des produits et services financiers qu'elles peuvent offrir aux consommateurs.

15. Afin de favoriser la concurrence et de placer les membres adhérents et les autres institutions financières sur un pied d'égalité, toute institution qui peut démontrer (i) qu'il lui est nécessaire d'utiliser le système, (ii) qu'elle est techniquement en mesure de participer aux opérations de compensation et (iii) qu'elle peut satisfaire aux exigences nécessaires relatives aux capitaux et aux risques devrait avoir accès au système de paiements.

16. Toute modification à la *Loi sur l'Association canadienne des paiements* de 1980 devrait garantir le caractère final des paiements des autres systèmes interbancaires de compensation susceptibles de voir le jour. Cela favoriserait la concurrence entre des systèmes de compensation.

17. Les comptes de passage et les comptes balayeurs ne devraient pas être assujettis à de nouvelles restrictions. Ces comptes accroissent l'efficience économique en élargissant les possibilités des fournisseurs de services financiers spécialisés de tirer profit de progrès technologiques sans avoir à faire face à de substantiels coûts d'immobilisation. S'il est nécessaire de prévoir de nouvelles restrictions, celles-ci devraient être élaborées de façon à ne pas nuire aux efforts actuellement déployés pour améliorer le système canadien de paiements et ainsi qu'aux buts poursuivis par l'ordonnance par consentement rendue par le Tribunal de la concurrence.

Table des matières

Sommaire i

Résumé des recommandations v

I - Introduction 1

II - Les tendances dans le secteur des services financiers 2

III - Le rôle de la concurrence dans le secteur des services financiers au Canada 5

IV - Le droit canadien de la concurrence et ses institutions 6

A - Les caractéristiques institutionnelles 6
B - La conduite réglementée 9
C - Le Programme de conformité 9
D - Les alliances stratégiques 11
E - La coopération internationale 11
F - La méthode employée dans l'analyse fondée sur la politique de concurrence 14
G - Les dispositions criminelles 18
i - La publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales 18
ii - Le maintien des prix 19
iii - Les prix d'éviction 20
iv - Le complot 22
v - Les ententes entre institutions financières fédérales 23
H - Les dispositions civiles 25
i - Le refus de vendre 25
ii - L'exclusivité, la vente liée et la limitation du marché 25
iii - L'abus de position dominante 27
iv - Les fusionnements 29
Définition du marché pertinent 30

Les parts de marché et les seuils 33
Les critères d'évaluation 36
L'exception relative aux gains
en efficience 37
L'évaluation préliminaire des seuils 37

V - Les fusionnements d'institutions financières fédérales et
le rôle des instances réglementaires 40

VI - Les règlements et politiques applicables au secteur
des services financiers 45
A - Les restrictions quant à la propriété des banques 47
B - La règle selon laquelle «les grandes institutions
ne s'achètent pas entre elles» 49
C - Commentaires sur le bien-fondé des fusionnements
de banques canadiennes 50
D - L'entrée de banques étrangères 52
E - Les pouvoirs commerciaux 53
F - L'examen du système de paiements 55

VII - Conclusion 59

Annexe I Les ventes liées : note explicative pour le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers

Définition de ventes liées 1

Les ventes liées concurrentielles et anticoncurrentielles 1

L'article 77 de la Loi : les ventes liées 2

L'article 79 de la Loi : l'abus de position dominante 3

La protection des consommateurs 4

Conclusion 6

Annexe II Lignes directrices pour l'application de la Loi : Fusionnements de banques

Vue d'ensemble 1

Définition d'un « fusionnement » 8

Seuil de l'entrave à la concurrence 9
Diminution de la concurrence 9
Empêchement de la concurrence 10
Degré de sensibilité 10

Définition du marché 11
La dimension du produit 15
Approche générale 15
Critères d'évaluation — Définition des marchés de produits 18
La dimension géographique 19
Approche générale 19
Critères d'évaluation — Définition des marchés géographiques 21

Parts de marché et concentration 22
Entreprises pouvant intervenir sur le marché en modifiant leur offre de produits 25
Évaluation préliminaire des seuils 26

Effets anticoncurrentiels possibles des fusionnements 29
Diminution de la concurrence par exercice unilatéral 30

Diminution de la concurrence via un comportement en interdépendance 32

Critères d'évaluation 35
Concurrence étrangère 35
Existence de substituts acceptables 36
Entraves à l'accès 37
Avantages sur le plan des coûts, en chiffres absolus 39
Coûts irrécupérables 40
Temps 42
Concurrence réelle restante 43
Élimination d'un concurrent dynamique et efficace 43
Changements et innovation 44
Faillite d'entreprise et sortie 45
Autres critères d'évaluation 48

Exception pour gains en efficience 48
Gains en efficience qui seraient vraisemblablement réalisés si une ordonnance était rendue 49
Gains provenant d'une redistribution 51
« Surpasser » et « neutraliser » 51
« Effets anticoncurrentiels » 53

I - Introduction

1. Le directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») du Bureau de la concurrence (le «Bureau») soumet le présent mémoire en réponse au *Document de discussion* rendu public par le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien (le «Groupe de travail»), le 13 juin dernier. Il y expose son opinion au sujet des questions qu'examine actuellement le Groupe de travail.

2. Le directeur, qui est chargé de faire appliquer les dispositions de la *Loi sur la concurrence* (la «Loi»), a également le droit, en vertu des articles 125 et 126, d'intervenir devant des organismes de réglementation, des tribunaux administratifs et d'autres organismes fédéraux afin d'y présenter des observations au sujet de la concurrence, et il joue également un rôle consultatif important auprès du gouvernement en cette matière. C'est en cette qualité qu'il a déposé de nombreux mémoires devant des comités législatifs. Cette fonction permet au directeur de veiller à ce que les facteurs relatifs à la concurrence soient pris en considération dans l'élaboration de diverses politiques.

3. Les travaux du Groupe de travail pour favoriser la concurrence dans ce secteur sont biens fondés et cohérents, et les objectifs qu'il a fixés sont réalisables. Le Groupe, en reconnaissant l'importance de la concurrence comme moyen d'assurer l'efficience et l'efficacité du secteur, a posé un jalon extrêmement important et positif, et on peut espérer que cela soutiendra le mouvement tendant au délaissement de la réglementation au profit des principes de concurrence. Il convient également d'applaudir les efforts du Groupe de travail pour formuler des commentaires préliminaires, dans le rapport qu'il a remis au secrétaire d'État (Institutions financières internationales) le 11 juillet 1997, au sujet des critères que le gouvernement devrait appliquer dans l'examen d'opérations particulières. Bien qu'il y exprime des opinions préliminaires, son rapport témoigne de l'effort de réflexion déployé pour répondre au

gouvernement sur une question d'une importance primordiale. Le Groupe de travail a donné, même si le temps lui a manqué pour tenir une consultation, des conseils avisés, en particulier sur les rôles et les responsabilités des diverses entités actuellement chargées d'évaluer les fusionnements qui s'opèrent dans ce secteur. Il ne fait pas de doute que ces opinions préliminaires devraient figurer dans le rapport final du Groupe de travail, qui doit être déposé au mois de septembre 1998.

Recommandation 1

Le Groupe de travail devrait inclure dans son rapport final les opinions préliminaires qu'il a formulées dans le rapport qu'il a remis au secrétaire d'État (Institutions financières internationales), le 11 juillet 1997, au sujet des critères que le gouvernement devrait prendre en considération dans l'examen d'opérations particulières.

4. Le directeur est d'avis que la législation et les institutions qui donnent corps à la politique de concurrence canadienne sont en mesure d'assurer et de promouvoir la concurrence au sein des marchés constituant le secteur des services financiers, au fur et à mesure que ce secteur s'en remettra davantage aux forces du marché et sera moins assujetti à la réglementation.

II - <u>Les tendances dans le secteur des services financiers</u>

5. Comme maints autres secteurs de l'économie canadienne, le secteur des services financiers a connu beaucoup de changements au cours des dernières années. La mondialisation, les progrès technologiques rapides et l'évolution démographique ont eu et continueront d'avoir des effets considérables sur sa structure et son fonctionnement.

6. La mondialisation, qu'on peut définir comme la convergence dans un marché mondial unique de marchés géographiques distincts, a modifié les paramètres géographiques de beaucoup de marchés de services financiers de gros. Ce phénomène élargit l'accès à des marchés autrefois considérés comme étrangers mais expose également davantage les marchés nationaux à

une concurrence étrangère accrue. Cette tendance semble moins atteindre les marchés de services financiers de détail, mais il n'est pas déraisonnable de penser que l'intensification de la concurrence découlant de modifications technologiques comme la banque virtuelle ouvrira davantage ces marchés à la concurrence mondiale.

7. Les changements technologiques touchant des domaines comme les systèmes de fourniture de services financiers influent profondément sur la structure du secteur. Les institutions financières se précipitent sur diverses technologies naissantes sans savoir quel système ou quelle combinaison de systèmes finira par s'implanter. Les institutions traditionnelles sont donc obligées de repenser les stratégies fondamentales ayant trait à leur structure, à leurs produits et services et aux marchés qu'elles desservent.

8. Une autre tendance en évolution observable est la disparition des intermédiaires. En termes simples, une relation plus directe entre prêteurs et emprunteurs tend à remplacer le recours traditionnel aux services bancaires de dépôt et de prêt. Cette tendance présente des dimensions qui se rattachent autant à la demande qu'à l'offre.

9. S'agissant de la demande, l'évolution démographique combinée à des connaissances plus approfondies chez les consommateurs font que les déposants et les emprunteurs traditionnels se tournent vers d'autres services financiers pour remplacer les dépôts et les prêts bancaires. On peut en voir l'illustration dans la prolifération des fonds mutuels comme véhicules de placement. Les entreprises ont de plus en plus tendance à se détourner des banques et autres institutions prêteuses et à s'adresser directement aux marchés de capitaux pour obtenir du financement à moindre coût.

10. Pour ce qui est de l'offre, les banques ont élargi leurs gammes de produits pour fournir des services de courtage en valeurs mobilières et en fonds mutuels et leur adjoindre des services de gestion de portefeuilles et des services-conseils de placement perfectionnés. La proportion des revenus des banques provenant de ces services à honoraires augmente régulièrement depuis quelques années. On a pu observer également l'émergence de la titrisation,

consistant à regrouper des créances d'une entreprise ou d'une banque et à les vendre à de gros clients comme autre produit de placement. La titrisation permet aux entreprises un meilleur contrôle de leur situation financière et aux banques de réduire leurs soldes de prêts.

11. Les réformes réglementaires ont également eu des incidences importantes. Les réformes de 1992 visant le secteur financier, notamment, ont beaucoup contribué à la disparition des barrières isolant les piliers restants du secteur (les banques, les sociétés de fiducie et les sociétés d'assurance)[1] les uns des autres. L'abolition de la plupart des restrictions quant à la propriété applicables aux piliers du secteur des services financiers ainsi que l'élargissement des pouvoirs commerciaux de certaines institutions ont pavé la voie à des marchés plus concurrentiels et plus efficients.

12. La profonde transformation du secteur a rendu plus criant le besoin de réforme du cadre réglementaire en vue de l'instauration d'un nouvel équilibre entre la sécurité et la stabilité d'une part et la libre concurrence d'autre part, ainsi que le Groupe de travail en a reconnu la nécessité.

13. L'étude des tendances qui se manifestent dans ce secteur nous apprend, principalement, qu'il est difficile de prévoir avec certitude comment les marchés, les institutions et les produits réagiront aux changements, c'est pourquoi la prochaine recommandation revêt une si grande importance :

Recommandation 2

Le cadre réglementaire applicable au secteur des services financiers doit être souple, adaptable et faciliter le plus possible l'obtention de résultats en fonction du marché plutôt que de résultats prédéterminés.

---

1 Les restrictions en matière de propriété visant le quatrième pilier, les courtiers en valeurs mobilières, ont été abolies en 1986.

14. Cet aspect revêt une grande pertinence lorsqu'il s'agit d'examiner divers modèles d'organisation de sociétés de portefeuille pour les institutions financières réglementées. Il faut certes que la prudence inspire les objectifs des politiques, mais les marchés concurrentiels constituent généralement le meilleur moyen de parvenir à l'organisation la plus efficiente d'une activité commerciale. Des structures d'entreprise dictées d'avance et nécessitant une supervision réglementaire peuvent engendrer un environnement qui nuit à la capacité des entreprises de parvenir à l'organisation la plus efficiente possible et qui peut même les désavantager si elles sont en concurrence avec d'autres entreprises non assujetties au même contrôle réglementaire.

III - Le rôle de la concurrence dans le secteur des services financiers au Canada

15. De façon générale, la concurrence devrait être le moteur de notre économie. Elle peut mieux que la réglementation susciter l'innovation et encourager l'élaboration de nouveaux produits et services et de nouvelles méthodes pour les offrir aux consommateurs. C'est grâce aux forces des marchés concurrentiels que les prix des biens et des services tendent à se rapprocher de leurs coûts relatifs de production. Cela réduit le risque d'une mauvaise attribution des ressources dans l'économie, et l'efficience économique s'en trouve améliorée. Dans les secteurs où la réglementation réduit la concurrence, il faut constamment réévaluer la nécessité de cette réglementation et les coûts qui y sont associés.

16. L'importance du secteur des services financiers pour l'économie canadienne ne se mesure pas simplement en fonction de sa contribution directe à la croissance économique du pays[2], mais aussi par l'importance stratégique des services et des produits qu'il fournit, lesquels sont essentiels à presque tout autre type d'activité économique. Par un vaste éventail de fonctions, ce secteur facilite la circulation de l'épargne et de l'investissement et l'accumulation de richesses dans l'économie. Il permet l'arbitrage des prix du marché dans l'optique du risque et du temps, qui sont des facteurs essentiels du commerce. C'est par son truchement que se rencontrent

---

2 Statistique Canada estime que ce secteur génère environ huit p. cent du PIB et emploie un demi million de personnes. Dans une allocution qu'il prononçait récemment devant le Cercle canadien, le directeur général de la Banque Royale a déclaré que les six banques canadiennes les plus importantes ont dépensé près de six milliards de dollars pour des biens et des services et ont versé plus de 5,5 milliards de dollars en taxes en une période d'un an.

les emprunteurs et les prêteurs, et ces services d'intermédiaire financier atténuent les risques et facilitent le transfert de pouvoir d'achat entre les particuliers, les entreprises et les gouvernements. Les fournisseurs de services financiers, en outre, recueillent, interprètent et diffusent d'importants renseignements au sujet d'un grand nombre de facteurs influant sur l'économie.

17. Tous ces facteurs assurent le dynamisme et l'efficience de l'économie et, il est donc essentiel qu'un secteur d'une telle importance économique puisse fonctionner avec le plus d'efficience possible. La concurrence joue un rôle primordial à cet égard.

18. Par suite de la réforme du cadre réglementaire et du rôle accru laissé aux forces du marché, il faudra que la législation et les institutions encadrant la politique de concurrence permettent la résolution efficace de tout problème de concurrence; elles sont en mesure de relever ces défis.

IV - Le droit canadien de la concurrence et ses institutions

A - Les caractéristiques institutionnelles

19. C'est la *Loi sur la concurrence* qui codifie les règles du droit canadien de la concurrence. L'objet de la Loi est le suivant :

> «de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits175»[3].

---

3 *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2e suppl.), partie I, article 1.1.

20. La Loi renferme des dispositions de fond, criminelles et non criminelles, visant à réprimer un large éventail d'agissements anticoncurrentiels. Le directeur, en sa qualité de haut fonctionnaire chargé de veiller à l'application et à l'administration de la loi, a la responsabilité d'entreprendre des enquêtes visant à déterminer si des comportements commerciaux donnés soulèvent des questions en vertu de la Loi.

21. Il faut, pour qu'une enquête soit ouverte, soit que le directeur ait des motifs raisonnables de croire qu'une disposition d'ordre criminel de la Loi a été enfreinte ou est sur le point de l'être soit qu'il existe des motifs donnant ouverture au prononcé d'une ordonnance par le Tribunal de la concurrence en application d'une disposition civile de la Loi. La Loi confère au directeur divers pouvoirs, dont celui de procéder à des fouilles, perquisitions ou saisies autorisées par les tribunaux, pouvoirs qu'il peut utiliser pour les besoins d'une enquête. La Loi exige que les enquêtes se déroulent en privé.

22. En vertu de la Loi, le directeur ne réglemente pas les comportements commerciaux, pas plus qu'il ne rend de décision en matière de concurrence. Dans le cas des dispositions d'ordre criminel de la Loi, notamment les complots visant à diminuer ou à empêcher indûment la concurrence, le truquage des offres, le maintien des prix, la discrimination par les prix, les pratiques de prix d'éviction, la publicité trompeuse et sur d'autres pratiques commerciales déloyales, le directeur confie les éléments de preuve qu'il a obtenus au procureur général du Canada, lequel voit à intenter les poursuites judiciaires appropriées devant les tribunaux. La Loi donne aux tribunaux le pouvoir d'imposer des amendes ou des peines d'emprisonnement et de rendre des ordonnances d'interdiction. Elle permet également à des parties privées d'intenter des poursuites en dommages-intérêts contre les auteurs d'infractions aux dispositions criminelles de la Loi ou contre les personnes qui contreviennent à une ordonnance du Tribunal de la concurrence ou d'un tribunal judiciaire.

23. S'agissant des dispositions non criminelles de la Loi - les plus importantes visant les fusionnements et les abus de position dominante qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence - le directeur jouit du pouvoir discrétionnaire de saisir le Tribunal de la concurrence

d'une demande d'ordonnance corrective lorsque la concurrence est menacée et que les parties en cause ne peuvent ou ne veulent régler la situation. Le Parlement du Canada a voulu, en créant le Tribunal de la concurrence, donner à cette instance le pouvoir de résoudre des questions juridiques, économiques et commerciales complexes. La *Loi sur le tribunal de la concurrence* énonce que le Tribunal doit agir sans formalisme et avec la célérité que requiert l'affaire dont il est saisi. Le Tribunal est une cour d'archives Peuvent y siéger jusqu'à quatre juges de la Cour fédérale, et un des ces juges agit comme président. Les autres membres ont en général de l'expérience en économie ou en commerce. Les règles de pratique du Tribunal prévoient que les audiences sont publiques, et elles permettent à des tiers d'intervenir lorsqu'une affaire peut avoir des conséquences sur eux. Le Tribunal jouit du vaste pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances pour enrayer les effets de comportements anticoncurrentiels et pour rétablir la concurrence; il peut notamment ordonner le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions s'il estime cette mesure justifiée.

24. Il peut y avoir révision des décisions du Tribunal devant les cours d'appel. Le processus prévu par la *Loi sur la concurrence* et par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* fait en sorte que les parties comparaissent devant un forum impartial où tout est public[4]. En outre, le Tribunal contribue grandement à l'élaboration de la politique de concurrence par les décisions qu'il rend. Depuis l'adoption de la Loi, en 1986, le Bureau a élaboré et rendu publiques des lignes directrices et des politiques exposant son orientation en matière d'application de la loi, laquelle subit continuellement l'épreuve de la jurisprudence émanant du Tribunal et des cours de justice qui garantit sa validité sur le plan théorique et sur le plan de l'interprétation de la loi.

B - La conduite réglementée

25. Les tribunaux canadiens ont, pour trancher les conflits entre les prescriptions du droit de la concurrence et les prescriptions réglementaires, élaboré une théorie qui a pris le nom

4 Des dispositions prévoient toutefois des audiences à huis-clos lorsqu'il est question de renseignements commerciaux de nature confidentielle.

de «moyen de défense de la conduite réglementée». La jurisprudence qui s'est développée au sujet de ce moyen de défense visait essentiellement à résoudre les conflits apparents surgissant entre l'intérêt public dans la libre concurrence telle qu'elle est définie par la Loi et l'intérêt public dans le soutien d'une activité réglementée donnée, telle qu'elle est prévue dans la loi qui l'autorise.

26. Le fondement de ce moyen de défense qui, du reste, relève davantage de l'exception, est qu'une activité donnée, autorisée ou réalisée en vertu d'un régime réglementaire valide, est soustraite à l'application de la Loi et ne peut, en conséquence, contrevenir à une de ses dispositions.

C - Le Programme de conformité

27. Les effets de la Loi se font sentir au-delà des mesures particulières d'application de la loi qui sont prises. La plupart du temps, en effet, les entreprises élaborent leurs pratiques commerciales ou les modifient de façon à se conformer à la Loi, sans qu'il ne soit nécessaire de s'adresser aux tribunaux. En outre, le Bureau encourage et soutient activement cette conformité volontaire. Les poursuites ou les demandes soumises au Tribunal de la concurrence sont, toutefois, un élément essentiel de la politique d'application de la loi auquel on a recours lorsque les tentatives faites en vue d'assurer la conformité volontaire à la Loi échouent.

28. Afin d'aider les entreprises à éviter de transgresser la Loi, le Bureau met à leur disposition le programme d'avis consultatifs. Ce programme vient en aide aux entreprises et à leurs conseillers juridiques en leur indiquant, dans des avis, si des projets commerciaux donnés risquent de susciter l'ouverture d'une enquête, et en recommandant des modifications permettant d'éviter une infraction à la loi. Les entreprises qui consultent le directeur ne sont pas liées par l'avis et demeurent libres d'adopter des pratiques qu'elles sont prêtes à voir examiner par les cours de justice ou par le Tribunal. Le directeur exprime clairement que l'avis donné est fondé sur les renseignements fournis par les parties, et que tout changement concernant le projet soumis, ses modalités de mise en oeuvre ou l'environnement commercial est susceptible de le modifier.

29. Le Bureau se livre par ailleurs à un examen continu de ses politiques pour vérifier la cohésion de l'ensemble gradué d'instruments d'application de la loi qu'il a constitué et pour s'assurer que les instruments qu'il utilise dans des cas donnés soient les bons. La publication récente du bulletin d'information sur les programmes de conformité des entreprises (le 30 juin 1997) vise à encourager les entreprises à adopter une attitude plus proactive axée sur la conformité. On cherche à prévenir les problèmes avant qu'ils n'apparaissent et à aider les entreprises à éviter de commettre d'autres infractions.

30. Cette orientation ne veut pas dire que le Bureau fera preuve de plus de clémence envers les auteurs d'agissements anticoncurrentiels graves. En matière civile, lorsqu'il aura été impossible de régler une question au moyen d'une ordonnance par consentement ou autrement, le Tribunal sera, comme il se doit, appelé à la trancher . Les dossiers relatifs aux cas d'infraction grave à une disposition criminelle de la Loi seront transmis au procureur général du Canada, accompagnés de la recommandation que la loi soit appliquée dans toute sa rigueur. À cet égard, le directeur poursuit ses travaux sur les règles à appliquer en matière de détermination de la peine, afin de faire en sorte que les recommandations formulées au procureur général relativement aux peines reposent sur des principes cohérents et rationnels.

31. De façon générale, la démarche adoptée par le directeur a visé à parvenir à une plus grande observation de la Loi. Cela suppose le recours à un ensemble gradué d'interventions commençant par l'éducation et passant par des lignes directrices, des avis consultatifs, des contacts d'informations, des codes volontaires, des règlements à l'amiable, des ordonnances par consentement pour aller jusqu'aux accusations, aux plaidoyers de culpabilité aux amendes et à l'emprisonnement.

D - Les alliances stratégiques

32. La Loi a la portée nécessaire pour régir diverses opérations conjointes d'entreprises, notamment les fusionnements, les coentreprises et les alliances stratégiques. Elle

ne renferme pas de dispositions particulières traitant exclusivement des alliances stratégiques, ce qui n'est pas surprenant si l'on considère la multitude de formes que ces alliances ont pu et pourront prendre. La Loi n'en a pas moins la souplesse nécessaire pour interdire les alliances anticoncurrentielles créant, maintenant ou augmentant une puissance commerciale ou pour y remédier, quelque forme qu'elles revêtent.

33. Peu d'alliances stratégiques créent, maintiennent ou augmentent une puissance commerciale. La plupart d'entre elles ne menacent donc pas la concurrence. Les alliances faisant craindre pour la concurrence peuvent toutefois donner lieu à un examen en vertu de diverses dispositions de la Loi prévoyant l'évaluation de la puissance commerciale, y compris les dispositions relatives aux complots, aux accords de spécialisation, aux fusionnements, aux coentreprises et à l'abus de position dominante. Cet examen, en particulier en vertu des dispositions relatives au fusionnement, vise à déterminer si l'alliance sera source de gains en efficience qui surpasseront et neutraliseront la réduction de la concurrence et qui ne seraient pas réalisés autrement. Ainsi, lorsqu'une alliance stratégique soulève des inquiétudes quant à la concurrence, la Loi permet d'aborder le problème de façon pondérée.

E - La coopération internationale

34. La mondialisation des marchés et la disparition des entraves au commerce ont mené à la formation de sociétés internationales transcendant les frontières. Les lois et les politiques en matière de concurrence, essentiellement nationales, s'en sont trouvées confrontées à un nouveau défi. Avec la diminution et l'élimination des entraves gouvernementales au commerce, l'activité commerciale a pris de l'expansion vers de nouveaux marchés et de nouveaux consommateurs; ce mouvement fait croître le risque d'agissements anticoncurrentiels transfrontières. Les organismes chargés d'assurer la concurrence doivent donc veiller à ce que ces pratiques anticoncurrentielles n'annulent pas les bienfaits de la libéralisation des échanges et ne se substituent pas aux barrières autrefois érigées par les gouvernements.

35. Les différents régimes de politique de concurrence ont tenté de relever ce défi en

améliorant les mécanismes de coopération et de coordination déjà en place.

36. Le Canada et les États-Unis ont été à l'avant-garde pour ce qui est de l'élaboration de nouveaux instruments de coopération entre les organismes responsables de la concurrence. Depuis l'accord Fulton-Rogers de 1959, une série d'ententes bilatérales a fait évoluer considérablement la relation entre les organismes canadiens et américains de mise en application de la loi. L'*Accord entre le Canada et les États-Unis concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales* encadre, avec le Traité d'entraide mutuelle et le Traité d'extradition, l'intensification de la collaboration dans l'application des dispositions relatives à la concurrence. Ces instruments revêtent une importance considérable pour les enquêtes et les poursuites ayant une dimension transfrontière.

37. L'accord de 1995 élargit la portée de la coopération antérieure aux pratiques commerciales déloyales et comporte également une clause expresse de courtoisie permettant au pays touché par des agissements anticoncurrentiels commis dans l'autre pays, comme la formation de cartels d'importation ou l'abus de position dominante, de demander que l'organisme de ce dernier pays chargé de maintenir la concurrence prenne les mesures appropriées.

38. La coopération et la coordination en matière d'application de la politique de concurrence sont également facilitées par des rencontres semestrielles entre des hauts fonctionnaires des organismes compétents où les participants mettent en commun leur expérience et discutent de sujets d'intérêt mutuel. Il se peut que les rapports réguliers visant l'échange de renseignements et la discussion de dossiers particuliers ou de tendances plus larges en matière de concurrence, dans le respect des dispositions législatives de chaque pays sur la confidentialité, soient presque aussi importants que les relations officielles. Le Canada est actuellement à finaliser une entente de coopération avec la Communauté européenne qui incorpore des dispositions analogues à celles de l'accord de 1995 entre le Canada et les États-Unis.

39. Il existe également des accords multilatéraux de coopération en matière d'application de la loi. La *Recommandation révisée sur la coopération entre pays membres dans*

le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux formulée par l'OCDE en 1995 est la dernière d'une série d'ententes non obligatoires prévoyant la coopération et la consultation entre pays membres. L'utilité de l'OCDE en ce qui concerne le partage de renseignements sur les politiques et les lois des pays membres en matière de concurrence a été prouvée à maintes reprises. Quant à lui, l'*Accord de libre échange nord-américain* (l'«ALENA») comporte, en son article 15, des obligations relatives à la concurrence et s'est aussi avéré un instrument utile pour l'examen de préoccupations en cette matière. Il existe un autre instrument multilatéral de coopération : *L'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives* de la CNUCED.

40. Le genre de coordination et de coopération varie, mais il peut donner lieu non seulement à des échanges de renseignements, dans la mesure permise par les dispositions législatives relatives à la confidentialité, mais aussi à des enquêtes conjointes ou parallèles menées par les autorités compétentes de chaque pays. Dans le cas du Canada et des États-Unis, le *Traité d'entraide juridique en matière pénale* prévoit en outre l'utilisation par l'organisme d'un des pays de pouvoirs d'enquête coercitifs pour le compte d'un autre organisme, pour recueillir, dans ce pays, des renseignements s'y trouvant concernant des affaires criminelles.

41. Les ententes multilatérales ou bilatérales existant à l'heure actuelle, exception faite de l'accord Canada - États-Unis de 1995 et de l'ALENA, comportent certaines limitations. La plupart d'entre elles prennent la forme de recommandations ou de déclarations à l'effet de «s'efforcer»; il ne s'agit donc pas de traités imposant des obligations. Aucun mécanisme obligatoire de règlement de différends n'est prévu pour encadrer la conduite des pays signataires relativement à l'application de leurs propres loi ou en matière d'application extraterritoriale. Le partage de renseignements au moyen de ces accords est restreint par les dispositions relatives à la confidentialité de chaque législation nationale sur la concurrence. Les instruments existants ne renferment aucun mécanisme pourvoyant à la désignation d'un organisme directeur lorsque plusieurs organismes font enquête sur le même fusionnement ou sur d'autres questions de concurrence. Des ententes ultérieures pourront éliminer ces limitations.

42. En général, le Bureau a beaucoup bénéficié des mesures de coopération internationale dans la conduite de ses enquêtes. Les efforts déployés par la communauté internationale antitrust pour intensifier la coopération pourront servir d'exemple aux autres organismes réglementaires oeuvrant dans le secteur des services financiers.

Recommandation 3

La mondialisation des marchés appartenant au secteur des services financiers impose de prendre des mesures pour que le contrôle réglementaire et l'application de la loi au niveau international se fassent de façon cohérente et efficace et dans la coopération.

F - La méthode employée dans l'analyse fondée sur la politique de concurrence

43. À la section 1.5 de son document de discussion, le Groupe de travail demande aux intervenants de formuler des commentaires sur la méthode requise pour l'analyse des questions dont il est saisi et d'exposer leur vision du secteur des services financiers.

44. Le Bureau est en mesure d'offrir l'un des éléments de la méthode sollicitée, à savoir le cadre d'analyse qu'il applique aux questions de concurrence. Pour évaluer l'état de la concurrence dans un marché, le Bureau vérifie si une entreprise du marché peut exercer une puissance significative sur les prix ou sur d'autres modalités autrement que par son rendement concurrentiel supérieur. Un examen effectué en vertu de la Loi, par exemple, peut viser à déterminer si une conduite donnée permettrait à une ou plusieurs entreprises d'imposer une augmentation de prix relativement importante dans une partie substantielle du marché pertinent pendant une période deux ans ou plus. La capacité d'une entreprise d'exercer à son profit une influence considérable sur les prix[5], la qualité, la variété, le service, la publicité, et l'innovation ou sur d'autres dimensions de la concurrence dans un marché est appelée «puissance commerciale». Dans la détermination de la question de savoir si une conduite a pour effet de maintenir ou

5 L'évaluation des répercussions probables d'une conduite sur les prix suppose généralement l'évaluation de ses répercussions possibles sur la production. Des dimensions de la concurrence autres que le prix, tels le service, la qualité et la variété, peuvent avoir des effets anticoncurrentiels sur la production et sur les prix.

d'accroître la puissance commerciale, le Bureau met généralement l'accent sur les répercussions de la conduite sur les prix.

45. Lorsque les forces concurrentielles d'un marché règlent la conduite de tous les participants de ce marché de telle sorte qu'aucun n'exerce de puissance commerciale, il y a concurrence réelle. C'est une définition relativement simple, mais il faut habituellement, pour l'appliquer, recourir à un processus détaillé, nécessitant des renseignements pertinents, précis et exacts.

46. Pour évaluer l'état de la concurrence, le Bureau commence par circonscrire le produit et le marché géographique pertinents. Il s'agit du groupe le plus restreint de produits et de la plus petite région géographique pour lesquels les vendeurs, s'ils agissaient comme une entreprise unique (ou «monopoleur hypothétique»), pourraient imposer et maintenir avec profit, pendant un an, une augmentation de prix relativement importante et non transitoire. Dans sa définition d'un marché, le Bureau prend en considération les réactions probables des acheteurs et des fournisseurs concurrents.

47. Par exemple, si la tentative du monopoleur hypothétique d'imposer une augmentation de prix non transitoire relativement importante pousse les acheteurs à se tourner vers d'autres produits au point de rendre la majoration de prix infructueuse, le Bureau inclurait dans le marché pertinent le produit constituant le meilleur substitut[6]. Cette méthode vise essentiellement à définir les marchés pertinents en recensant les sources réelles et potentielles de concurrence susceptibles de limiter l'exercice de la puissance commerciale.

48. Le Bureau, pour déterminer si une région géographique ou une catégorie de produits constitue un marché, tient compte de différents facteurs se rapportant à l'inclination des consommateurs à se tourner vers d'autres produits ou d'autres fournisseurs et à la probabilité qu'un concurrent entre sur le marché par suite de la hausse de prix. Il est rarement possible

---

6 Pour le Bureau, le «meilleur substitut» est le produit qui représenterait le pourcentage le plus élevé du volume que perdrait le monopoleur hypothétique.

d'obtenir des preuves directes de ces phénomènes, par exemple des mesures statistiques de l'élasticité croisée de la demande et de l'offre. Il faut donc avoir recours à d'autres facteurs établissant la preuve indirecte de la substituabilité.

49. Une preuve de substituabilité que le Bureau peut examiner inclut : les opinions, les stratégies et les comportements des acheteurs au sujet des produits en question, les caractéristiques physiques et techniques des produits pouvant limiter leur interchangeabilité, les coûts de substitution que les consommateurs pourraient devoir assumer et l'existence de fournisseurs potentiels disposant d'installations facilement adaptables pour la production du produit pertinent.

50. Après avoir défini les marchés pertinents, le Bureau entreprend de déterminer si un fournisseur ou un groupe de fournisseurs est en mesure d'imposer une augmentation de prix relativement importante pendant une période prolongée et peut être motivé à le faire. Pour cette partie de l'analyse, la taille de l'entreprise ou des entreprises visées par rapport au marché pertinent peut être importante, mais elle n'est pas déterminante. Plus la part de marché des entreprises visées et le degré de concentration du marché seront élevés, plus il sera probable que la question de la puissance commerciale inquiétera le Bureau.

51. Toutefois, le Bureau ne conclura pas à l'existence d'une puissance commerciale du seul fait que l'entreprise ou les entreprises détiennent une part de marché élevée. Il doit également tenir compte des autres facteurs énoncés dans la Loi, étayés par l'analyse économique des marchés et de la concurrence. Ces facteurs comprennent, par exemple : l'existence de substituts acceptables pour les acheteurs; les entraves à l'accès que doivent surmonter les concurrents désireux d'entrer sur le marché pertinent ainsi que la nature et la portée des changements et de l'innovation sur le marché pertinent.

52. De tous ces facteurs, celui des entraves à l'accès peut être particulièrement important à considérer pour déterminer si une entreprise exerce ou pourrait exercer une puissance commerciale. Il existe des obstacles à l'entrée dans tous les marchés. Pour évaluer leur

importance, le Bureau met habituellement l'accent sur les questions suivantes :

i) que doivent faire et quels engagements doivent prendre les concurrents potentiels pour s'implanter à une échelle qui serait suffisante pour éliminer une augmentation de prix appréciable;

ii) quels facteurs pourraient vraisemblablement retarder cette implantation, et ces facteurs conjugués pourraient-ils vraisemblablement empêcher une implantation à l'échelle susmentionnée dans un délai de deux ans;

iii) des concurrents potentiels pourraient-ils vraisemblablement s'implanter sur le marché, étant donné les engagements que cela suppose, le temps nécessaire pour devenir un concurrent efficace, les risques à encourir et les bénéfices probables.

53. Dans une perspective économique, les engagements et les coûts irrécupérables que supposent les questions qui précèdent sont des éléments à ne pas négliger. Les coûts d'entrée récupérables ne sont pas des entraves à l'accès. Seules les sommes engagées et les coûts effectués pour pénétrer sur un marché qui ne peuvent être récupérés à la sortie peuvent être réellement considérés comme des entraves à l'accès. Plus s'élève la proportion des coûts irrécupérables dans le total des coûts liés à l'implantation, plus diminue la probabilité d'implantation en raison des risques et de l'incertitude accrus.

54. Le Bureau ne s'intéresse pas qu'à la puissance commerciale lorsqu'il analyse des marchés et des pratiques commerciales. Lorsque la Loi le prévoit, il examine également si les actions en cause sont sources de gains en efficience ou présentent d'autres avantages sur le plan de la concurrence qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. Dans cette partie de l'analyse, le Bureau ne prend en considération que les avantages qui touchent le coût économique des ressources. Autrement dit, il n'est pas suffisant que quelques participants ou quelques consommateurs retirent des gains pécuniaires; les gains doivent être liés à un avantage économique réel.

55. La méthode analytique générale jette les bases de l'évaluation d'un vaste éventail

d'activités économiques. La Loi établit, quant à elle, le cadre nécessaire pour remédier aux activités ayant un effet nocif sur la concurrence.

G - Les dispositions criminelles

i - La publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales

56. Les dispositions de la Loi relatives à la publicité trompeuse et aux pratiques commerciales déloyales, les articles 52 à 60, visent à faire en sorte qu'aucun concurrent n'acquière ou ne conserve de parts de marché par la tromperie. Il est interdit de faire au public des déclarations fausses ou trompeuses sur un point important. Un point est important si la déclaration faite à son sujet peut induire un consommateur à se procurer le produit ou le service annoncé. Pour déterminer si la publicité est trompeuse, les tribunaux tiennent comptent de l'«impression générale» qui s'en dégage ainsi que de son sens littéral.

57. Les annonceurs sont souvent surpris d'apprendre que l'absence d'intention de tromper ne constitue pas un moyen de défense. La Couronne n'a qu'à démontrer que la publicité a eu un effet trompeur. Les infractions habituelles comprennent :

- les déclarations non fondées quant au rendement ou à la durabilité,
- les garanties trompeuses,
- les fausses déclarations quant au prix de vente habituel.

58. La Loi s'applique à toutes les déclarations faites au public afin de promouvoir la vente d'un produit, quelle qu'en soit la forme. Les dispositions relatives à la publicité trompeuse et aux pratiques commerciales déloyales peuvent donc s'appliquer à toute déclaration trompeuse visant un service financier. La multiplication des points d'accès à ce secteur confère une importance particulière à cet élément. En effet, le commerce électronique et Internet offrent aux consommateurs beaucoup plus de possibilités d'obtention de renseignements sur des produits et services. Ces moyens peuvent toutefois servir également à véhiculer des renseignements

trompeurs.

59. La publicité trompeuse peut avoir de graves répercussions sur l'économie, en particulier lorsqu'elle a un vaste rayonnement ou lorsqu'elle s'étend sur une très longue période. Elle peut nuire à la fois aux consommateurs et aux entreprises concurrentes qui font preuve d'honnêteté dans leurs activités promotionnelles.

60. La Loi prévoit des sanctions incluant des amendes, dont le montant est déterminé par les tribunaux, et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. Autant les sociétés que les particuliers peuvent être poursuivis. Jusqu'à présent, les amendes les plus élevées imposées en application des dispositions relatives à la publicité trompeuse ont été d'un million de dollars (contre une société) et de 500 000 dollars (contre un particulier); la plus longue peine d'emprisonnement a été d'un an.

ii - Le maintien des prix

61. La disposition de la Loi relative au maintien des prix, l'article 61, peut elle aussi s'appliquer à des activités commerciales des institutions financières. Cette disposition vise à permettre aux entreprises d'établir elles-mêmes le prix de leurs produits. Aux termes de la définition énoncée à l'article 2, les produits comprennent les articles et les services.

62. L'alinéa 61(1)*a*) interdit à quiconque exploite une entreprise de tenter, par entente, menace, promesse ou par quelque autre moyen semblable, de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada. Il est également illégal, aux termes de l'alinéa 61(1)*b*), de refuser de fournir un produit à une autre personne exploitant une entreprise au Canada, ou de prendre quelque autre mesure discriminatoire à l'endroit de celle-ci, en raison du régime de bas prix qu'elle pratique. En outre, quiconque conseille à une autre personne de se livrer à un tel refus peut également commettre une infraction, suivant le paragraphe 61(6).

63. À quelques exceptions près, l'article 61 s'applique à toutes les entreprises et à tous les produits. Il prévoit expressément, notamment, qu'y sont assujetties les entreprises oeuvrant dans le domaine des cartes de crédit. Il s'ensuit que les émetteurs de cartes de crédit ne peuvent empêcher les détaillants d'offrir des rabais aux clients qui paient comptant.

64. L'article 5 de la Loi énonce que l'article 61 ne s'applique pas aux accords ou aux arrangements entre personnes faisant le commerce de valeurs lorsque ces ententes ont un rapport raisonnable avec la souscription de l'émission d'une valeur particulière.

iii - Les prix d'éviction

65. L'alinéa 50(1)*c*) de la Loi prévoit que constitue une infraction le fait de se livrer à une politique de vente de produits (ce qui inclurait les services financiers) à des prix déraisonnablement bas ayant pour effet de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent ou étant destinée à avoir cet effet.

66. Ce type d'infraction n'est pas souvent commis au Canada. Le Bureau a publié des lignes directrices pour aider les commerçants à faire la distinction entre la saine concurrence en matière de prix et la pratique de prix d'éviction. Suivant ces lignes directrices, il est peu probable qu'il y ait pratique de prix d'éviction si le prétendu évinceur n'a pas la possibilité de recouvrer plus tard les pertes qu'il subit ou les profits auxquels il renonce pendant la période d'éviction. Le Bureau tient notamment compte, dans son analyse, de la puissance commerciale exercée par le prétendu évinceur ainsi que des entraves à l'accès existant dans l'industrie.

67. En vertu des lignes directrices du Bureau pour l'application de la loi, les prix équivalents ou supérieurs au coût total moyen ne seront pas considérés comme «déraisonnablement bas» au sens de l'alinéa 50(1)*c*) de la Loi. Dans certaines circonstances les prix se situant entre le coût total moyen et le coût variable moyen pourraient être considérés comme «déraisonnablement bas». Par contre, les prix inférieurs au coût variable moyen seront vraisemblablement jugés «déraisonnablement bas» en l'absence de circonstances très

particulières. Le Bureau, dans l'analyse qu'il effectue en vertu de cette disposition, cherche à déterminer si, compte tenu de la situation du marché, la politique de bas prix d'une entreprise risque de causer un préjudice grave et prolongé à la concurrence, par opposition à un simple effet négatif sur la profitabilité d'un ou de plusieurs rivaux.

68. Pour déterminer s'il est nécessaire d'établir des mesures de protection par règlement, il faut aborder la question des prix d'éviction ou de l'interfinancement dans la perspective de la protection du processus concurrentiel. Les lois en matière de concurrence et les autres garanties réglementaires ne doivent pas empêcher qu'il y ait, en matière de prix, une concurrence vigoureuse et, par ailleurs, bienfaisante. Pour distinguer la concurrence honnête relative aux prix et la pratique de prix d'éviction, il importe de déterminer si l'entreprise en cause dispose d'une puissance commerciale suffisante pour être en mesure de récupérer les revenus que lui a fait perdre sa stratégie. Les conditions de marché nécessaires pour qu'une entreprise puisse mener à bien une stratégie de prix d'éviction, particulièrement dans des marchés non réglementés, se produisent très rarement. Les chiffres relatifs à cette infraction, au Canada et aux États-Unis le prouvent[7].

69. Bien qu'on ne puisse fermer les yeux sur la possibilité qu'une entreprise dominante pratique des prix d'éviction, il ne faut pas pour autant restreindre la capacité des entreprises dominantes de livrer une réelle concurrence. Le meilleur moyen de se protéger contre de véritables pratiques de prix d'éviction est de supprimer toute entrave à l'accès. La présence de concurrents véritables et les risques d'entrée sur le marché font en sorte que les décisions en matière de prix soient efficientes.

---

7 Entre 1980 et 1990, le directeur a reçu quelque cinq cent cinquante plaintes concernant de prétendues pratiques de prix d'éviction. Seules vingt-trois de ces plaintes ont donné lieu à des enquêtes officielles en vertu de la *Loi sur la concurrence*; quatre ont été déférées au procureur général, lequel a intenté des poursuites à l'égard de trois d'entre elles (l'une s'est terminée par un acquittement; il y a eu retrait de l'accusation dans la seconde et la troisième a récemment abouti à une condamnation). Au cours des quinze dernières années, le ministère de la Justice américain n'a intenté qu'une poursuite en matière de pratique de prix d'éviction, et seulement trois p. cent des actions antitrust privées intentées aux États-Unis sont principalement fondées sur une allégation de pratique de prix d'éviction.

iv - Le complot

70. Les accords ou arrangements relatifs à la fourniture d'un article ou d'un service qui ont pour effet de diminuer indûment la concurrence sont interdits par l'article 45 de la Loi. Cette disposition crée l'infraction la plus sérieuse des infractions prévues par la Loi. Les personnes qui en sont reconnues coupables peuvent être passibles d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans, d'une amende pouvant aller jusqu'à dix millions de dollars ou des deux sanctions.

71. L'existence d'accords illégaux s'établit le plus souvent au moyen d'éléments de preuve documentaire ou testimoniale d'actes manifestes des conspirateurs, comme des notes de service, des lettres, des rencontres ou des conversations téléphoniques. Toutefois, le paragraphe 45(2.1) de la Loi permet aux tribunaux de déduire l'existence d'un complot en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot. Dans tous les cas, cependant, il incombe à la Couronne de prouver l'existence du complot «hors de tout doute raisonnable».

72. La similitude dans les prix pratiqués, dans les fluctuations de prix et relativement à d'autres variables importantes en matière de concurrence peut constituer une preuve circonstancielle de collusion. Il peut arriver dans certains cas, toutefois, que ces phénomènes découlent d'une forme de «parallélisme conscient» plutôt que d'une entente. Le parallélisme conscient s'entend d'une situation où les entreprises adoptent un comportement similaire relativement à un élément fondamental de concurrence, comme le prix, parce que chacune reconnaît que cela est profitable. Ainsi, il est possible que toutes les entreprises d'un marché demandent des prix identiques parce que chacune sait que si elle abaissait ses prix dans l'espoir d'accroître sa part de marché, ses concurrentes feraient de même, ce qui réduirait les profits. Le parallélisme conscient risque davantage de se produire au sein d'industries concentrées produisant un produit homogène dans des conditions de coût similaires dont l'évolution est lente. Hors l'existence d'une entente, le parallélisme conscient ne contrevient pas à l'article 45.

73. Dans une poursuite fondée sur l'article 45, la Couronne doit établir que l'accusé avait l'intention de conclure une entente, qu'il l'a conclue et qu'il savait ou aurait raisonnablement dû savoir que si elle était exécutée, l'entente aurait vraisemblablement pour effet de diminuer indûment la concurrence. Ces exigences nécessitent une évaluation plus large de l'activité que s'il s'agissait d'une infraction *per se*. En établissant ces exigences, le législateur soustrait à l'interdiction les situations qui n'ont pas d'effet anticoncurrentiel.

74. Le ministère public n'a pas à démontrer que le complot aurait vraisemblablement pour effet d'éliminer entièrement ou presque la concurrence dans le marché visé. Comme la Cour suprême du Canada l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. Pharmaceutical Association of Nova Scotia* ([1992] 2 R.C.S. 606), c'est la combinaison de la puissance commerciale et de comportements susceptibles de nuire à la concurrence qui donne un caractère indu, donc illégal, à la diminution de la concurrence. Le Bureau s'inquiéterait particulièrement si les parties à une entente détenaient collectivement plus de la moitié du marché pertinent.

75. S'agissant d'institutions financières, l'article 5 de la Loi énonce que l'article 45 ne s'applique pas aux accords ou arrangements entre personnes faisant le commerce de valeurs lorsque ces ententes ont un rapport raisonnable avec la souscription de l'émission d'une valeur particulière. En outre, le paragraphe 45(7.1) prévoit que l'article 45 ne s'applique pas à un accord ou arrangement visé au paragraphe 49(1) de la Loi, conclu entre institutions financières fédérales.

v - Les ententes entre institutions financières fédérales

76. Le paragraphe 49(1) de la Loi interdit certaines ententes entre institutions financières fédérales. Cette disposition crée une infraction *per se*, c'est-à-dire que la diminution ou l'empêchement indu de la concurrence ne constitue pas un élément de l'infraction, contrairement à l'article 45. Le préjudice à la concurrence se «présume» du fait de la nature particulière des ententes interdites. Cela signifie qu'on n'effectue pas d'évaluation de la concurrence, comme c'est le cas pour les dispositions de nature civile de la Loi, permettant la pondération de différents facteurs dans l'examen de l'effet que l'activité en cause a sur la

concurrence. Le paragraphe 49(1) interdit la conduite visée sans égard à l'existence d'une puissance commerciale ou à la possibilité de préjudice à la concurrence.

77. Parmi les accords susceptibles de contrevenir à l'article 49, on compte les accords relatifs au taux d'intérêt sur un dépôt ou sur un prêt, aux frais réclamés pour un service et au montant ou au type de prêt consenti à des clients. Le paragraphe 49(2) énumère des exceptions au paragraphe (1) pour certaines catégories d'accords, tels les accords :

- relatifs à un dépôt, à un prêt ou à d'autres services fournis à des clients à l'extérieur du Canada;
- applicables seulement aux opérations effectuées entre des institutions financières fédérales (c.-à-d. ne touchant pas les clients);
- applicables aux services rendus par deux institutions financières fédérales ou plus en ce qui concerne un client de chacune d'elles lorsque le client est au courant de l'accord;
- relatifs à une soumission, à un achat, à une vente ou à une souscription visant des valeurs mobilières, par des institutions financières fédérales;
- relatifs à l'échange de données statistiques et de renseignements de solvabilité;
- relatifs à la mise au point et à l'utilisation de systèmes, formules, méthodes, procédures et normes;
- relatifs à l'utilisation d'installations communes et à des activités communes de recherche et de mise au point y afférentes;
- relatifs à la limitation de la publicité;
- à l'égard desquels le ministre des Finances certifie au directeur qu'ils ont été, aux fins de la politique financière, conclus à sa demande ou avec son autorisation;
- conclus uniquement entre des institutions financières affiliées.

H - Les dispositions civiles

i - Le refus de vendre

78. La disposition de la Loi en cette matière, l'article 75, s'applique lorsqu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit en quantité suffisante. Il faut que cette personne ou entreprise accepte et soit en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le fournisseur, que le produit soit disponible en quantité amplement suffisante et que l'incapacité de s'approvisionner découle de l'insuffisance de la concurrence. Lorsque ces conditions sont réunies, le Tribunal peut ordonner l'approvisionnement ou recommander au ministre des Finances de réduire les droits de douane.

79. Quiconque essuie un refus d'approvisionnement doit s'adresser à tous les autres fournisseurs. Si d'autres fournisseurs sont prêts à approvisionner le client potentiel, l'incapacité de se procurer le produit en cause ne sera pas réputée découler de l'insuffisance de la concurrence. Un produit de substitution imposant des inconvénients importants sur le plan de la concurrence ne sera pas considéré comme une solution de rechange valable.

80. La disposition sur le refus de vendre ne comporte aucune exception. Tous les participants du secteur des services financiers peuvent donc être assujettis à un examen fondé sur cette disposition.

ii - L'exclusivité, la vente liée et la limitation du marché

81. L'article 77 de la Loi prévoit expressément l'examen de trois types de restrictions verticales : l'exclusivité, la vente liée et la limitation du marché. Compte tenu de l'importance que la vente liée revêt pour le Groupe de travail, le Bureau explique, à **l'annexe 1**, de quelle façon il aborderait la vente liée dans le contexte des services financiers. Il importe de souligner le fait que la Loi n'interdit pas ces pratiques et qu'elle ne les considère pas comme des infractions criminelles. Elle prévoit plutôt que le Tribunal de la concurrence peut, dans certains cas, rendre des ordonnances interdisant ou modifiant ces pratiques.

82. Pour chacune de ces restrictions verticales, il faut établir l'existence de deux

éléments généraux pour que le Tribunal rende une ordonnance. Il faut d'abord prouver que la pratique correspond à la définition de la restriction énoncée dans la Loi et, ensuite, qu'elle aura l'effet anticoncurrentiel requis (l'évaluation de la concurrence).

83. Il y a exclusivité lorsque le fournisseur d'un produit exige d'un client qu'il fasse, seulement ou principalement, le commerce de produits déterminés ou lorsqu'il l'incite à le faire. La vente liée est le fait pour un fournisseur d'exiger d'un client, comme condition de l'obtention d'un produit, qu'il fasse l'acquisition d'un autre produit ou s'abstienne de faire le commerce de produits de marques différentes. Comme pour l'exclusivité, la pratique de la vente liée comporte le fait pour le fournisseur d'inciter un consommateur à se conformer à la condition en offrant de lui fournir le produit à des conditions plus favorables. La limitation du marché se produit lorsqu'un fournisseur restreint les opérations de clients à des marchés géographiques déterminés.

84. L'effet anticoncurrentiel doit ensuite être démontré. Cela nécessite, dans le cas de l'exclusivité ou de la vente liée, d'établir que la pratique est le fait d'un fournisseur important ou qu'elle est très répandue dans un marché et qu'elle aura vraisemblablement pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une entreprise ou à la vente de produits sur un marché ou d'entraîner d'autres restrictions et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement. En matière de limitation de marché, il faut établir que la pratique est le fait d'un fournisseur important ou est répandue dans un marché et que la concurrence en est ou en sera vraisemblablement réduite sensiblement. Si le Tribunal conclut à l'existence des conditions prévues par la Loi, il peut rendre une ordonnance d'interdiction ou une ordonnance corrective.

85. Le paragraphe 77(4) énonce certains cas où il ne doit pas y avoir d'ordonnance. Relativement au secteur des services financiers, une exception est prévue lorsque la vente liée est pratiquée par une personne exploitant une entreprise de prêt d'argent afin de mieux garantir le remboursement des prêts consentis et qu'elle est raisonnablement nécessaire à cette fin. D'autres exceptions existent lorsque la vente liée découle de la connexité technologique raisonnable entre les produits ou lorsque l'exclusivité et la limitation du marché ne sont pratiquées que pendant une

période raisonnable pour faciliter l'entrée d'un nouveau fournisseur ou d'un nouveau produit. Une autre exception s'applique lorsque ces pratiques sont le fait de sociétés affiliées.

iii - L'abus de position dominante

86. Les articles 78 et 79 de la Loi, relatifs à l'abus de position dominante, confèrent au Tribunal de la concurrence le pouvoir de rendre des ordonnances lorsqu'il estime qu'une ou plusieurs entreprises contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises et se livrent à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. Le Tribunal peut rendre des ordonnances interdisant à une personne de se livrer à une pratique ou lui enjoignant de prendre les mesures raisonnables et nécessaires pour enrayer les effets de la pratique, par exemple le dessaisissement d'actions ou d'éléments d'actif. Afin que la loi ne nuise pas aux comportements favorisant une concurrence dynamique, le Tribunal doit examiner si la pratique est le résultat d'un rendement concurrentiel supérieur.

87. Il n'existe aucune exception qui soustrairait les participants de quelque partie du secteur des services financiers à un examen fondé sur les dispositions relatives à l'abus de position dominante. De fait, le Tribunal de la concurrence a rendu une ordonnance par consentement dans une affaire relative à l'abus par les membres principaux de l'Association Interac de leur position dominante dans le marché de la fourniture de services de réseau électronique partagé au Canada.

88. Le genre de situations susceptibles de constituer un abus de position dominante aux termes de la Loi comporte l'utilisation par une ou plusieurs entreprises dominantes de leur puissance commerciale de façon à empêcher l'entrée ou l'expansion de concurrents sur le marché ou à y faire obstacle. Les dispositions relatives à l'abus visent des agissements anticoncurrentiels tendant à maintenir ou à accroître la puissance commerciale, comme le fait de s'approprier les clients ou les fournisseurs d'un concurrent, de recourir à des marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent, de comprimer la marge bénéficiaire accessible à un

concurrent non intégré ou d'utiliser des contrats restrictifs de longue durée pour enchaîner les consommateurs.

89. Une liste non exhaustive d'agissements anticoncurrentiels figure dans les dispositions relatives à l'abus de position dominante. Pour chacun d'eux, il faut prendre en considération l'objet que l'entreprise dominante poursuivait en s'y livrant. En vertu de ces dispositions, le directeur peut examiner toute pratique, y compris les pratiques visées par d'autres dispositions de la Loi, comme le refus de vendre, la vente liée, l'exclusivité ou les prix d'éviction, lorsqu'elle constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels.

90. La taille d'une entreprise, même d'une entreprise dominante, n'est pas en soi un élément de l'abus de position dominante. L'entreprise dominante doit exercer une puissance commerciale; la part de marché qu'elle détient est un élément nécessaire mais non suffisant pour lui conférer cette puissance. Une part de marché inférieure à trente-cinq pour cent du marché d'un produit ou d'une région ferait probablement conclure à l'absence de puissance commerciale. Les autres facteurs pertinents comprennent l'existence d'entraves à l'accès comme des barrières tarifaires ou des règlements restreignant la concurrence, l'absence de produits de substitution, l'insuffisance des concurrents potentiels et le faible degré d'innovation dans l'industrie.

91. Les comportements communs qui diminuent sensiblement la concurrence peuvent être examinés en vertu des dispositions relatives à l'abus de position dominante. La Loi prévoit expressément la situation où «une ou plusieurs personnes» contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises. Dans les cas d'abus conjoints, des sociétés non affiliées peuvent individuellement détenir une part de marché inférieure à trente-cinq pour cent, mais exercer collectivement une puissance commerciale qu'elles maintiennent ou accroissent en agissant de concert. Elles peuvent, par exemple, adopter des pratiques restrictives comme des contrats restrictifs, des ventes liées, le refus de vendre ou la compression de la marge bénéficiaire de rivaux non intégrés. Elles peuvent également réduire la concurrence au sein du groupe dominant, notamment en pratiquant le partage de clientèle. Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur ce point, les dispositions relatives à l'abus de position dominante pourraient

s'appliquer à des comportements communs non visés par les dispositions de la Loi relatives au complot, comme la conduite s'approchant du parallélisme conscient.

iv - Les fusionnements

92. Les fusionnements et les acquisitions donnent lieu, en vertu de la Loi, à un examen visant à déterminer si les opérations auront vraisemblablement pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence. *Les lignes directrices pour l'application de la Loi* élaborées en 1991 par le directeur en matière de fusionnements définissent le cadre analytique qu'emploie le Bureau pour déterminer si un fusionnement risque d'avoir cet effet. L'**annexe II** jointe au présent mémoire renferme la version préliminaire d'un supplément aux lignes directrices que le Bureau entend distribuer aux personnes intéressées, à des fins de consultation. Le document expose la façon dont le Bureau se propose d'appliquer les Lignes directrices dans l'évaluation des effets sur la concurrence d'un fusionnement visant une ou plusieurs banques.

93. C'est la première fois que le Bureau publie un document décrivant la manière dont les Lignes directrices seraient appliquées à l'examen d'un fusionnement dans un secteur particulier. Cette initiative lui paraît indiquée compte tenu de l'attention que reçoit cette question du fait de l'examen entrepris par le Groupe de travail et de l'importance de ce secteur dans l'économie en général. Elle s'accorde également à la volonté du Bureau de faire en sorte que l'application de la *Loi* soit ouverte, transparente et prévisible. Il n'est pas dans l'intention du Bureau de réviser les Lignes directrices, il veut plutôt lancer une consultation sur la façon de les appliquer à un fusionnement dans ce secteur. Il importe aussi de noter que le Bureau a élaboré la façon de procéder décrite dans ce document sans avoir effectué d'examen de fusionnement de grandes banques et que, partant, les vues présentées ici sont provisoires et susceptibles d'être révisées et précisées.

94. Après avoir déterminé qu'une opération constitue un fusionnement au sens de la Loi, le Bureau entreprend une analyse visant à évaluer si elle aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Il se demandera si le fusionnement

risque de nuire aux consommateurs soit en raison de l'exercice unilatéral de puissance commerciale par les entreprises fusionnantes soit en raison de la possibilité accrue de conduite interdépendante de la part des entreprises du marché. Un fusionnement permet l'exercice unilatéral d'une puissance commerciale lorsqu'il accroît la possibilité de hausser les prix et de réduire l'offre (ou de limiter la concurrence à un autre point de vue) avec profit en plaçant l'établissement des prix et la fourniture de produits des entreprises fusionnantes sous contrôle commun. Un fusionnement survenant dans un marché concentré peut également entraîner un risque accru de conduite interdépendante pouvant nuire aux consommateurs, même de la part d'entreprises qui ne sont pas partie au fusionnement. La conduite interdépendante peut comprendre les ententes expresses ou implicites entre entreprises, visant à restreindre la concurrence à leur profit.

95. Comme nous le verrons plus loin, si l'analyse des effets du fusionnement indique que l'opération diminuera ou empêchera sensiblement la concurrence, le Bureau examinera si elle sera source de gains en efficience qui surpasseront ou neutraliseront les effets négatifs.

Définition du marché pertinent

96. Le Bureau commence son analyse par la définition du marché pertinent, afin de recenser les fournisseurs qui sont en concurrence avec les parties fusionnantes et de circonscrire les régions géographiques où la concurrence s'exerce. À ce stade, le Bureau détermine d'abord s'il y a chevauchement, dans les régions géographiques, entre les produits ou services offerts par les parties fusionnantes, puis il fait l'inventaire de tous les produits et services vers lesquels les consommateurs peuvent se tourner si les parties fusionnantes augmentent les prix.

97. Les définitions de «produit» et de «service» sont adaptées, dans le présent contexte, à l'objectif consistant à déterminer si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'accroître la puissance commerciale des parties fusionnantes. De façon générale, des produits similaires peuvent néanmoins être placés dans des marchés différents si les consommateurs ne

sont pas prêts à passer de l'un à l'autre par suite d'un changement de prix relatif[8]. La catégorie générale des prêts, par exemple, peut comprendre plusieurs produits se distinguant par le montant de l'emprunt, par les modalités applicables ou par les garanties stipulées. Pour déterminer si des prêts de sommes considérables appartiennent au même marché que des prêts plus modestes, il faut se demander si un nombre substantiel d'emprunteurs se tourneraient vraisemblablement vers un autre produit en réponse à une hausse des taux d'intérêt applicables aux prêts de sommes modestes. Si la substitution est peu probable, les produits sont placés dans des marchés différents[9]. L'omission de vérifier s'il existe une distinction entre les deux types de prêts à l'étape de la définition du marché peut mener à des conclusions erronées sur les effets d'un fusionnement sur la concurrence et faire penser fautivement que les fournisseurs de prêts de sommes considérables peuvent imposer des restrictions quant aux prix pratiqués par les fournisseurs de petits prêts, alors que ce n'est pas le cas. L'augmentation de puissance commerciale dans la fourniture de petits prêts consécutive au fusionnement ne serait donc pas détectée.

98. Une analyse similaire est effectuée pour d'autres produits vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner pour remplacer les petits prêts. Pour établir si un produit de remplacement est un proche substitut et, par suite, s'il est justifié de l'inclure dans le même marché pertinent, le Bureau se demande si les emprunteurs se tourneraient vers ce produit en réponse à une augmentation de prix non transitoire faible mais significative. Le Bureau cherchera à obtenir et à utiliser tout renseignement susceptible de l'aider à répondre à cette question. L'idéal serait qu'il puisse disposer de données sur le pourcentage réel de substitution attribuable aux changements de prix relatifs. Il est rare, toutefois, que le Bureau ait accès à de telles données; c'est pourquoi il doit généralement se tourner vers des éléments de preuve moins directs du caractère substitutif. L'ensemble de tous les produits qui sont de proches substituts des petits prêts constituerait le

8 Selon la définition de «produit», ce terme s'entend d'un article et d'un service.

9 Plusieurs facteurs influent sur la question de savoir si les prêts modestes appartiennent au même marché que les prêts considérables, dont la capacité des emprunteurs de remplacer un prêt unique par un ensemble de prêts plus petits.

marché du produit pertinent[10].

99. Selon toute vraisemblance, l'examen d'un fusionnement bancaire met en cause un nombre important de marchés de produits pertinents. Dans la seule catégorie générale des prêts, des caractéristiques comme le montant, les modalités et les garanties demandées peuvent déterminer l'existence de plusieurs marchés, et il en va de même pour les dépôts. Une analyse similaire s'appliquera aux nombreux autres produits offerts par les banques, et même des produits offerts par des institutions de dépôt non bancaires pourront être inclus dans des marchés pertinents s'ils constituent de proches substituts des produits fournis par les banques.

100. Un groupe de services bancaires peut également constituer un marché pertinent. Un groupe serait composé d'un ensemble de produits et services que les acheteurs se procurent généralement auprès d'une même institution bancaire. Les produits constituant un groupe ne sont pas nécessairement vendus comme un ensemble, mais le prix ou l'offre de certains éléments d'un groupe peuvent être plus avantageux pour un acheteur s'il se procure ces éléments avec d'autres produits, auprès d'une même institution. Un tel groupe de produits bancaires constitue un marché pertinent lorsque les différents éléments ou un sous-ensemble du groupe ne représentent pas, collectivement, un proche substitut du groupe. C'est le cas lorsque, par suite d'une hausse du prix du groupe de produits, les consommateurs ne se procureront pas chacun les différents éléments auprès de différentes institutions. Il peut y avoir diverses raisons à cela : les frais par opération qu'entraîne le recours à plusieurs fournisseurs (frais de transport, temps nécessaire pour faire plusieurs demandes) et les économies de diversification. Si le coût d'un groupe de produits représente, pour un fournisseur, un montant moins élevé que ce qu'il lui en coûte au total de fournir chacun des éléments du groupe, le prix que le consommateur aura à payer pour chaque élément, s'il se les procure séparément, sera vraisemblablement plus élevé que le prix demandé pour le groupe de produits.

---

10 Le modèle conceptuel employé pour déterminer s'il existe des substituts et circonscrire les marchés pertinents est le critère du «monopoleur hypothétique». Selon ce critère, le marché pertinent se compose du groupe le plus restreint de produits (incluant les produits des entreprises fusionnantes) pour lequel un fournisseur unique pourrait maintenir avec profit une augmentation de prix non transitoire faible mais significative. Dans ce contexte, une augmentation de cinq p. cent serait généralement considérée comme significative et une période non transitoire équivaut habituellement à une durée d'un an.

101. Après avoir défini les marchés de produits, le Bureau délimite la portée géographique des marchés. On délimite le marché géographique associé à un marché de produits pertinent en circonscrivant la région où se trouvent des fournisseurs vers lesquels les consommateurs pourraient se tourner en réponse à une augmentation de prix. Les marchés géographiques peuvent être locaux, régionaux, nationaux ou internationaux, tout dépendant des caractéristiques du produit et de la nature des opérations. Les caractéristiques qui auront vraisemblablement un effet déterminant sur la taille des marchés géographiques de services bancaires sont la valeur des opérations, la fréquence de l'interaction entre le fournisseur et le consommateur, la nature de cette interaction (par exemple, la nécessité d'un contact personnel entre le fournisseur et le consommateur) et les coûts du recours à des fournisseurs plus éloignés.

102. Il se peut que les consommateurs de certains types de services bancaires puissent être incapables de se tourner vers des fournisseurs de l'extérieur de leur localité si les prix des services augmentent dans leur région, ou qu'ils ne soient pas disposés à le faire. Il est probable, alors, que le marché géographique soit local et composé de zones urbaines ou métropolitaines, ce qui est vraisemblablement le cas lorsque les opérations nécessitent des contacts personnels fréquents entre les clients et la banque ainsi que la surveillance des activités des clients. Dans ces conditions, les marchés géographiques seront définis en fonction du coût des déplacements supplémentaires tant pour le fournisseur de services que pour le client, et aussi en fonction du temps nécessaire pour ces déplacements. Pour d'autres produits, les marchés géographiques peuvent être beaucoup plus vastes. Ce sera probablement le cas pour des opérations de montants plus élevés.

Les parts de marché et les seuils

103. Une fois recensés les produits et les régions géographiques de substitution, le Bureau estime l'offre nouvelle qu'une augmentation faible mais significative des prix des produits attirera vraisemblablement dans le marché pertinent. Il calculera alors les parts de marché des fournisseurs actuels du marché et des fournisseurs susceptibles d'y être attirés. La part de chaque entreprise correspondra à la somme des ventes totales de l'entreprise sur le marché pertinent et de l'offre supplémentaire qu'elle pourra faire, divisée par la somme du montant des ventes sur

l'ensemble du marché et de l'offre supplémentaire pouvant être faite par toutes les entreprises présentes sur le marché. Les parts de marché sont calculées pour chaque produit et pour chaque région géographique pour lesquels il y a chevauchement entre les parties fusionnantes.

104. À ce stade, le Bureau procède à une évaluation préliminaire visant à déterminer la probabilité que le fusionnement entraîne une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence quant à la fourniture de tout produit des parties fusionnantes. Le Bureau ne conclura vraisemblablement pas que le fusionnement permettra aux parties d'accroître leur capacité d'exercice unilatéral de puissance commerciale si la somme de leurs parts de marché avant le fusionnement est inférieure à trente-cinq pour cent, car il est fort possible, dans ce cas, que les consommateurs puissent se tourner vers des produits et des fournisseurs de remplacement en nombre suffisant si l'entité fusionnée tente d'exercer sa puissance commerciale en augmentant les prix. Par ailleurs, si la part de marché détenue par les quatre fournisseurs les plus importants du marché, après le fusionnement, est inférieure à soixante-cinq pour cent, il y aura peu à craindre que le fusionnement élève la probabilité que les entreprises présentes sur le marché adoptent des comportements interdépendants susceptibles de porter préjudice aux consommateurs. À un niveau de concentration inférieur à soixante-cinq pour cent, en effet, la coordination interentreprises se révélera probablement trop difficile pour susciter des inquiétudes. Si d'autres éléments donnent à penser que même si ces seuils ne sont pas dépassés, la concurrence risque d'être diminuée sensiblement, le Bureau tiendra compte de ces éléments de son évaluation[11].

105. Le Bureau ne conclura pas qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence quant à un produit simplement parce que les parts de marché ou le niveau de concentration dans le marché pertinent dépassent les seuils

---

11 Lorsqu'un fusionnement fait craindre l'exercice unilatéral de puissance commerciale par les parties fusionnantes, les facteurs les plus susceptibles d'indiquer qu'il y a lieu de poursuivre l'examen même si la somme des parts de marché de ces dernières est inférieure à trente-cinq p. cent sont ceux qui ont trait à l'importance de la concurrence entre leurs produits avant le fusionnement. Par exemple, si les produits sur le marché sont différenciés et que les produits des parties fusionnantes viennent au premier et au second rang dans la faveur d'un grand nombre de consommateurs, l'exercice unilatéral de puissance commerciale serait plus à craindre. Si l'on craint les possibilités accrues de comportements interdépendants et si les caractéristiques du marché donnent fortement à penser que les entreprises présentes sur le marché pourraient parvenir à une entente et l'appliquer, le Bureau poursuivra son évaluation en dépit du fait que le pourcentage de concentration des quatre entreprises les plus importantes soit inférieur à soixante-cinq p. cent.

prévus[12]. Le Bureau procède plutôt à une évaluation des autres facteurs concurrentiels pour déterminer les effets du fusionnement sur la concurrence. Il attache une importance particulière aux caractéristiques du marché susceptibles d'influer sur la probabilité que le fusionnement accroisse la capacité de l'entité fusionnée d'exercer unilatéralement une puissance commerciale ou le risque de conduite interdépendante.

106. L'expression «conduite interdépendante» désigne l'ensemble de mesures que prend un groupe d'entreprises et qui ne profiteront à chacune d'elles qu'en l'absence de représailles de la part d'autres entreprises en cas de dérogation[13]. Ce genre de comportement peut inclure des ententes implicites ou explicites concernant les prix, les niveaux de service ou toute autre dimension de la concurrence. Il est probablement plus facile de parvenir à une entente lorsque les produits ou les entreprises sont homogènes et lorsque les renseignements importants concernant les entreprises rivales et la situation du marché sont aisément accessibles. L'existence d'associations sectorielles qui facilitent la communication et la diffusion de l'information entre les membres constituent un facteur pertinent. La capacité des entreprises de déceler et de sanctionner les dérogations dépend de facteurs parmi lesquels les plus importants sont la transparence des modalités régissant les opérations commerciales et la stabilité des coûts sous-jacents. La présence d'entreprises agissant à leur gré peut empêcher la réalisation de la coordination.

Les critères d'évaluation

107. Les critères d'évaluation énumérés à l'article 93 servent également à déterminer les effets d'un fusionnement sur la concurrence à l'égard de chaque produit pour lequel les seuils visant les parts de marché et le niveau de concentration sont dépassés[14]. Parmi ces critères,

---

12 Le paragraphe 93(2) de la Loi édicte que le Tribunal de la concurrence ne peut formuler une telle conclusion en se fondant uniquement sur la concentration ou sur les parts de marché.

13 Les sanctions peuvent revêtir la forme de bas prix dans le marché pertinent ou dans d'autres marchés.

14 Les critères d'évaluation énumérés dans les Lignes directrices pour l'application de la Loi comprennent : les opinions, les stratégies et les comportements des acheteurs; les opinions, les stratégies et les comportements de l'industrie, l'utilisation finale, les caractéristiques physiques et techniques, les coûts de substitution et les relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix.

notons la disponibilité de substituts acceptables, l'existence d'autres sources de concurrence réelle, la disparition de concurrents dynamiques et efficaces, les changements et l'innovation. La possibilité que des entreprises entrent sur le marché dans les deux ans si les prix augmentent constitue l'un des facteurs cruciaux de l'article 93 (paragraphe 93*d*)). Compte tenu de l'objectif de l'examen des fusionnements, seules les entrées susceptibles d'exercer une contrainte sur la majoration des prix après le fusionnement est pertinente à ce stade de l'analyse. Moins les entraves à l'accès sont importantes sur un marché et plus il est possible que s'y produisent des entrées pouvant avoir cet effet, réduisant le risque que le fusionnement ait pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Pour établir si l'entrée pourrait exercer une contrainte sur une hausse de prix post-fusionnement, le Bureau tiendra compte de l'importance des coûts d'entrée irrécupérables. Relativement aux fusionnements bancaires, il faudra également considérer tout règlement facilitant l'entrée ou y faisant obstacle, y compris les restrictions quant à l'entrée de banques étrangères, et tout règlement concernant les pouvoirs des entreprises.

108. La possibilité de déconfiture ou de sortie du marché est également un facteur prévu par l'article 93. Le Bureau ne fera pas obstacle au fusionnement lorsqu'une des parties fusionnantes risque la déconfiture s'il ne se réalise pas et qu'il n'existe pas de meilleure solution de rechange sur le plan de la concurrence.

L'exception relative aux gains en efficience

109. Lorsqu'il termine cette partie de l'analyse, le Bureau a fait l'inventaire des produits à l'égard desquels la disparition de la concurrence consécutive à un fusionnement serait préjudiciable. Si le Bureau a conclu que le fusionnement entraînera une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence, l'étape suivante de son analyse consiste à examiner si l'opération est susceptible d'amener des réductions de coût qui neutraliseront ces répercussions économiques négatives.

110. L'article 96 de la Loi reconnaît que des fusionnements peuvent à la fois être anticoncurrentiels et procurer des gains en efficience. Lorsque la mise en balance des effets

anticoncurrentiels et des gains en efficience pouvant vraisemblablement résulter d'un fusionnement révèle qu'un fusionnement serait favorable à l'économie canadienne dans son ensemble, le paragraphe 96(1) résout expressément le conflit entre la concurrence et les gains en efficience en faveur de l'efficience. Le but sous-jacent de l'analyse relative à la concurrence étant d'établir les effets économiques globaux d'un fusionnement, seules les gains représentant de réelles économies de ressources et les gains qui n'auraient vraisemblablement pas été réalisés sans le fusionnement seront pris en considération. En termes économiques, on cherche à déterminer les effets du fusionnement sur le bien-être économique total. C'est aux parties fusionnantes qu'il incombe de faire la démonstration des gains en efficience.

L'évaluation préliminaire des seuils

111. Dans l'analyse des effets sur la concurrence d'un fusionnement de banques, il serait difficile dans la pratique et vraisemblablement inutile pour le Bureau de définir les marchés correspondant à chacun des produits fournis par les banques qui fusionnent et à chacun des emplacements d'où ces produits sont fournis, ainsi que de définir les variations possibles de l'offre et d'évaluer la vraisemblance de l'entrée d'entreprises sur chacun de ces marchés. Comme les banques offrent habituellement une multitude de produits et services à partir d'un très grand nombre d'emplacements, il faudrait des ressources considérables et beaucoup de temps pour accomplir les tâches énumérées ci-dessus, étant donné surtout que les marchés de nombreux produits sont vraisemblablement de nature locale. Dans la pratique, le Bureau procédera par itération, méthode qui est entièrement compatible avec le processus décrit dans les Lignes directrices et qui permettra au Bureau de détecter plus rapidement les produits et les emplacements géographiques pour lesquels il y a vraisemblablement lieu de craindre une diminution de la concurrence.

112. Le Bureau s'attend à ce que l'annonce de plusieurs fusionnements dans le secteur des services financiers ne se fasse pas attendre si les restrictions actuelles relatives à la propriété des banques sont supprimées. Cela compliquera l'analyse de l'environnement concurrentiel dans l'industrie et le choix des mesures correctives à prendre à l'égard de toute

situation problématique. Le Bureau entend évaluer la substance de chaque fusionnement dans un ordre chronologique. Par la suite, les autres fusionnements seront évalués en fonction de l'environnement de l'industrie après l'examen des premiers fusionnements. Le Bureau a commencé, au mois de novembre, à imposer des frais pour certains services, dont les préavis de fusionnements et les certificats de décision préalable. Dans le cadre de ce processus, le Bureau a également adopté des normes de service régissant les délais maximaux de production de ses opinions. Trois normes s'appliquent à l'examen des fusionnements : quatorze jours pour les opérations non complexes, dix semaines pour les complexes et cinq mois pour les très complexes. Quel que soit le nombre de fusionnements annoncés, tout fusionnement intéressant le secteur des services financiers relèvera au minimum de la catégorie des opérations complexes.

113. Pour écarter de son analyse les produits sur lesquels le fusionnement risque peu d'avoir un effet négatif, le Bureau procédera d'abord à l'évaluation préliminaire des parts de marché et du niveau de concentration à l'égard d'un ensemble défini à l'avance de produits offerts et de régions géographiques. Ces produits et ces régions ne constitueront pas nécessairement des marchés pertinents bien définis; le Bureau veut plutôt qu'ils soient de taille inférieure à celle qu'auraient probablement les marchés pertinents correspondants. C'est-à-dire que les marchés de produits comprendront probablement plus de produits et les marchés géographiques seront probablement plus vastes. Par exemple, le Bureau peut effectuer une évaluation préliminaire pour les prêts de 200 à 500 000 dollars dans une subdivision de recensement, mais le marché pertinent pourra englober des prêts plus petits ou plus importants et des subdivisions adjacentes.

114. De façon générale, si les seuils ne sont pas dépassés pour un produit dans plusieurs subdivisions de recensement adjacentes, il est peu probable que le Bureau craigne une diminution sensible de la concurrence du point de vue de l'offre du produit dans ces régions. Lorsqu'il y a dépassement des seuils, le Bureau examinera des renseignements supplémentaires pour déterminer si une région s'inscrit dans un marché géographique plus étendu. Si c'est le cas, et s'il n'y a pas de dépassement des seuils sur le marché géographique représentant une plus grande étendue, le Bureau n'aura pas de raison de procéder à un examen plus approfondi pour le produit et la région géographique en question. Les produits et les régions qui ne seront pas exclus

par ce processus de sélection seront soumis à une analyse approfondie, de la manière décrite ci-dessus.

115. L'évaluation préliminaire vise à accélérer l'examen d'un fusionnement. C'est la qualité des données qui seront fournies au Bureau et la rapidité avec laquelle elles le seront qui déterminera si cette évaluation atteindra son objectif. Le Bureau a constaté en examinant de précédents fusionnements bancaires visant des institutions décrites à l'annexe II que les marchés géographiques de nombreux produits sont locaux et que les prêts et les dépôts de montants différents se distinguant également pas d'autres caractéristiques pouvaient constituer un marché de produits pertinent. Pour atteindre son objectif de célérité, le Bureau doit donc avoir accès à des données ventilées par succursale pour chaque banque, société de fiducie ou autre institution de dépôt, même non-fusionnante[15]. En outre, la ventilation des données par produit devrait être très détaillé[16].

116. Compte tenu l'importance que revêt, pour l'examen des fusionnements d'institutions financières, le rassemblement et l'analyse de quantités considérables de renseignements détaillés, le Bureau encourage les membres du secteur des services financiers à lui fournir rapidement les renseignements dont il a besoin. Pour effectuer promptement l'examen de tout fusionnement, le Bureau devrait disposer de renseignements généraux sur l'industrie. Ces renseignements accompagnés de données pertinentes plus précises devraient être fournis au Bureau à tout le moins au moment où celui-ci est informé du projet de transaction.

V - Les fusionnements d'institutions financières fédérales et le rôle des instances réglementaires

15 Le Bureau se servira également des données disponibles concernant les produits offerts par les institutions ne prenant pas de dépôt.

16 Le Bureau est conscient qu'il existe des données compilées par succursales concernant les produits suivants : les prêts personnels, les prêts hypothécaires résidentiels, les prêts hypothécaires sur immeuble non résidentiel, les prêts commerciaux consentis pour chacun des montants suivants : 200 000 $ et moins, de 200 000 à 5000 000 $, de 500 000 à 1 000 000 $, de 1 à 5 000 000 $ et 5 000 000 $ et plus, les dépôts de particuliers avec ou sans privilège de chèques, les dépôts à terme de particuliers (CPG, certificats de dépôt), les dépôts autres que de particuliers avec ou sans privilège de chèque et les dépôts à terme autres que de particuliers.

117. Trois instances fédérales assument des obligations légales d'examen lorsqu'il y a fusionnement d'institutions financières : le ministre des Finances, le surintendant des institutions financières (SIF) et le directeur. Le SIF et le directeur ont le mandat clair d'examiner les aspects de la transaction touchant la sécurité et la concurrence, respectivement. L'examen du ministre est fondé sur des considérations d'intérêt public beaucoup plus larges.

118. Comme il en a déjà été fait mention, le directeur a publié, au mois de mars 1991, un ensemble de *Lignes directrices pour l'application de la Loi* en matière de fusionnement qui s'est révélé très utile dans la sensibilisation du milieu des affaires et de la communauté juridique à la façon dont le Bureau aborde l'évaluation des fusionnements.

Recommandation 4

Pour plus de transparence et de prévisibilité, le Groupe de travail devrait recommander au ministre des Finances des critères à appliquer dans son évaluation des fusionnements, dans une perspective plus large d'intérêt public.

119. Les diverses lois concernant les institutions financières relevant de la compétence fédérale, telles la *Loi sur les banques* et la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* confèrent au ministre des Finances, indépendamment de la *Loi sur la concurrence*, le droit d'approuver ou de désapprouver des fusionnements. Il en résulte donc que le ministre peut s'opposer à un fusionnement qui a déjà été approuvé par le directeur ou, inversement, peut donner son aval à un fusionnement qui, d'après le directeur, devrait être modifié ou être contesté devant le Tribunal de la concurrence.

120. En effet, l'article 94 de la *Loi sur la concurrence* prévoit que le Tribunal ne rend pas d'ordonnance si le ministre des Finances a certifié au directeur que l'opération est souhaitable dans l'intérêt du système financier canadien. Cette disposition donne au ministre, la possibilité de

faire en sorte qu'un fusionnement susceptible d'être contesté par le directeur puisse aller de l'avant s'il est jugé dans l'intérêt du système financier.

121. Il importe, devant la multiplicité des examens, que le processus soit efficient, efficace et rapide. Il n'est pas bon pour les institutions visées, pour l'ensemble du système financier et pour le public en général que l'incertitude perdure.

122. Le Groupe de travail a déjà formulé des observations préliminaires sur cette question[17]. Le Bureau souscrit, en général, aux recommandations du Groupe de travail concernant la façon d'envisager les fusionnements d'institutions financières. Toutefois, le processus d'examen y gagnerait en rapidité si on clarifiait les critères employés par le ministre et si on précisait les modalités de l'exercice de son pouvoir d'approuver ou de désapprouver les projets de fusionnements d'institutions financières relevant de l'autorité réglementaire fédérale. Le Groupe de travail a fourni le point de départ de l'évaluation de ce processus d'examen :

> «Si une opération n'a pas à être interdite en vertu du principe voulant que les grandes institutions ne s'achètent pas entre elles, il conviendrait de l'évaluer sur le fond. Avant que le ministre ne se penche sur une opération de fusionnement, ce dernier devrait être étudié par le directeur du Bureau de la concurrence, pour déterminer s'il entraîne une baisse marquée de la concurrence, puis par le surintendant des institutions financières, qui en évaluera le caractère sécuritaire et le bien-fondé. Il n'est pas nécessaire que ces contrôles soient successifs. Ils peuvent être menés de front.
>
> Ensuite, sur avis du surintendant, le ministre étudierait une demande d'approbation à la lumière des critères jugés pertinents pour déterminer si l'opération est conforme à l'intérêt public. À des fins d'analyse, nous supposons que le surintendant examine principalement les questions de sécurité et de stabilité et que le ministre s'intéresse aux considérations propres à l'intérêt public tout en admettant que, dans la réalité, la

17 Voir le rapport du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadiens faisant suite à une demande du secrétaire d'État (Institutions financières internationales), daté du 11 juillet 1997.

distinction entre leurs domaines de compétence respectifs n'est pas aussi nette»[18].

123. Le Groupe de travail affirme ensuite que si le fusionnement ne comporte pas d'éléments anticoncurrentiels et s'il ne soulève pas de problème sur le plan de la sécurité et de la stabilité, il devrait normalement être autorisé sous réserve de questions d'intérêt public comme la compétitivité internationale du système financier, les avantages dont bénéficieront les consommateurs, l'emploi et l'adoption de technologies novatrices.

Recommandation 5

Relativement aux projets de fusionnement d'institutions sous réglementation fédérale :

i) **Afin d'assurer la diligence du processus, le ministre des Finances, le surintendant des institutions financières (le «SIF») et le directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») devraient effectuer simultanément leur examen en appliquant chacun leurs propres critères.**

ii) **Sous réserve des dispositions énoncées à l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* relativement à la confidentialité et des dispositions analogues applicables au SIF, il devrait y avoir un échange ouvert de renseignements entre les trois organismes fédéraux, lorsque cela est nécessaire, afin de faciliter la bonne coordination des examens et des processus décisionnels. (Dans le contexte de fusionnements impliquant des institutions financières sous réglementation provinciale, un partage similaire devrait avoir lieu entre les organismes provinciaux compétents).**

iii) **Après la formulation des opinions préliminaires, l'un des scénarios suivants**

---

18 *Ibid.*, à la p. 5.

devrait se produire :

a) **si le ministre des Finances, le SIF et le directeur concluent, sur la base de leurs critères respectifs, qu'il n'y a pas lieu de s'opposer au fusionnement, sa réalisation devrait être autorisée;**

b) **si le ministre, sur la base des critères qu'il applique, est d'avis que le fusionnement ne doit pas être autorisé, il s'y oppose après en avoir avisé le SIF et le directeur. En avisant tôt le SIF et le directeur, le ministre leur évite d'avoir à consacrer inutilement du temps et des ressources pour terminer leur propre examen et, le cas échéant, d'avoir à élaborer des mesures correctives;**

c) **si le ministre et le SIF concluent, sur la base de leurs critères respectifs, qu'il n'existe pas de motifs d'opposition au fusionnement, mais que de l'avis du directeur, l'opération est problématique sur le plan de la concurrence, le directeur fait connaître sa position au ministre en l'informant aussi des mesures qu'il entend prendre pour résoudre le problème. À ce stade, il serait bon, pour permettre l'économie de temps et d'argent, que le ministre confirme au directeur et aux parties fusionnantes qu'il n'exercera pas son pouvoir de réserve après que le directeur se sera engagé à poursuivre le processus correctif.**

124. Le Bureau cherche à résoudre avec les parties les problèmes de concurrence soulevés par un fusionnement, dans une perspective «préventive», où les parties doivent modifier l'opération de façon à supprimer les problèmes avant la réalisation du fusionnement. S'il est impossible de procéder de cette façon avant la réalisation, le Bureau applique la procédure d'ordonnance par consentement pour saisir le Tribunal de la concurrence de la solution sur laquelle il y a eu entente. Il existe une troisième possibilité lorsqu'il est impossible de s'entendre

sur une solution, à savoir la contestation du fusionnement devant le Tribunal de la concurrence.

Recommandation 6

Il serait préférable que le ministre s'abstienne d'exercer son pouvoir de s'opposer à l'acquisition d'une institution financière fédérale ou d'attester du caractère acceptable des activités d'institutions financières pouvant contrevenir à la Loi, à l'égard de questions touchant la concurrence. Le directeur, le Tribunal de la concurrence et les tribunaux judiciaires sont bien préparés pour évaluer et corriger les problèmes de concurrence susceptibles de se poser dans ce secteur.

VI - Les règlements et politiques applicables au secteur des services financiers

125. Dans son document de discussion, le Groupe de travail donne une bonne vue d'ensemble de la réglementation et des politiques régissant l'organisation du secteur canadien des institutions financières. Beaucoup des politiques applicables reposent sur des objectifs liés à la prudence et sur d'autres objectifs étrangers à la concurrence. Le directeur n'a ni l'intention ni le mandat de commenter la validité des ces objectifs; il doit plutôt évaluer leurs répercussions sur la concurrence et, lorsque cela est indiqué, signaler les réformes qui devraient être envisagées.

126. La stabilité du système financier est considérée comme l'objectif premier de la réglementation du marché financier. Toutefois, le maintien de la stabilité, on le sait, peut nuire à certains objectifs en matière de politique de concurrence. La conciliation de ces deux politiques importantes nécessite un examen minutieux. Cela dit, certaines modifications réglementaires pourraient accroître la souplesse et la compétitivité du secteur financier sans compromettre la stabilité et la solvabilité du système financier.

127. Compte tenu de l'importance de la concurrence pour l'efficience du secteur des services financiers, il convient d'apporter quelques précisions au sujet de la réforme du cadre réglementaire régissant ce secteur avant d'aborder les modifications proposées.

Recommandation 7

L'expérience que le Bureau a acquise en matière de promotion de la concurrence et d'application de la Loi dans les secteurs réglementés de l'économie canadienne lui a permis d'élaborer une série de principes à considérer dans l'élaboration de lois ou de règlements touchant des industries en transition.

i) **la réglementation directe ne devrait être envisagée que lorsque les forces du marché ne permettent pas, par elles-mêmes, la réalisation de l'objectif poursuivi par la politique;**

ii) **s'il est nécessaire de réglementer, il importe de choisir la forme de réglementation qui fausse le moins la concurrence et nuit le moins à l'efficience dans les marchés visés;**

iii) **des conditions précises devraient être établies au sujet des circonstances où il y aura abstention de réglementation;**

iv) **il faut, lorsqu'on modifie le cadre réglementaire régissant un secteur de l'économie, évaluer les effets que les modifications auront sur la concurrence dans les marchés touchés;**

v) **pendant la période de transition entre la réglementation et la concurrence, il est nécessaire de s'assurer qu'un ensemble de règles relevant du droit de la concurrence soit en place pour réprimer les atteintes à la concurrence;**

vi) **le but final de la déréglementation devrait être d'assurer aux consommateurs le choix en matière de fournisseurs et de produits.**

128. À la lumière de ces principes, quelques observations s'imposent au sujet de la

réglementation et des politiques actuellement applicables au secteur. De façon générale, on peut dire que les règles portant sur la structure d'un secteur influent nécessairement sur la concurrence et sur la capacité du secteur de répondre aux contraintes concurrentielles.

129. L'expérience acquise par le Bureau dans d'autres secteurs de l'économie lui a enseigné une leçon importante qui ne s'est jamais démentie : les marchés ne sont pas statiques. Un simple regard au secteur des communications suffit à démontrer ce fait. Depuis les dernières années, le secteur connaît des changements importants découlant de son exposition à la concurrence mondiale, des exigences accrues des consommateurs et de l'évolution technologique. Les règlements qui empêchent les entreprises de s'adapter à ces changements peuvent nuire considérablement à la santé du secteur. Il arrive souvent que des règlements conçus pour préserver la santé économique d'un secteur se révèlent être des obstacles à l'évolution requise pour faciliter sa croissance et son bien-être. Il est donc important, lorsqu'on examine les effets de règlements et de politiques ayant des effets sur l'état de la concurrence de prendre également en considération la façon dont ils influent sur la capacité du secteur de s'adapter aux changements.

A - Les restrictions quant à la propriété des banques

130. Le règlement prescrivant qu'un investisseur ou qu'un groupe d'investisseurs agissant de concert ne peut posséder plus de dix pour cent de toute catégorie d'actions d'une banque inscrite à l'annexe I ne concerne pas la concurrence dans le secteur des services financiers. Il procède plutôt d'un esprit de prudence face aux craintes soulevées par les «opérations d'initiés». Un règlement similaire s'applique aux sociétés d'assurance-vie démutualisées dont les actifs dépassent un certain montant[19]. Le but de cette politique sociale est d'empêcher toute entité contrôlant une banque de l'annexe I d'affecter des activités ou des éléments d'actif de la banque à la poursuite d'autres intérêts, de crainte que cela nuise à l'institution bancaire et mette en péril son bien-être économique. Il faut évaluer les effets de ce règlement sur la concurrence à la lumière de l'objet qu'il poursuit.

---

19 Comme le signale le *Document de discussion*, le droit existant n'indique pas clairement ce qu'est ce montant ou ce que signifie l'expression «largement réparties».

131. Dans une perspective de concurrence, les restrictions relatives à la propriété peuvent limiter la concurrence en vue du contrôle des institutions visées. Normalement, la solution des problèmes de gestion inefficace d'une institution passe par l'exercice des pouvoirs d'un actionnaire majoritaire ou par une mise au pas consécutive à l'acquisition du contrôle de l'institution par un tiers. Si ce marché du contrôle de l'entreprise est inexistant, on compte davantage sur la concurrence entre institutions pour exercer cette discipline.

132. En outre, les restrictions en matière de propriété peuvent limiter les options ouvertes aux banques de l'annexe I (et les sociétés d'assurance démutualisées) pour tirer parti des pressions concurrentielles exercées par l'économie mondiale. Le regroupement d'institutions par fusionnement afin de faire efficacement concurrence aux banques étrangères de grande taille dans les marchés mondiaux émergents a fait l'objet d'un vaste débat au sein du milieu bancaire. Sans considération du bien-fondé des arguments en présence, il est clair que les restrictions relatives à la propriété interdisent les fusionnements avec des banques étrangères ou avec d'autres personnes morales[20].

133. Dans l'hypothèse où deux institutions souhaitent opérer un fusionnement mais sont forcées de se départir d'éléments d'actif pour des raisons de concurrence, une question connexe se pose. Cela s'est produit aux États-Unis, et des ordonnances de dessaisissement enjoignant aux banques fusionnantes de se départir de succursales en les cédant à des tiers dans les marchés où le fusionnement avait des effets anticoncurrentiels a permis de régler la situation. Le dessaisissement est possible si des tiers sont disposés à acquérir les succursales. Au Canada, les restrictions relatives à la propriété peuvent limiter les possibilités de dessaisissement en réduisant le nombre d'acquéreurs potentiels présentant les qualités requises.

134. Relativement aux banques de l'annexe II appartenant à des intérêts canadiens, toute modification réduisant les restrictions en matière de propriété lorsque les actifs des institutions ont atteint 750 millions de dollars peut encourager l'entrée de nouveaux participants

---

20 Les fusionnements entre banques de l'annexe I se limitent aux fusionnements qui doivent être approuvés par le ministre des Finances, le SIF et les actionnaires des banques fusionnantes.

dans le secteur. Bien que la concentration de propriété puisse être alors un sujet de crainte, la concurrence s'en trouverait accrue.

Recommandation 8

Dans l'hypothèse où l'on envisage de modifier les restrictions relatives à la propriété des banques, il convient de prendre en considération l'effet de la modification sur la concurrence.

B - La règle selon laquelle «les grandes institutions ne s'achètent pas entre elles»

136. Le fusionnement et l'acquisition de grandes institutions financières font l'objet d'un moratoire qui, bien qu'il ne soit pas d'origine législative, est exprimé par la politique en vigueur voulant que «les grandes institutions ne s'achètent pas entre elles». Il n'existe pas de définition établie de l'adjectif «grandes». En outre, la politique ne semble pas fondée sur des motifs liés à la prudence; elle constituerait plutôt un moyen de limiter le niveau de concentration des institutions. Les explications relatives à cette politique se trouvent dans l'exposé de principes (un document public) qui accompagnait la publication des modifications apportées à la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, à l'automne 1990 :

> «En raison des préoccupations que suscitent les risques de concentration dans le secteur des services financiers, lorsqu'il devra agréer ou refuser l'acquisition d'une institution de dépôt (banque ou société de fiducie ou de prêt) par une autre, dans les cas permis par la législation, le ministre des Finances tiendra compte de la taille respective des deux institutions. De même, il tiendra compte de la taille des institutions en cause avant d'autoriser ou non l'acquisition d'une compagnie d'assurance par une autre. En considérant la taille d'une institution, on tiendra alors compte de ses activités à l'échelle mondiale.
>
> Lorsqu'une institution financière envisagera d'en acquérir une autre qui se livre à

des activités différentes, les transactions mettant en cause des grandes sociétés ne seront pas automatiquement exclues.

Comme à l'heure actuelle, la *Loi sur la concurrence* s'appliquera aussi à toutes les prises de contrôle et fusions d'institutions financières fédérales.»

137. La concentration pouvant résulter de fusionnements peut susciter des craintes pour la concurrence parce que l'entité fusionnée pourrait exercer une puissance commerciale, unilatéralement, ou avec d'autres concurrents par le truchement de comportements interdépendants, dans des marchés qui sont effectivement fermés à la concurrence à cause de l'existence d'entraves à l'accès. L'article 92 de la Loi confère au directeur le mandat d'examiner les fusionnements au cas par cas, ce qui lui donne la souplesse nécessaire pour évaluer le bien-fondé de toute opération. Le paragraphe 92(2) prévoit expressément, en outre, que le Tribunal de la concurrence ne peut conclure qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part du marché. Cette disposition vise à ce que l'évaluation de l'effet d'une transaction sur la concurrence se fasse en fonction de plusieurs facteurs différents. L'article 93 énumère plusieurs des facteurs qui devraient être pris en considération.

138. En l'absence de la règle voulant que les «grandes institutions ne s'achètent pas entre elles», l'examen des fusionnements d'institutions financières canadiennes se ferait en vertu du droit de la concurrence et du pouvoir discrétionnaire final de certification exercé par le ministre des Finances.

Recommandation 9

L'application des dispositions relatives aux fusionnements de la *Loi sur la concurrence* aux opérations survenant dans le secteur des services financiers préviendra l'exercice d'une puissance commerciale indue et permettra d'atteindre le même objectif de politique de concurrence que la règle voulant que «les grandes institutions financières ne s'achètent pas

entre elles». Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de fusionnements pourraient très bien remplacer cette règle.

C - Commentaires sur le bien-fondé des fusionnements de banques canadiennes

139. En abordant la question de la modification de la réglementation actuelle susmentionnée, le Bureau ne recommande ni n'encourage le fusionnement de banques canadiennes, il favorise plutôt l'adoption d'un régime réglementaire compatible avec les régimes applicables dans d'autres secteurs de l'économie. Si un fusionnement devait soulever des problèmes de concurrence, les dispositions de la Loi sont conçues de façon à les résoudre.

140. Il convient de signaler que si le fusionnement horizontal, tel le fusionnement de banques de l'annexe I dont il est question ici, peut accroître la capacité des institutions de livrer concurrence sur les marchés mondiaux, il risque de la réduire dans les marchés de nature locale ou régionale. Il faut se demander, en vertu de la Loi, si la diminution ou l'empêchement est sensible. En vertu de la Loi, il faut, pour pondérer les gains en efficience d'une part et la diminution ou l'empêchement sensible de la concurrence d'autre part examiner avec soin le fusionnement pour déterminer si les gains en efficience dont on se réclame sont réels et s'ils ne peuvent être réalisés que par le fusionnement. Les gains en efficience qui pourraient vraisemblablement être obtenus par des moyens portant moins atteinte à la concurrence sont ordinairement exclus de cette analyse. Dans un tel contexte, les gains en efficience pouvant être réalisés unilatéralement par une partie, les coentreprises ou le fusionnement d'une partie avec une entreprise étrangère pourraient constituer des solutions de rechange moins anticoncurrentielles.

Recommandation 10

Il importe de soumettre à un examen fondé sur l'intérêt public les allégations selon lesquelles seuls les fusionnements d'institutions canadiennes permettent de faire face à la concurrence mondiale. Par définition, le fusionnement de banques en concurrence réduit la concurrence.

141. Non seulement la concurrence mondiale améliore-t-elle l'accès à ce qui était considéré comme des marchés étrangers, mais elle suppose une présence accrue des concurrents étrangers dans les marchés traditionnellement nationaux.

Recommandation 11

Dans la mesure où les stratégies visant à accroître l'accès aux marchés étrangers comprennent le fusionnement d'institutions canadiennes, les organismes de réglementation devraient rechercher des moyens d'encourager la concurrence étrangère dans les marchés nationaux.

D - L'entrée de banques étrangères

142. Les conditions qui ont été imposées aux banques étrangères, lorsque celles-ci ont été autorisées à s'implanter au Canada, les ont cantonnées dans un rôle secondaire sur le marché. La *Loi sur les banques* prévoit trois restrictions : le plafonnement des actifs, les limitations quant aux succursales et l'exigence relative à l'affiliation. Les accords commerciaux internationaux ont supprimé le plafonnement des actifs des banques étrangères et ont fait disparaître la restriction quant au nombre de succursales des banques américaines et mexicaines. L'exigence relative à l'affiliation continue toutefois de s'appliquer à toutes les banques étrangères, et les banques de l'extérieur de l'Amérique du Nord continuent d'être assujetties à la restriction visant le nombre de succursales. Le Bureau appuie les travaux des fonctionnaires du ministère des Finances dans la recherche de modifications législatives permettant l'implantation de succursales de banques étrangères au Canada. Bien qu'on reconnaisse que l'abolition de la restriction relative à l'affiliation nécessitera la prise de nouveaux règlements pour assurer le fonctionnement prudent des banques étrangères au Canada, ceux-ci pourraient stimuler d'autres entrées s'ils permettent un mode d'exploitation moins coûteux.

Recommandation 12

Dans une perspective de concurrence, les banques étrangères devraient pouvoir établir des succursales au Canada, sous réserve de considérations liées à la prudence.

E - Les pouvoirs commerciaux

143. Rien ne justifie, sur le plan de la concurrence, les restrictions réglementaires actuelles applicables à la fourniture, par les banques, de services de crédit-bail automobile et de produits d'assurance par l'entremise de leurs succursales. Il conviendrait également de laisser aux institutions financières non bancaires plus de latitude dans le choix des produits et services financiers qu'elles peuvent offrir aux consommateurs, sous réserve de considérations relevant de la prudence ou d'autres considérations d'intérêt public. Comme dans toute industrie, plus il y a d'entreprises qui fournissent ou sont en mesure de fournir un produit, meilleur est le choix, pour les consommateurs, en matière de prix et de qualité.

144. Il est également possible de penser que l'entrée des banques dans la vente d'assurance et le crédit-bail automobile produira certains gains en efficience. Des économistes, dont Horstmann, Mathewson et Quigley, ont signalé, notamment, que les banques, du fait des services qu'elles prodiguent déjà à leurs client, jouissent d'un avantage en matière de coût sur les fournisseurs d'assurance dans certains segments du marché de l'assurance[21]. Par exemple, lorsqu'un client désireux d'acquérir un bien réel fait une demande de prêt hypothécaire à sa banque, celle-ci constate, sans coût pour elle, que ce client est un acheteur potentiel d'assurance hypothécaire. Les sociétés d'assurance traditionnelles, par contre, doivent assumer des coûts de recherche, par exemple au moyen d'appels téléphoniques «à froid», pour identifier de tels clients. En ce sens, les banques sont des fournisseurs à coût peu élevé dans le marché de l'assurance hypothécaire. La vente de produits d'épargne-retraite et d'assurance-vie temporaire de premier ordre sont d'autres exemples. Les auteurs soutiennent que, dans un marché concurrentiel, ces

---

21 I. Horstmann, G.F. Mathewson et N.C. Quigley, *The Evolution of Markets and Organisation in Banking and Insurance*, septembre 1995.

économies seraient transmises aux consommateurs sous la forme de prix moins élevés. L'entrée des banques sur le marché de l'assurance devrait donc profiter aux consommateurs.

145. Horstmann *et al.* présentent, à l'appui de leur thèse, des éléments de preuve empiriques montrant qu'en raison de ces gains en efficience, l'entrée des banques sur le marché de l'assurance, dans d'autres pays, s'est révélée avantageuse pour les consommateurs. Par exemple, les taux de commission applicables en Australie sur les produits groupés ont chuté de cinquante pour cent au cours de la dernière décennie et, en outre, les banques ont été les instigatrices de l'introduction de nouveautés comme les produits à paiement unique sans frais d'acquisition. De la même façon, on a pu constater au Royaume-Uni et en Europe que les banques ont offert de nombreux produits courants à moindre coût.

146. On a formulé la crainte que les institutions de dépôt tirent de leurs activités dans d'autres marchés un avantage concurrentiel important en matière de crédit-bail et d'assurance. Des critiques ont prétendu que l'entrée des banques sur le marché de l'assurance condamnerait les agents d'assurance au chômage. Les sociétés d'assurance affirment, quant à elles, que les banques ne pourront fournir aux consommateurs le niveau de service que ceux-ci obtiendraient d'un agent. Ces affirmations semblent quelque peu contradictoires. C'est le consommateur qui devrait avoir le choix final. Le marché déterminera qui répondra le mieux aux demandes des consommateurs, non les organismes de réglementation.

147. D'autres arguments laissent entendre que les banques vont s'assurer une part dominante du marché en acquérant de grosses sociétés d'assurance et vont utiliser cette position pour fournir des services à des prix d'éviction jusqu'à ce que les sociétés d'assurance concurrentes soient éliminées du marché. Pour que les banques puissent mener à bien une telle opération d'éviction, il faudrait qu'elles agissent de concert, et elles commettraient ainsi une infraction criminelle les rendant passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à dix millions de dollars. La coordination est indispensable à une telle opération d'éviction parce que celle-ci requiert la capacité de contrôler l'offre du produit réduit. Il faudrait également qu'existent d'importantes et efficaces entraves à l'accès assurant la récupération des pertes occasionnées par la manoeuvre

d'éviction. Abstraction faite du caractère illicite d'une opération d'éviction, il serait irrationnel pour une entreprise d'adopter un tel comportement sans une garantie qu'il est de prime abord impossible à de nouveaux arrivants d'entrer sur le marché.

Recommandation 13

Bien que d'autres arguments relevant de l'intérêt public puissent être avancés, du strict point de vue de la concurrence, les banques devraient être autorisées à offrir du crédit-bail et des produits d'assurance à leurs clients par l'intermédiaire de leur réseau de succursales.

Recommandation 14

Bien que d'autres arguments relevant de l'intérêt public puissent être avancés, du strict point de vue de la concurrence, il conviendrait de laisser à toutes les institutions financières le plus de latitude possible dans le choix des produits et services financiers qu'elles peuvent offrir aux consommateurs.

F - L'examen du système de paiements

148. Comme il en a été fait mention dans le *Document de discussion*, le bon fonctionnement du système de paiements est essentiel pour maintenir la santé du système financier canadien. Dans un sens, ce système est le centre nerveux du secteur financier canadien; c'est également un élément fondamental de toute l'économie de marché. L'élaboration du cadre réglementaire le plus approprié pour régir ce système et en assurer le fonctionnement efficace revêt donc une extrême importance.

149. L'examen auquel se livre actuellement le ministère des Finances, avec l'aide du Comité consultatif sur le système de paiements sera, à n'en pas douter, d'une grande utilité pour le Groupe de travail. Le Bureau suit les travaux du Comité consultatif et fera part au ministère des Finances de sa position au sujet des conclusions qui en découleront, en en faisant parvenir une

copie au Groupe de travail. Voici toutefois quelques commentaires préliminaires.

150. La *Loi sur l'Association canadienne des paiements* donne actuellement aux institutions de dépôt le pouvoir exclusif de fournir des services de compensation et de règlement, avec l'appui de la Banque du Canada comme prêteur de dernier recours. Cette loi confère également à l'Association canadienne des paiements (l'«ACP») le pouvoir de planifier le développement du système.

151. De l'avis du Bureau, les décideurs ont à relever le défi d'importance consistant à assurer l'évolution efficiente du système en fonction du marché pour qu'il soit en mesure de mieux gérer les risques et, lorsque cela est nécessaire, d'avoir recours à de nouvelles technologies. Il conviendrait également d'envisager la possibilité de permettre aux institutions financières ne recevant pas de dépôt d'avoir accès au système.

152. Les membres de l'ACP disposent, à l'égard de leurs propres activités, de pouvoirs substantiels de réglementation et de protection de l'intérêt public, ce qui crée un risque de conflit d'intérêts. La structure actuelle de l'association soulève un problème précis, à savoir que ses membres peuvent avoir intérêt à interdire l'accès au système plutôt qu'à l'ouvrir[22].

153. On considère de plus en plus que l'accès direct au système de paiements est un outil stratégique nécessaire pour de nombreuses institutions et constitue un avantage concurrentiel dans la mise en marché d'un vaste éventail de services. L'affaire *Interac*, réglée par une ordonnance sur consentement du Tribunal de la concurrence, a démontré au Bureau l'importance que revêt l'accès au système de paiements comme facteur stratégique de la concurrence dans tout le secteur financier[23].

---

22 Neil C. Quigley, *Public Policy and the Canadian Payments System: Risk, Regulation and Competition*, document présenté à la Conference on Issues in the Reform of the Canadian Financial Services Industry, 5 janvier 1996.

23 Voir les motifs de l'ordonnance par consentement rendue le 20 juin 1996 par le Tribunal de la concurrence (CT-95/02).

154. À l'heure actuelle, seules les institutions de dépôt peuvent être membres de l'ACP, aux termes de la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*. Comme l'a démontré le débat entourant le système de paiements, on redoute de plus en plus que l'accessibilité limitée au système ne désavantage d'autres institutions comme les sociétés d'assurance, les fonds mutuels et les courtiers en valeurs mobilières dans la commercialisation d'une gamme croissante de services.

155. Il faut tout mettre en oeuvre pour résoudre tout problème pouvant découler de l'admission d'institutions particulières à l'ACP par des règlements directs adaptés aux circonstances, plutôt qu'en prévoyant des facteurs réglementaires d'inadmissibilité fondés sur la nature des entreprises.

Recommandation 15

Afin de favoriser la concurrence et de placer les membres adhérents et les autres institutions financières sur un pied d'égalité, toute institution qui peut démontrer (i) qu'il lui est nécessaire d'utiliser le système, (ii) qu'elle est techniquement en mesure de participer aux opérations de compensation et (iii) qu'elle peut satisfaire aux exigences nécessaires relatives aux capitaux et aux risques devrait avoir accès au système de paiements.

Recommandation 16

Toute modification à la *Loi sur l'Association canadienne des paiements* de 1980 devrait garantir le caractère final des paiements des autres systèmes interbancaires de compensation susceptibles de voir le jour. Cela favoriserait la concurrence entre des systèmes de compensation.

156. L'examen du système de paiements pourra notamment porter sur la question d'accessibilité liée à l'utilisation des comptes balayeurs et des comptes de passage. La possibilité d'avoir recours à de tels comptes a joué un rôle clé dans la négociation de l'ordonnance par consentement rendue dans l'affaire *Interac*. Les restrictions visant l'utilisation de tels comptes

risquent donc de porter atteinte à certaines des mesures correctives prévues dans l'ordonnance pour maintenir la concurrence.

157. En dehors du contexte relatif à l'affaire *Interac*, les comptes de passage et les comptes balayeurs peuvent, si l'on prend des mesures de sécurité proportionnelles aux risques courus, autoriser un plus vaste éventail de vendeurs de produits financiers à accéder au système bancaire électronique, ce qui permettra d'accroître l'efficience économique en élargissant les possibilités de fournisseurs de services financiers spécialisés de tirer profit de progrès technologiques sans avoir à faire face à de substantiels coûts d'immobilisation.

Recommandation 17

Les comptes de passage et les comptes balayeurs ne devraient pas être assujettis à de nouvelles restrictions. Ces comptes accroissent l'efficience économique en élargissant les possibilités des fournisseurs de services financiers spécialisés de tirer profit de progrès technologiques sans avoir à faire face à de substantiels coûts d'immobilisation. S'il est nécessaire de prévoir de nouvelles restrictions, celles-ci devraient être élaborées de façon à ne pas nuire aux efforts actuellement déployés pour améliorer le système canadien de paiements et ainsi qu'aux buts poursuivis par l'ordonnance par consentement rendue par le Tribunal de la concurrence et cela, pour une période indéterminée.

158. L'évolution du système de paiements soulève des questions techniques qui ne relèvent pas de l'expertise du Bureau. Toutefois, il est de notoriété générale que des progrès technologiques récents laissent entrevoir la possibilité d'améliorer considérablement la structure et le fonctionnement des systèmes de paiements et leur capacité de gérer les risques. Notamment, la possibilité de recourir à des systèmes de règlement sur base brute et des mécanismes de compensation en temps réel[24]. Il est possible de prétendre que de tels mécanismes réduiraient

---

25 Voir D. Folkerts-Landau, «Systemic Financial Risk in Payments Systems», dans Fonds monétaire international, *Determinants and System Consequences of International Capital Flows*, Washington (DC), mars 1991.

sensiblement voire élimineraient le «risque systémique» inhérent au système actuel[25].

159. Pour que les innovations en matière de technologies de paiements soient mises en oeuvre rapidement et efficacement, il faudra s'assurer que l'évolution du système suive les forces du marché[26]. C'est en mettant fin au monopole que détient l'ACP sur la fourniture de services de règlement et en éliminant les restrictions actuelles visant la participation au système qu'on y parviendra le mieux. L'innovation, en cette matière, devrait obéir aux forces du marché en jeu dans la fourniture de services de compensation et de règlement plutôt que de relever de l'autorité d'organismes comme l'ACP.

VII - Conclusion

160. On ne dira jamais assez toute l'importance que revêtent les travaux du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. Son apport à la santé générale et à la croissance continue de ce secteur sera énorme.

161. Plus le cadre réglementaire régissant ce secteur continuera à s'éloigner de la réglementation directe pour s'en remettre davantage au marché, plus le rôle de promotion de la concurrence du Bureau s'élargira. Il est donc impératif que le Bureau adopte une approche équilibrée et que les ressources dont dispose le directeur ainsi que les dispositions législatives applicables permettent à ce dernier de régler les problèmes de concurrence susceptibles de surgir dans ce secteur.

162. L'expérience a démontré au Bureau que le processus de déréglementation passe par une période de transition importante. Les marchés évoluent à leur rythme et peuvent ne pas

---

26 Le risque systémique se produit lorsque [TRADUCTION] «le non-règlement par un participant prive d'autres institutions de fonds qu'elles avaient prévu recevoir et les contraint elles-mêmes à ne pas régler. Ainsi, même si un participant n'est pas en rapport direct avec une institution défaillante, il peut néanmoins souffrir du défaut [...]» (Folkerts-Landau, *supra* note 24.

27 E. Gerald Corrigan, «Perspectives on Payment System Risk Reduction», dans David B. Humphrey, dir., *The U.S. Payment System: Efficiency, Risk and the Role of the Federal Reserve*, 1990.

être immédiatement prêts pour la libre concurrence. Il faut habituellement prévoir une période transitoire raisonnable et équitable, qui permet de maximiser les avantages de la concurrence tout en assurant la viabilité de l'industrie. Plus l'industrie s'ouvre aux forces du marché, plus le volume de réglementation applicable devrait diminuer. Le directeur et les organismes de réglementation ont l'importante et difficile tâche de voir au maintien de cet équilibre en constante modification. Il a été démontré, toutefois, que l'existence d'objectifs opposés (p. ex. des considérations liées à la prudence) fait qu'il n'est pas toujours réaliste de viser l'application intégrale du principe de la concurrence.

163. Il incombe au directeur et aux organismes réglementaires de s'assurer que leur mandat et la législation qu'ils appliquent sont pertinents et efficaces.

164. Finalement, comme nous vivons à l'ère de la mondialisation et de la libéralisation du commerce, nous devons continuer à nous efforcer non seulement de promouvoir l'internationalisation de l'application des mesures antitrust mais également d'élargir la coopération internationale entre organismes de réglementation compétents en matière de services financiers.

Directeur des enquêtes et recherches
Bureau de la concurrence
Novembre 1997

Annexe I

Les ventes liées : note explicative pour le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers

Définition

1. Se livre à la vente liée l'entreprise qui assujettit l'achat d'un ou de plusieurs biens ou services à l'achat d'autres biens ou services. Cet assujettissement s'accomplit soit par l'imposition d'une condition d'achat claire soit par certaines formes d'incitation comme la vente groupée de produits liés à un prix inférieur à la somme des prix de chaque produit acheté séparément. Les deux principaux types de ventes liées sont le groupage et la vente conditionnelle. Il y a groupage lorsqu'un produit n'est vendu que si l'acheteur se procure également une quantité déterminée d'un autre produit du fournisseur (par exemple, une personne voulant faire l'acquisition du produit B devra également acheter du fournisseur deux exemplaires du produit A). La vente conditionnelle, quant à elle, oblige le consommateur souhaitant acheter un produit B à ne s'approvisionner en produits A qu'auprès du fournisseur du produit B.

Les ventes liées concurrentielles et anticoncurrentielles

2. La vente liée n'est pas en soi anticoncurrentielle, mais elle peut l'être si elle a un effet d'exclusion sur les fournisseurs des produits liés. L'effet d'exclusion réduit le choix des fournisseurs, et si le phénomène est tel que les consommateurs en subissent un préjudice en raison de la majoration des prix ou de la diminution de la variété, il est justifié de prendre des mesures antitrust. Toutefois, les ventes liées peuvent également être concurrentielles; elles peuvent notamment permettre aux fournisseurs de réaliser des économies de diversification dans la production, la vente et la distribution, ou de réduire leurs coûts d'activités. Le fait que beaucoup de produits offerts dans des marchés concurrentiels sont souvent liés indique qu'il existe de puissants facteurs de concurrence justifiant ce comportement. Le Bureau de la concurrence (le Bureau) ne recommanderait donc pas une interdiction universelle de la vente liée; l'interdiction ne devrait être formulée que lorsqu'il est clair que l'opération ne vise qu'à exclure la

concurrence.

3. Certaines formes de crédit, d'hypothèques ou de prêts fournissent, dans le secteur des services financiers, des exemples de ventes liées pouvant se révéler proconcurrentielles. À une étape ou une autre de la fourniture de ces produits, une institution financière doit engager des dépenses pour évaluer la solvabilité du client. Il n'est pas nécessaire qu'elle le fasse à nouveau pour fournir une autre forme de crédit au même client. En groupant de tels produits, l'institution fournit les services au client à un coût moindre que si les produits étaient achetés séparément.

4. Puisque ce comportement peut avoir une motivation pro ou anticoncurrentielle, il importe d'appliquer un cadre d'analyse approprié à cette évaluation. La règle de la raison appliquée en vertu des articles 77 (ventes liées) et 79 (abus de position dominante) de la *Loi sur la concurrence* sert cet objectif. Elle permet au Bureau d'évaluer, pour chaque cas, l'effet de la vente liée sur la concurrence dans les marchés touchés. La Loi offre ainsi une protection contre les ventes liées anticoncurrentielles tout en permettant les ventes liées proconcurrentielles ou neutres.

L'article 77 de la Loi : les ventes liées

5. L'article 77 de la Loi prévoit expressément l'examen de trois types de restrictions verticales : les ventes liées, l'exclusivité et la limitation du marché. Pour chacune de ces restrictions, il faut, pour que le Tribunal de la concurrence rende une ordonnance dans une affaire donnée, établir l'existence de deux éléments généraux. Il faut d'abord démontrer que la pratique correspond à la définition de la restriction énoncée dans la Loi. Il faut ensuite prouver qu'elle aura l'effet anticoncurrentiel interdit par la Loi (l'évaluation de la concurrence).

6. Aux termes de la Loi, il y a vente liée lorsque le fournisseur exige d'un client, comme condition de l'obtention d'un produit, qu'il achète un autre produit ou qu'il s'abstienne d'utiliser ou de distribuer un autre produit ou lorsque le fournisseur incite un client à se plier à ces conditions en offrant de lui fournir un produit selon des modalités plus favorables.

7. Pour que la vente liée soit considérée comme anticoncurrentielle, il faut établir que la concurrence a été ou sera vraisemblablement réduite sensiblement. On fait cette preuve en démontrant que la vente liée est le fait d'un fournisseur important ou qu'elle est très répandue sur un marché et qu'elle aura vraisemblablement pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une entreprise ou à l'expansion des ventes sur un marché ou qu'elle entraînera vraisemblablement quelque autre effet tendant à exclure. Si le Tribunal conclut à l'existence de ces éléments, il peut rendre une ordonnance corrective ou une ordonnance d'interdiction.

8. Le paragraphe 77(4) énonce certaines exceptions faisant en sorte que le Tribunal ne doit pas rendre d'ordonnance. Relativement au secteur des services financiers, il prévoit une exception en matière de vente liée pour les personnes exploitant une entreprise de prêt d'argent, quand la pratique a pour objet de mieux garantir le remboursement de prêts et est raisonnablement nécessaire à cette fin. D'autres exceptions s'appliquent lorsque la vente liée se pratique par suite de la connexité technologique entre les produits ou lorsque l'exclusivité ou la limitation du marché n'ont lieu que pendant une période raisonnable, pour faciliter l'entrée sur un marché d'un nouveau fournisseur ou d'un nouveau produit. Dans le secteur des services financiers, la technologie évolutive de la «carte intelligente» est un exemple de connexité technologique raisonnable. Il est sensé, en effet, que la carte donne accès à une multitude de services qui sont utiles aux usagers et contribuent au remboursement des coûts de la technologie employée pour fournir la carte. En outre, les sociétés affiliées sont visées par une exception visant les trois pratiques.

L'article 79 de la Loi : l'abus de position dominante

9. Les dispositions de la Loi relatives à l'abus de position dominante (les articles 78 et 79) prévoient que le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance lorsqu'il conclut qu'une ou plusieurs entités contrôlant sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. En vertu de ces dispositions, on présenterait les ventes liées comme des agissements

anticoncurrentiels qui empêchent la concurrence dans les marchés touchés . Le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant aux personnes visées de poursuivre la pratique ou leur enjoignant de prendre toute mesure raisonnable et nécessaire pour enrayer les effets de la pratique. Le Tribunal, pour s'assurer que ne sont pas interdits des comportements concurrentiels dynamiques, examine si la pratique résulte d'un rendement concurrentiel supérieur, tel le type de vente liée favorable à la concurrence dont il a été question plus haut.

10. L'objet essentiel de ces dispositions de la Loi, même si elles prévoient qu'il doit y avoir une forme de comportement exclusif pour qu'on puisse conclure à une diminution de la concurrence, est de préserver les conditions nécessaires à la concurrence plutôt que de simplement protéger des concurrents. De façon générale, la protection de concurrents n'a de raison d'être que dans la mesure où leur rôle sur le marché permet de conserver les prix à des niveaux concurrentiels. Les dispositions de la Loi relatives aux ventes liées visent donc à protéger les consommateurs contre des pratiques qui auraient pour effet de faire grimper les prix et de réduire le choix. Toutefois, la disparition d'un concurrent n'engendre pas toujours une réduction de la concurrence au préjudice des consommateurs. Les ventes liées, par exemple, peuvent réduire la concurrence entre fournisseurs d'éléments de produits liés, toutefois lorsque le groupage de produits réduit les coûts et que subsiste, entre les fournisseurs des produits groupés, une concurrence suffisante pour faire en sorte que les consommateurs puissent profiter des économies ainsi réalisées, interdire la pratique imposerait des coûts aux consommateur sous la forme de prix plus élevés. Dans de telles circonstances, le Bureau ne demanderait pas d'ordonnance d'interdiction au Tribunal de la concurrence.

La protection des consommateurs

11. Le Bureau reconnaît que les ventes liées peuvent soulever d'autres problèmes pour la protection des consommateurs. Par exemple, si des consommateurs mal informés ont l'impression qu'il n'existe pas d'autres produits vers lesquels se tourner, dans un cas donné de vente liée, cela peut effectivement réduire les options qu'ils considèrent ouvertes, permettant ainsi au fournisseur d'exploiter cette ignorance en majorant ses prix. En matière de services financiers,

l'éducation des consommateurs au sujet de la nature et de la diversité des produits financiers peut faire beaucoup pour réduire ce type de décision non éclairée de leur part.

12. Si cette perception erronée des consommateurs est le fruit de pratiques commerciales trompeuses, la Loi permet de réprimer ces agissements. Les articles 52 à 60 de la Loi, relatives à la publicité trompeuse et aux pratiques commerciales déloyales, visent à empêcher qu'un concurrent n'obtienne ou ne conserve une part de marché par la tromperie. Il est interdit de donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important. Une indication propre à inciter un consommateur à acquérir le produit ou service annoncé est réputée concerner un point important. Pour déterminer si une annonce est trompeuse, les tribunaux prennent en considération «l'impression générale» qu'elle suscite, ainsi que son sens littéral.

13. Les annonceurs sont souvent surpris d'apprendre qu'ils ne peuvent invoquer en défense le fait qu'ils n'avaient pas l'intention de tromper leurs clients. La Couronne n'a qu'à prouver l'effet trompeur de l'annonce. Au nombre des infractions souvent commises, on trouve :

- les déclarations non fondées quant au rendement ou à la durabilité,
- les garanties trompeuses,
- les déclarations trompeuses quant au prix de vente habituel.

14. La *Loi sur la concurrence* s'applique à toutes les déclarations faites au public pour promouvoir la vente de produits, quelle qu'en soit la forme. Les dispositions de la Loi relatives à la publicité trompeuse et aux pratiques commerciales déloyales peuvent donc s'appliquer à toute déclaration trompeuse en matière de services financiers . Cela revêt une importance particulière aujourd'hui du fait de la multiplicité des modalités d'accès aux services. Le commerce électronique et Internet ont accru les possibilités pour les consommateurs de se renseigner au sujet de produits et de services financiers. Toutefois, ils ont aussi accru les possibilités d'induire les consommateurs en erreur.

15. La publicité trompeuse peut entraîner des conséquences économiques graves, en

particulier lorsqu'elle a une grande portée ou lorsqu'elle dure longtemps. Elle peut nuire à la fois aux concurrents qui font une publicité honnête et aux consommateurs.

16. Les peines prévues par la Loi comprennent des amendes, dont le montant est laissé à l'appréciation des tribunaux, et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. Autant les personnes morales que physiques peuvent être poursuivies. Jusqu'à présent, l'amende la plus élevée imposée à une personne morale a été d'un million de dollars, et à une personne physique, de cinq cent mille dollars.

Conclusion

17. La Loi donne au Bureau des outils pour réprimer les ventes liées anticoncurrentielles tout en permettant à celles qui favorisent la concurrence ou qui ne lui nuisent pas de continuer. Étant donné qu'il peut y avoir des formes de ventes liées concurrentielles, le Bureau recommande fortement au Groupe de travail d'examiner s'il existe d'autres correctifs que l'interdiction complète pour les autres problèmes de consommation liés aux ventes liées mais n'intéressant pas la concurrence.

Version provisoire
Pour fins de consultation

Annexe II

Lignes directrices pour l'application de la Loi : Fusionnements de banques

VUE D'ENSEMBLE

1. La présente annexe explique le cadre d'analyse adopté par le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») pour examiner, en vertu de la *Loi sur la concurrence* (la « *Loi* »), le fusionnement de deux ou plusieurs banques figurant à l'annexe I de la Loi sur les banques. La façon générale dont le Bureau procède pour examiner un fusionnement est décrite dans le document *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi* (les « Lignes directrices »)[1]. Il s'agit de la première fois que le Bureau publie un document décrivant la manière dont les Lignes directrices générales seraient appliquées à l'examen d'un fusionnement dans un secteur particulier. Bien que la *Loi* soit d'application générale et que les Lignes directrices soient conçues de manière à être applicables à l'ensemble des secteurs d'activité, le Bureau estime que ce précédent est justifié pour plusieurs raisons. Dans le débat actuel entourant la politique à adopter

---

1 Ces Lignes directrices ont été rendues publiques par le directeur des enquêtes et recherches en 1991.

à l'endroit du fusionnement de banques, une question se pose : comment le Bureau appliquerait-il les Lignes directrices à un fusionnement touchant un large éventail de produits et services fournis par de nombreux intervenants sur un grand nombre de marchés géographiques? Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une situation entièrement nouvelle pour le Bureau, un fusionnement dans le secteur bancaire porterait vraisemblablement sur un plus grand nombre de produits et de marchés géographiques que le Bureau n'ait jamais examinés. De plus, l'importance de ce secteur dans l'économie et pour le public a incité le Bureau à expliquer plus clairement, à ceux qui participent à l'actuel débat sur la politique à adopter, comment il procéderait vraisemblablement pour examiner le fusionnement de deux ou plusieurs grandes banques. La publication de ce document est aussi conforme à la volonté du Bureau de faire en sorte que l'application de la *Loi* soit ouverte, transparente et prévisible.

2. La manière dont le Bureau se propose de procéder pour examiner les fusionnements dans le secteur bancaire est parfaitement compatible avec celle décrite dans les Lignes directrices. Dans cette annexe, le Bureau se propose de fournir un mode d'application des Lignes directrices qui est plus pratique et mieux adapté au secteur que celui des Lignes directrices générales. Il importe aussi de noter que la façon de procéder décrite dans ce document repose sur le fait que le Bureau n'a pas effectué d'examen d'un fusionnement de grandes banques et, partant, que les vues présentées ici sont provisoires et exposées à être revues et précisées.

3. Dans l'ensemble, le processus d'examen des fusionnements a pour principal objectif de préserver et de favoriser la concurrence dans l'économie canadienne, afin de fournir aux consommateurs un large éventail de produits de grande qualité à des prix concurrentiels. En particulier, l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* stipule que le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance prévoyant des mesures correctives lorsqu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet. Cependant, l'article 96 de la *Loi*

prévoit une exception en cas de gains en efficience; de façon générale, le Tribunal de la concurrence peut ne pas rendre d'ordonnance en vertu de l'article 92 lorsqu'il conclut que les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement peuvent être neutralisés et surpassés par l'économie de ressources devant vraisemblablement résulter d'un fusionnement donné.

4. Un fusionnement a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence lorsqu'il entraîne la création, l'accroissement ou le maintien d'une puissance commerciale. La puissance commerciale désigne la capacité de maintenir, avec profit et durant une longue période, les prix, la qualité ou la variété des produits à des niveaux qui sont moins avantageux pour les consommateurs que ceux que procureraient un marché concurrentiel. Un fusionnement peut empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence de deux façons. Premièrement, parce qu'il réduit le nombre de concurrents sur un marché, un fusionnement peut faciliter une conduite interdépendante entre les entreprises, même celles qui ne sont pas parties au fusionnement. Conduite interdépendante désigne le fait pour des entreprises de s'entendre, implicitement ou explicitement, pour exercer une puissance commerciale ou pour limiter la concurrence par les prix, par la qualité, par la variété ou en fonction de tout autre dimension[2]. Pour déterminer si un fusionnement peut vraisemblablement accroître la possibilité d'agissements interdépendants, le Bureau doit établir si le marché présente des conditions propices à la conclusion, au maintien et à l'application d'ententes de cette nature.

5. Un fusionnement peut aussi empêcher ou diminuer sensiblement la

---

2

Un tel comportement diffère de la coopération qui entraîne des gains en efficience dans la manière dont les entreprises fournissent leurs produits. Dans le secteur bancaire, il existe plusieurs formes de coopération, par exemple le réseau Interac, et le Bureau reconnaît les avantages que la coopération peut procurer aux consommateurs.

concurrence s'il accroît la puissance commerciale des entreprises qui fusionnent, même en l'absence d'une collaboration avec d'autres entreprises sur le marché. Il s'agit alors de ce qui est qualifié d'exercice unilatéral de la puissance commerciale. Un fusionnement mène à l'exercice unilatéral d'une puissance commerciale lorsqu'il permet aux entreprises qui fusionnent d'exercer un contrôle commun sur les prix et l'offre de leurs produits, de manière telle qu'il devient plus profitable de hausser les prix et de restreindre l'offre (ou de limiter la concurrence d'une autre manière). Pour déterminer si un fusionnement peut favoriser l'exercice unilatéral d'une puissance commerciale, le Bureau examinera divers facteurs, les plus importants étant le degré de concurrence opposant les parties avant le fusionnement, les choix qui restent pour les consommateurs et la probabilité que la perte de concurrence soit compensée par une variation de l'offre des fournisseurs existants ou par l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché.

6. La première étape de l'examen d'un fusionnement par le Bureau consiste à définir le marché pertinent, c'est-à-dire à établir dans quelle mesure les parties qui fusionnent fournissent des produits pouvant être substitués les uns aux autres, et à identifier tous les fournisseurs livrant concurrence aux entreprises qui fusionnent. À cette étape, il s'agit de définir le marché en fonction de deux dimensions, à savoir le produit et l'étendue géographique. Les banques offrent un grand nombre de produits depuis de nombreux emplacements, si bien qu'il faudra vraisemblablement définir de nombreux marchés pertinents dans l'examen d'un fusionnement de banques. En ce qui a trait à la dimension du produit, chaque marché pertinent englobe tous les produits que les consommateurs peuvent choisir d'utiliser suite à une hausse non transitoire, petite mais significative, des prix des produits offerts par les parties qui fusionnent et/ou à

une baisse de la qualité ou de la variété des produits de ces entreprises[3].

7. L'étendue géographique d'un marché pertinent est définie de manière semblable : ce marché géographique couvre toutes les régions dans lesquelles existent des fournisseurs vers lesquels les consommateurs peuvent se tourner en réaction à une tentative, par les entreprises qui fusionnent, d'exercer une puissance commerciale. La taille d'un marché géographique varie selon les caractéristiques d'un produit, et différents produits peuvent avoir différents marchés géographiques. Dans le cas des produits bancaires, les marchés géographiques seront vraisemblablement d'autant plus petits que l'interaction entre une banque et un client est importante et fréquente et que l'opération est petite. La taille du marché géographique associé à un produit ne peut pas être déterminée sans étude approfondie de la preuve, mais le Bureau s'attend à ce que l'étendue géographique des produits bancaires « de détail », dont les différents types de prêts aux consommateurs, de dépôts et de prêts aux petites entreprises, soit sans doute beaucoup plus restreinte que l'étendue géographique de nombreux marchés de produits bancaires offerts en «gros». Dans le passé, lorsqu'il a examiné des fusionnements de banques, le Bureau a conclu que de nombreux marchés de produits bancaires étaient vraisemblablement d'envergure locale, s'étendant seulement à une

---

3

Comme nous le verrons plus loin, dans la section traitant de la définition du marché pertinent, le concept sur lequel s'appuie normalement le Bureau pour délimiter les marchés pertinents est le « critère du monopoleur hypothétique ». Dans l'application de ce critère, le Bureau postule généralement que les parties au fusionnement effectuent une hausse des prix, afin de déterminer s'il est possible que les consommateurs se tournent vers des produits de substitution en nombre suffisamment important pour qu'une telle hausse des prix devienne non rentable, et donc peu vraisemblable. Très souvent, l'analyse de la réaction des consommateurs à une hausse des prix sera suffisante pour déterminer si une baisse sur le plan de la qualité ou de la variété est susceptible d'être rentable. Toutefois, lorsque l'information recueillie par le Bureau donne à penser que l'application d'un tel critère pourrait ne pas faire ressortir une dimension importante de la concurrence, l'application du critère sera adaptée en conséquence.

petite région géographique[4].

8. L'étape suivante de l'examen consiste à se référer aux seuils de part de marché ou de concentration, lesquels permettent de discerner les fusionnements qui n'auront vraisemblablement pas d'effet anticoncurrentiel de ceux qu'il faut examiner plus à fond. De façon générale, le Bureau ne contestera pas un fusionnement par crainte de l'exercice unilatéral d'une plus grande puissance commerciale lorsque la part de marché détenue par l'entité fusionnée sera inférieure à 35 %, et il ne contestera pas un fusionnement par crainte de l'exercice en interdépendance d'une puissance commerciale lorsque la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché sera inférieure à 65 % après le fusionnement, ou lorsque la part de marché de l'entité fusionnée sera inférieure à 10 %.

9. Pour accélérer l'examen d'un fusionnement de banques, le Bureau effectuera une évaluation préliminaire des seuils, en fonction de marchés géographiques et de marchés de produits étroits, définis à l'avance, pour distinguer les produits et services à examiner plus à fond de ceux au sujet desquels il n'y a vraisemblablement pas lieu de s'inquiéter qu'une diminution sensible de la concurrence puisse se produire. Cette évaluation préliminaire des seuils est décrite aux paragraphes 50 à 57. Lorsqu'une évaluation préliminaire révélera un dépassement des seuils pour des produits donnés, il faudra procéder à une définition rigoureuse du marché de ces produits et, au besoin, il faudra effectuer à leur égard une analyse complète des effets

---

4

Les fusionnements de banques examinés par le Bureau comprennent les suivants : Bank of Tokyo et Mitsubishi Bank; Banque République Nationale de New York et Bank Leumi Le Israël du Canada; Banque République Nationale et Banque Hapoalim; Banque de Montréal et Banca Nazionale; Swiss Bank et Bunting Warberg. Le Bureau a aussi examiné un certain nombre d'opérations ayant rapport à des sociétés de fiducie, notamment : Canada Trust et Trust national; Co-operative Trust Company of Canada et Trust La Laurentienne du Canada Inc./Trustco Prêt et Revenu Inc.

sur la concurrence[5].

10. Dans le secteur bancaire, comme dans d'autres secteurs, tout examen d'un fusionnement doit tenir compte des tendances récentes sur le plan de la technologie et de la réglementation et d'autres aspects qui sont sans rapport avec le fusionnement, mais qui peuvent influer sur les effets d'un fusionnement sur la concurrence. Par exemple, les faits nouveaux peuvent mener à l'offre de nouveaux modes d'épargne et de crédit ou à de nouveaux moyens de distribution pouvant provenir de fournisseurs qui ne sont pas actuellement des intervenants sur le marché. Ainsi, la définition des marchés pertinents et l'évaluation des parts de marché et de la concentration en fonction des produits et des fournisseurs existants peuvent ne pas faire ressortir avec justesse les effets vraisemblables d'un fusionnement sur la concurrence. Pour évaluer les répercussions possibles sur la concurrence de tels changements dans les conditions du marché, le Bureau devra déterminer si ces changements sont vraisemblables, imminents et suffisants pour empêcher que le fusionnement produise une augmentation de la puissance commerciale.

11. Le reste du document est structuré ainsi : la section suivante présente la définition d'un « fusionnement », conformément à l'article 91. Sont ensuite décrits le seuil d'entrave à la concurrence d'un fusionnement, la définition d'un marché de produits et d'un marché géographique pertinents, l'évaluation de la part de marché et de la concentration, et l'évaluation préliminaire des seuils effectuée par le Bureau, ainsi que les facteurs pouvant permettre de déterminer si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

5

Plus précisément, les seuils de part de marché et de concentration seront appliquées en fonction des marchés pertinents ayant été rigoureusement définis pour les produits pour lesquels l'évaluation préliminaire avait révélé des inquiétudes, et une analyse complète sera effectuée pour les marchés sur lesquels les seuils sont dépassés.

La dernière section explique l'exception relative aux gains en efficience.

DÉFINITION D'UN «FUSIONNEMENT»

12. Est un fusionnement selon l'article 91 de la *Loi* toute transaction permettant d'acquérir ou d'établir un contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise appartenant à une autre personne ou d'acquérir un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. Lorsqu'il s'agit de personnes morales, la notion de « contrôle » est explicitement définie au paragraphe 2(4) de la *Loi* comme le contrôle *de jure*, à savoir le fait de détenir, directement ou indirectement, plus de 50 % des votes pouvant être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale en question, *et* qui sont suffisants pour élire une majorité de ces administrateurs. Bien que la *Loi* ne donne aucune indication quant à la signification de l'expression « intérêt relativement important », le Bureau considère qu'un « intérêt relativement important » est détenu dans la totalité ou quelque partie d'une entreprise lorsqu'une ou plusieurs personnes ont la capacité d'influencer concrètement le comportement économique (par exemple, les décisions se rapportant aux prix, aux achats, à la distribution, à la commercialisation ou aux investissements) de cette entreprise ou d'une partie de cette entreprise. Étant donné la variété des structures de gestion ou de propriété qui existent, on ne peut déterminer s'il y aura vraisemblablement ou non acquisition d'un intérêt relativement important qu'en examinant chaque cas de façon individuelle.

SEUIL DE L'ENTRAVE À LA CONCURRENCE

13. Le paragraphe 92(1) de la *Loi* prévoit que le Tribunal peut rendre une ordonnance à l'égard d'un fusionnement lorsqu'il conclut que celui-ci « empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet ». Un empêchement ou une diminution de la concurrence ne peut résulter que d'un fusionnement dans lequel les parties sont ou seraient vraisemblablement en mesure d'exercer, unilatéralement ou en interdépendance avec d'autres, une puissance commerciale plus grande que si le fusionnement n'avait pas lieu.

14. Puissance commerciale s'entend de la capacité des entreprises d'exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l'innovation ou les autres dimensions de la concurrence. L'exercice d'une puissance commerciale par une ou des banques peut s'opérer de diverses manières, notamment sous forme d'une baisse des taux d'intérêt sur les dépôts ou encore d'une hausse des frais de service, de l'intérêt sur les prêts ou des prix d'autres services. L'exercice d'une puissance commerciale peut aussi mener à une baisse de la qualité d'un produit ou à une diminution de la variété de produits offerts. Dans tous les cas, les prix utilisés dans l'analyse seront les prix de vente réels, et non pas les prix affichés.

Diminution de la concurrence

15. Un fusionnement de banques peut **diminuer** la concurrence s'il permet à l'entité fusionnée de hausser unilatéralement les prix ou s'il aboutira vraisemblablement à une augmentation de prix parce qu'il accroît les chances qu'un comportement d'interdépendance survienne sur le marché. Un comportement d'interdépendance peut se manifester lorsque les entreprises sur le marché se rendent comptent qu'elles peuvent, de concert, hausser leurs prix ou se livrer une concurrence moins vive. Un fusionnement peut aussi diminuer la concurrence s'il permet aux entreprises de réduire

avec profit la qualité ou la variété des produits.

Empêchement de la concurrence

16. La concurrence peut aussi être **empêchée** par une conduite unilatérale ou interdépendante. La concurrence peut être empêchée par un comportement unilatéral si un fusionnement permet à une seule entreprise de maintenir des prix plus élevés que ceux qui auraient vraisemblablement cours en l'absence du fusionnement, en entravant ou en empêchant le développement d'une concurrence accrue. Par exemple, l'acquisition d'un concurrent de plus en plus énergique ou d'une entreprise susceptible d'entrer sur le marché freinerait probablement l'intensification de la concurrence sur le marché pertinent. Les situations dans lesquelles une entreprise chef de file sur un marché achète une autre entreprise pour en empêcher l'acquisition par un autre concurrent ou dans lesquelles une entreprise pouvant entrer sur le marché achète une entreprise établie au lieu de construire de nouvelles installations peuvent aboutir à un résultat semblable. La concurrence peut aussi être empêchée lorsqu'un fusionnement entravera l'accroissement de la rivalité sur un marché où existe un comportement d'interdépendance. Par exemple, cela peut se produire par suite de l'acquisition d'une entreprise pouvant éventuellement s'implanter sur le marché ou d'une entreprise déjà en place qui est de plus en plus énergique sur un marché présentant une grande stabilité.

Seuil de sensibilité

17. Pour déterminer si la concurrence sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, le Bureau généralement évalue l'ampleur, la portée et la durée probables de toute augmentation de prix ou diminution de la qualité ou de la variété pouvant résulter d'un fusionnement. De façon générale, il y aura empêchement ou diminution « sensible » de la concurrence lorsque le prix du produit visé sera, en toute

vraisemblance, nettement plus élevé sur une part appréciable du marché pertinent qu'il ne le serait en l'absence du fusionnement, et lorsque l'écart de prix ou la diminution de la qualité ou de la variété ne seront vraisemblablement pas appelés à disparaître dans les deux ans suivant le fusionnement en raison d'une concurrence nouvelle ou accrue provenant de sources étrangères ou canadiennes. Le Bureau ne limitera pas son examen aux prix et tiendra compte de tout effet sur la qualité, le service ou la variété dans l'évaluation de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence.

DÉFINITION DU MARCHÉ

18 La première étape de l'examen d'un fusionnement par le Bureau consiste à définir le ou les marchés pertinents sur lesquels les parties au fusionnement exercent leur activité. Les banques offrent un grand nombre de produits, et le Bureau s'attend à devoir définir de nombreux marchés pertinents dans l'examen d'un fusionnement de grandes banques. Il faudra définir le marché pertinent, en fonction du produit et de l'étendue géographique, pour chacun des produits des banques qui fusionnent. Le Bureau définit habituellement les marchés pertinents en fonction des sources réelles et potentielles de concurrence qui restreignent l'exercice d'une puissance commerciale. Toutefois, en raison du très grand nombre de produits et services offerts par les banques et de la similarité des facteurs nécessaires pour fournir bon nombre de ces produits, il serait difficile de définir et de mesurer en peu de temps l'influence limitative pouvant provenir de tous les fournisseurs possibles de chacun de ces produits. Par conséquent, dans l'examen d'un fusionnement de banques, les marchés de produits pertinents seront d'abord définis en fonction des sources réelles de concurrence. Après la définition préliminaire du marché, il faudra ensuite considérer l'influence limitative possible des entreprises pouvant intervenir sur le marché par l'offre de produits qu'ils sont en mesure de fournir. Les fournisseurs qui peuvent vraisemblablement entrer sur

le marché durant l'année suivant le fusionnement seront inclus dans l'évaluation des parts de marché. Cette méthode d'examen d'un fusionnement est compatible avec celle qui est exposée dans les Lignes directrices et s'en écarte uniquement parce qu'on y tient compte de la substitution de fournisseurs à une étape différente de l'analyse. Elle est aussi compatible avec le processus d'examen des fusionnements actuellement suivi par le ministère de la Justice des États-Unis[6].

19. Le principal avantage qu'offre cette façon d'examiner les fusionnements est qu'elle permet au Bureau d'identifier plus rapidement les marchés sur lesquels le fusionnement proposé peut vraisemblablement susciter des inquiétudes quant à l'exercice subséquent d'une puissance commerciale. Les seuils ayant rapport à la part de marché et à la concentration seront d'abord utilisés pour les marchés pertinents définis en fonction de la substitution de la demande. À moins d'indication contraire, les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels les seuils ne sont pas dépassés ne feront pas l'objet d'une analyse plus poussée. Sur les marchés de produits et les marchés géographiques où il y a dépassement des seuils, il faudra évaluer l'offre qui pourrait vraisemblablement être ajoutée sur le marché par d'autres entreprises qui ne s'y trouvent pas actuellement, mais qui pourraient vraisemblablement s'y implanter au cours de la prochaine année et ce, sans avoir à engager des dépenses de démarrage élevées[7]. Ensuite, il faudra calculer à nouveau les parts de marché et les niveaux de concentration, après quoi il faudra analyser l'influence limitative pouvant provenir de la

---

6

Department of Justice (ministère de la Justice) et Federal Trade Commission (Commission fédérale du commerce) des États-Unis, *Horizontal Merger Guidelines* (Lignes directrices sur les fusionnements horizontaux), le 2 avril 1992.

7

Le calcul de l'offre pouvant vraisemblablement provenir d'autres fournisseurs est décrit aux paragraphes 47 à 49.

concurrence exercée par des vendeurs qui ne réagiraient vraisemblablement pas à la hausse supposée des prix sur le marché pertinent dans le délai prévu, et évaluer l'entrée future d'entreprises sur le marché.

20. Parfois, des vendeurs ayant une puissance commerciale peuvent identifier, à des fins de discrimination, certains acheteurs qui ne se tourneront vraisemblablement pas vers d'autres produits ou marchés géographiques en réaction à une augmentation de prix relativement importante et non transitoire. Lorsqu'une telle discrimination est possible, il peut y avoir lieu de définir les marchés pertinents sur lesquels il y a une relation entre des produits et certaines catégories d'acheteurs. Par exemple, une banque pourrait, avec profit, fixer l'intérêt applicable aux emprunts des petites entreprises à des taux plus élevés que les taux d'intérêt pour les grandes entreprises, si ces dernières ont plus facilement accès à d'autres sources de capitaux. Sur les marchés bancaires, la discrimination par les prix est rendue plus facile par l'échange d'information entre les acheteurs et les vendeurs; les prêteurs demandent habituellement aux emprunteurs de leur divulguer certains renseignements (par exemple, leur revenu, la nature de leurs activités, leur actif), afin de pouvoir évaluer le risque avant de consentir un prêt. Les prêteurs pourraient utiliser ces renseignements pour faire une distinction entre les emprunteurs pouvant vraisemblablement avoir accès à de nombreuses autres sources de capitaux et les emprunteurs n'ayant pas les mêmes possibilités de substitution, en imposant des taux d'intérêt plus élevés à ces derniers, à savoir ceux présentant un plus grand risque ou n'ayant pas facilement accès à d'autres sources de capitaux[8]. Dans ces cas, il faudra tenir compte des répercussions

---

8

Dans certaines circonstances particulières, la discrimination par les prix peut être contraire aux dispositions du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la concurrence*. La politique du Bureau en matière d'application des dispositions de la *Loi* dans les cas de discrimination par les prix est énoncée dans le document intitulé *Discrimination par les prix, Lignes directrices pour l'application de la Loi*.

différentes que le fusionnement peut avoir sur les divers acheteurs dans l'examen des incidences possibles d'un fusionnement sur la concurrence et, pour ce faire, il faudra définir les marchés pertinents en fonction des caractéristiques des acheteurs.

21. Les marchés pertinents sont normalement définis à l'aide du critère du « monopoleur hypothétique ». Suivant ce critère, le marché pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits (dont ceux des entreprises qui fusionnent) et à la plus petite région géographique pour lesquels un vendeur unique pourrait, avec profit, fixer et maintenir un prix représentant une hausse relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient pratiqués en l'absence du fusionnement[9]. Le critère du monopoleur hypothétique sert à définir les produits que regroupe un marché pertinent et son étendue géographique.

22. Le prix de base à partir duquel on évalue s'il y aura vraisemblablement une hausse de prix relativement importante et non transitoire est ce que l'on considère habituellement comme étant le prix du produit. En guise de prix de base pour les prêts consentis et les dépôts, le Bureau se fondera probablement sur le taux d'intérêt ou encore sur l'intérêt total payé pour un emprunt ou obtenu pour un dépôt. Peuvent aussi être inclus dans le prix de base des dépôts et des prêts consentis tous les frais de services pertinents. En ce qui concerne les autres types d'opérations pour lesquels les banques fournissent des services (par exemple, la gestion de trésorerie, etc.), les frais de service constitueront habituellement le prix de base.

---

9 De façon générale, une hausse relativement importante s'entend d'une augmentation de 5 % et une hausse non transitoire désigne une hausse de prix durant au moins un an.

La dimension du produit

Approche générale

23. La définition des marchés pertinents sert à déterminer les fournisseurs avec lesquels les parties au fusionnement sont en concurrence. Chaque marché pertinent englobe tous les produits et services de remplacement vers lesquels les consommateurs peuvent se tourner en réaction à une augmentation de prix relativement importante et non transitoire de la part des banques qui fusionnent[10]. Des produits semblables peuvent néanmoins être classés dans différents marchés de produits, si les consommateurs ne sont pas disposés à remplacer l'un des produits par l'autre par suite d'une variation de leurs prix relatifs[11].

24. Les produits qu'offrent les banques appartiennent généralement à l'une des catégories suivantes : dépôts, prêts ou autres services, par exemple, la gestion de trésorerie. Chacune de ces catégories peut être composée de produits ou de groupes de produits qui sont différents, qui se distinguent de façon valable d'autres produits constituant eux aussi des marchés pertinents. Pour qu'une sous-catégorie de produits constitue un marché pertinent, il faut que les consommateurs ne soient pas disposés à leur substituer d'autres produits en conséquence d'une augmentation relativement importante et non transitoire des prix des produits de la sous-catégorie.

25. Suivant le critère du monopoleur hypothétique, il sera déterminé qu'une catégorie donnée de produits constitue un marché de produits pertinent si un seul fournisseur de ces produits peut, avec profit, en hausser les prix de façon relativement

---

10

Ou en conséquence d'une baisse des taux d'intérêt, s'il s'agit des dépôts.

11

En vertu de la *Loi*, le terme « produit » désigne à la fois les articles et les services. Dans le reste de ce document, le terme « produit » servira à désigner à la fois un article et un service.

importante. Il ne pourra agir de la sorte que si les consommateurs ne transféreraient pas une part importante de la demande vers des produits n'appartenant pas à la catégorie, de manière à rendre l'augmentation non rentable. Les limites d'un marché de produits pertinent servent à faire une distinction entre les produits qui sont de proches substituts d'un produit donné offert par les banques qui fusionnent et les produits qui n'en sont pas de proches substituts. Il n'est pas nécessaire que les produits constituant un marché pertinent soient fournis par des banques ou d'autres institutions de dépôt. Du point de vue de la définition d'un marché pertinent, ce qui importe ce n'est pas l'identité du fournisseur, mais les caractéristiques des produits et la volonté qu'ont les consommateurs de remplacer un produit par un autre en conséquence d'une variation des prix relatifs.

26. Par exemple des prêts qui diffèrent par leur montant, par le mode de remboursement graduel, par les biens affectés en garantie et par d'autres facteurs, peuvent ne pas être des substituts suffisamment proches pour faire partie d'un même marché pertinent. Deux prêts présentant des caractéristiques différentes sont considérés comme des substituts, du point de vue de la demande, uniquement si le nombre d'emprunteurs qui sont disposés à remplacer un produit par l'autre en réaction à une augmentation appréciable du taux d'intérêt exigé sur le premier produit, est suffisamment élevé pour que la hausse du taux d'intérêt devienne non profitable. Partant, des prêts de montants différents peuvent aussi appartenir à des marchés distincts : un emprunteur ne substituera pas nécessairement un emprunt de 10 millions de dollars à un emprunt de 10 000 $ en conséquence d'une hausse du taux d'intérêt

applicable à ce dernier[12].

27. De même, les dépôts présentant des caractéristiques différentes (par exemple, par le montant, par la date d'échéance et par le degré de risque) peuvent appartenir à des marchés de produits distincts. Ces dépôts appartiendront au même marché pertinent si un nombre suffisamment élevé de déposants sont vraisemblablement disposés à choisir d'autres types de dépôts en réaction à une baisse appréciable des taux d'intérêt offerts.

28. Un groupe de services bancaires peut également constituer un marché pertinent. Un groupe serait composé d'un ensemble de produits et services que les acheteurs se procurent généralement auprès d'une même institution financière. Les produits constituant un groupe ne sont pas nécessairement vendus comme un ensemble, mais le prix ou l'offre de certains éléments d'un groupe peuvent être plus avantageux pour un acheteur s'il se procure ces éléments avec d'autres produits, auprès d'une même institution. Un tel groupe de produits bancaires constitue un seul marché pertinent lorsque les différents éléments ou un sous-ensemble du groupe ne représentent pas, collectivement, un proche substitut du groupe. C'est le cas lorsque, par suite d'une hausse du prix du groupe de produits, les consommateurs n'achèteront pas chacun des différents éléments séparément auprès de différentes institutions. Il peut y avoir diverses raisons à cela : les frais de transaction élevés qu'entraîne le recours à plusieurs fournisseurs (frais de transport, temps nécessaire pour faire plusieurs demandes) et les économies de diversification. Si le coût d'offrir un groupe de produits représente, pour un fournisseur, un montant moins élevé que ce qu'il lui en coûte au

---

12

Cela ne veut pas dire qu'une institution financière offrant des prêts de 10 millions de dollars n'exploitera pas la possibilité de profit que présenterait une hausse du taux d'intérêt applicable aux prêts de 10 000 $. La réaction des institutions qui ne sont pas actuellement des fournisseurs sur le marché est analysée aux paragraphes 47 à 49.

total de fournir chacun des éléments du groupe, le prix que le consommateur aura à payer pour chaque élément, s'il se les procure séparément, sera vraisemblablement plus élevé que le prix demandé pour le groupe de produits[13].

29. Pour déterminer si un groupe de produits correspond à un marché pertinent, le Bureau devra établir si un nombre suffisant de clients se procurent le groupe de produits auprès d'une seule institution. Dans l'affirmative, il faudra analyser divers autres facteurs pour déterminer si les éléments d'un groupe de produits peuvent être achetés séparément en réaction à une augmentation relativement importante et non transitoire du prix du groupe de produits. Ces autres facteurs sont analysés plus loin, aux paragraphes 31 et 32.

30. La prochaine section traite sommairement des genres de renseignements sur lesquels le Bureau se fondera pour évaluer la nature et l'importance de la réaction probable des consommateurs à une variation des prix.

Critères d'évaluation — Définition des marchés de produits

31. Pour définir les marchés de produits pertinents, le Bureau analysera les facteurs énumérés dans les Lignes directrices, à savoir : les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement dans le secteur; l'utilisation finale des produits; les caractéristiques matérielles et techniques des produits; les coûts de substitution pour les acheteurs qui remplacent un produit par un autre; la relation entre les changements de prix des produits et les

---

13

L'achat de groupes de produits n'est pas nécessairement la conséquence d'une vente liée de la part des banques. La vente liée est interdite dans certaines conditions, en vertu de dispositions relatives aux ventes liées (paragraphe 77(2)) et à l'abus de position dominante (article 79) de la *Loi sur la concurrence*. La politique du Bureau en matière d'application des dispositions relatives aux ventes liées est exposée à l'annexe 1.

niveaux relatifs des prix[14].

32. Pour savoir si un groupe de produits constitue un marché pertinent, le Bureau doit analyser, en plus d'autres données, les genres de renseignements suivants :

i) des données sectorielles ou découlant d'un sondage sur la propension des consommateurs à se procurer un certain nombre de produits auprès d'une même institution;

ii) des données sur le nombre de produits achetés par une personne et sur le nombre de produits acquis par une personne auprès d'une même institution;

iii) des résultats d'enquête sur les préférences des consommateurs;

iv) des données indiquant dans quelle mesure les consommateurs se sont procurés séparément des éléments d'un groupe de produits, en conséquence d'une variation des prix relatifs.

La dimension géographique

Approche générale

33. Dans une perspective géographique, les marchés des différents services bancaires peuvent être locaux, régionaux, nationaux ou internationaux. La taille du marché géographique d'un produit bancaire donné dépend des caractéristiques du produit et de la nature de l'opération. Les caractéristiques qui sont probablement importantes aux fins de déterminer la taille des marchés géographiques de services bancaires sont l'envergure de l'opération financière, la fréquence de l'interaction entre le fournisseur de service et le consommateur, la nature de cette interaction (par exemple,

---

14

La section 3.2.2 des Lignes directrices traite plus à fond de ces facteurs.

le besoin de rencontre du fournisseur et du consommateur) et les coûts (temps et frais de transport) du recours à des fournisseurs plus éloignés.

34. Aux prises avec une augmentation des prix dans leur région locale, les consommateurs de certains types de services bancaires peuvent être incapables de se tourner vers des fournisseurs situés à l'extérieur de leur localité ou encore ne pas être disposés à agir de la sorte. Ainsi, les marchés géographiques de certains types de produits peuvent être de nature locale, c'est-à-dire correspondre à une région géographique limitée. Il s'agit vraisemblablement de produits ou services financiers pour lesquels le client est appelé à se rendre fréquemment à la banque pour y effectuer lui-même des opérations ou lorsqu'il est nécessaire de suivre régulièrement les opérations effectuées par le client. Dans ces conditions, les marchés géographiques seront définis en fonction du coût des déplacements supplémentaires tant pour le fournisseur de services que pour le client, et aussi en fonction du temps nécessaire pour ces déplacements.

35. Par exemple, il peut être nécessaire pour le propriétaire d'une petite entreprise de rencontrer fréquemment le prêteur et, pour le prêteur, de suivre les activités et les éléments d'actif de l'emprunteur. Compte tenu du coût à engager (dont le temps) pour entretenir des rapports avec des fournisseurs plus éloignés, l'emprunteur peut être incapable de se tourner vers des fournisseurs plus éloignés s'il se produit une augmentation appréciable des prix dans sa propre région géographique, ou il peut ne pas être disposé à le faire. Dans ces conditions, il s'agit d'un marché géographique local.

36. Pour d'autres genres de services, supposant des rapports personnels peu fréquents ou peu importants, les marchés géographiques pourraient s'étendre au delà des territoires locaux. C'est plus fréquemment le cas lorsque l'opération a une valeur relativement importante par rapport au coût des rencontres personnelles ou de la supervision. De façon générale, pour déterminer l'étendue d'un marché géographique, le Bureau tiendra compte de facteurs tels que le coût de transport, le temps nécessaire et

l'envergure de l'opération bancaire[15]. Ces critères d'évaluation sont exposés plus loin.

Critères d'évaluation — Définition des marchés géographiques

37. Les données les plus utiles aux fins de la définition des marchés géographiques, surtout les marchés locaux, sont celles qui se rapportent aux caractéristiques des déplacements. Il s'agit souvent d'un marché local lorsque le client doit fréquemment être en rapport avec la banque (ou un autre fournisseur de services), et lorsque la valeur de l'opération est relativement faible. Il n'est pas nécessaire que cette interaction ait lieu près du domicile du client; elle peut se produire plutôt près de son lieu de travail. Les données indiquant la proportion des habitants qui se déplacent chaque jour entre leur domicile et un autre endroit (habituellement un centre urbain) pour y travailler, si bien que ces personnes peuvent effectuer leurs opérations bancaires dans cet endroit, sont des données très utiles pour la définition des marchés.

38. Dans les régions rurales, où les clients se déplacent moins souvent vers des centres urbains, les renseignements qui sont utiles sont ceux qui révèlent l'emplacement des centres commerciaux rapprochés ou de tout autre endroit où les clients se rendent pour des opérations non bancaires, comme le sont aussi les renseignements sur la fréquence de tels déplacements. Toutefois, les régions dans lesquelles les endroits présentant un intérêt font l'objet de déplacements peu nombreux, comme les magasins d'appareils électriques et les hôpitaux, pourraient être exclus d'un marché pertinent puisque l'interaction avec une banque peut être plus fréquente que ne le sont les déplacements vers de tels endroits.

15

Ce qui importe, c'est le coût relatif des rapports personnels. Le chef d'une entreprise ayant besoin d'emprunter un faible montant peut ne pas être disposée à se déplacer régulièrement pour avoir accès à un prêt à un taux d'intérêt représentant seulement 1 % de moins que celui offert par un fournisseur plus rapproché. Toutefois, dans le cas d'un emprunt plus important, il peut être avantageux pour le client de se déplacer.

39. Parmi les autres renseignements importants, il y a l'identification des zones d'attraction des succursales bancaires, bien que ces zones correspondent vraisemblablement davantage aux limites étroites d'un marché (à savoir que les banques à l'extérieur de la zone peuvent représenter de proches substituts pour certains consommateurs situés à l'intérieur du marché étroitement défini). Les données de cette nature proviennent souvent de sondage.

40. Pour définir les marchés géographiques pertinents des services bancaires, le Bureau devra aussi analyser les facteurs suivants, qui sont décrits dans les Lignes directrices[16] : les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement dans le secteur; les frais de substitution; les frais de transport; les frais d'implantation locale; les caractéristiques particulières du produit; les relations entre les prix et les niveaux des prix; les mouvements de produits; la concurrence étrangère.

PARTS DE MARCHÉ ET NIVEAUX DE CONCENTRATION

41. Même si les renseignements montrant une part de marché ou un niveau de concentration élevé ne peuvent justifier à eux seuls la conclusion qu'un fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une condition nécessaire pour qu'une telle conclusion puisse éventuellement être tirée. Sans une concentration ou part de marché élevée après le fusionnement, la concurrence continuant de s'exercer sur les marchés pertinents est généralement telle qu'elle empêchera vraisemblablement l'entité fusionnée d'acquérir, d'accroître ou de maintenir une puissance commerciale par suite du fusionnement.

---

16 *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, section 3.3.2.

42. En conséquence, le directeur ne craindra généralement pas que les parties à un fusionnement puissent exercer unilatéralement une plus grande puissance commerciale qu'en l'absence du fusionnement, lorsque la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35 %. De même, le directeur ne contestera généralement pas un fusionnement au motif que l'exercice en interdépendance d'une puissance commerciale par deux ou plusieurs entreprises sur les marchés pertinents sera plus important qu'en l'absence du fusionnement, lorsque :

i) la part de chaque marché détenue après le fusionnement par les quatre plus grandes entreprises sur le marché sera inférieure à 65 %;

ii) la part de marché de l'entité fusionnée sera inférieure à 10 % après le fusionnement[17].

43. Si la somme des parts de marché avant le fusionnement par les entreprises qui fusionnent est inférieure à 35 %, il y aura vraisemblablement un assez grand nombre de produits et de fournisseurs vers lesquels les consommateurs pourront se tourner si l'entité fusionnée tente d'exercer une puissance commerciale en haussant les prix après le fusionnement. Si la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises est inférieure à 65 %, il n'y a pas lieu de s'inquiéter parce qu'il leur sera vraisemblablement trop difficile de coordonner leurs activités. Si d'autres renseignements donnent à penser qu'il peut vraisemblablement y avoir une diminution sensible de la concurrence, même si les seuils ne sont pas dépassés, le Bureau tiendra compte de ces renseignements dans son évaluation. Ces seuils servent seulement à distinguer les fusionnements qui n'auront vraisemblablement pas d'effets

---

17 Étant donné que la définition d'un marché retenue par le Bureau peut être différente de celle des parties, il importe de fournir au Bureau tous les renseignements concernant le fusionnement et ses effets probables sur la concurrence, lorsque le degré de concentration prévu pour les quatre plus grandes entreprises (DC4) ou encore la part de marché occupée par l'entité fusionnée se rapproche des seuils énoncés précédemment.

anticoncurrentiels des fusionnements qu'il faut analyser plus à fond, avant de pouvoir tirer des conclusions au sujet de leurs incidences possibles sur la concurrence. Dans tous les cas, le calcul des parts de marché et des niveaux de concentration n'est qu'un point de départ de l'analyse du Bureau.

44. Il faut établir les parts de marché à la fois des entreprises qui sont actuellement des fournisseurs sur un marché pertinent et des entreprises pouvant devenir des fournisseurs éventuels sur le marché pertinent. Les parts de marché des entreprises déjà établies sur le marché peuvent généralement être déterminées en fonction des ventes en dollars, du nombre d'unités vendues ou de la capacité de production. Lorsque des entreprises établies sur un marché où les produits ne sont pas différenciés possèdent une capacité de production excédentaire, la part de la capacité globale du marché que représente la capacité totale d'une entreprise peut représenter plus exactement sa position relative sur le marché et son impact sur la concurrence que ne le ferait la part de la production totale attribuable à cette entreprise.

45. Même si la capacité qu'a une banque ou une autre institution financière d'offrir du crédit est déterminée en partie par l'accès à des dépôts ou à d'autres sources de fonds, cette capacité peut aussi dépendre de la taille du réseau de prestation des services (dont le réseau de succursales), de l'accès à des employés qualifiés connaissant bien le marché ou le secteur, et d'autres facteurs. Le Bureau n'établira donc pas les parts de marché en fonction seulement de l'accès à des fonds prêtables, puisque les parts de marché et la concentration ainsi établies n'exprimeront probablement pas de façon adéquate l'importance des intervenants du point de vue de la concurrence sur le marché. Comme il est vraisemblablement plus facile d'obtenir des données sur les ventes réelles de services (prêts et dépôts) que sur la capacité d'offrir différents types de prêts ou de dépôts, il est probable que les parts de marché des intervenants seront établies en fonction des ventes réelles. Si des renseignements donnent à penser que les parts des ventes réelles attribuables aux entreprises ne représentent pas fidèlement

l'importance de ces dernières du point de vue de la concurrence sur le marché, le Bureau tiendra compte de ces renseignements dans l'évaluation des effets anticoncurrentiels possibles du fusionnement.

46. Pour ce qui est des entreprises qui, en modifiant leur offre de produits, peuvent intervenir sur le marché, le calcul de leurs parts de marché tiendra compte uniquement de la capacité de production pouvant vraisemblablement être réorientée vers le marché pertinent au cours de l'année. De façon générale, le Bureau ne supposera pas qu'une institution ne fournissant pas les produits pertinents (ou n'en fournissant qu'une quantité minime) réagira vraisemblablement à une hausse des prix des produits pertinents par une réorientation de sa capacité de production pour la seule raison qu'elle fournit des produits semblables. Par exemple, le Bureau ne supposera pas qu'une institution offrant surtout des prêts élevés à de grandes entreprises peut facilement se réorienter vers l'offre de prêts moins élevés à des petites et moyennes entreprises. Pour qu'elle soit profitable, l'offre de différents types de prêts suppose des activités différentes (par exemple, la sélection et la surveillance), et une institution qui a l'habitude d'offrir des prêts importants peut ne pas être en mesure d'offrir des prêts moins élevés et être incapable d'offrir de tels prêts rapidement sans d'abord engager des ressources considérables. Les critères utilisés pour évaluer si une variation de l'offre est susceptible de se produire et en mesurer l'amplitude probable sont exposés dans la section suivante.

Entreprises pouvant intervenir sur le marché en modifiant leur offre de produits

47. Les entreprises qui réagiront vraisemblablement rapidement à une hausse des prix sur le marché pertinent (habituellement au cours de la première année) sont considérées à l'étape de l'établissement des parts de marché, tandis qu'aux paragraphes 75 à 88, sous la rubrique « Entraves à l'accès », il est question des entreprises qui, parce

qu'elles doivent effectuer des investissements majeurs pour entrer sur le marché, ne peuvent vraisemblablement avoir une incidence sur le marché qu'après une année, mais en moins de deux ans après le fusionnement.

48. Pour déterminer l'influence sur la concurrence que peut avoir une entreprise pouvant réagir à une hausse des prix en modifiant l'offre de ses produits, le Bureau tiendra compte des facteurs suivants :

i) les coûts associés au remplacement de la production existante de cette entreprise par les produits offerts sur le marché pertinent (coût de substitution);

ii) la possibilité que la capacité soit affectée à la production d'autres produits et services, et dans quelle mesure elle est ainsi affectée;

iii) la rentabilité de l'affectation de la capacité à la production actuelle.

49. De façon générale, le Bureau déterminera s'il serait profitable, pour une entreprise qui n'est pas actuellement un fournisseur du produit pertinent, de réagir à une augmentation relativement importante (habituellement de 5 %) du prix d'un produit au cours de la première année suivant le fusionnement. Seul le volume de production qui sera vraisemblablement offert sur le marché pertinent, au prix en question, sera inclus dans le calcul des parts de marché.

Évaluation préliminaire des seuils

50. Dans l'analyse des effets sur la concurrence d'un fusionnement de banques, il serait difficile dans la pratique, et vraisemblablement inutile, pour le Bureau de définir les marchés correspondant à chacun des produits fournis par les banques qui fusionnent et à chacun des emplacements d'où ces produits sont fournis, ainsi que d'évaluer les variations possibles de l'offre et de mesurer les probabilités que des entreprises fassent leur entrée sur chacun de ces marchés. Comme les banques offrent typiquement une multitude de produits et services depuis un très grand nombre

d'emplacements, il faudrait des ressources considérables et beaucoup de temps pour accomplir les tâches énumérées ci-dessus, étant donné surtout que les marchés de nombreux produits sont vraisemblablement de nature locale. Dans la pratique, le Bureau procédera par itération, méthode qui est entièrement compatible avec le processus décrit dans les Lignes directrices et qui permettra au Bureau de définir plus rapidement les produits et les emplacements géographiques pour lesquels il y a tout lieu de craindre une diminution de la concurrence.

51. Dans son analyse, le Bureau commencera par l'évaluation préliminaire des seuils qui a pour but « d'écarter » les régions géographiques dans lesquelles un fusionnement de banques n'aura vraisemblablement pas pour effet de nuire à la concurrence. Le Bureau évaluera les parts de marché et la concentration, de la manière décrite précédemment, en fonction d'un ensemble défini à l'avance de produits offerts et de régions géographiques. La composition de l'ensemble défini à l'avance de produits offerts dépendra des données accessibles[18]. Comme l'évaluation préliminaire des seuils a pour objet d'écarter les produits et les régions géographiques ne devant pas faire l'objet d'une analyse plus approfondie, cet ensemble préalable regroupera vraisemblablement moins de produits que les marchés pertinents qui seront définis subséquemment.

52. L'ensemble défini à l'avance de régions géographiques sera composé de subdivisions de recensement du Canada, telles que définies par Statistique Canada pour le Recensement de 1996. Les subdivisions de recensement désignent essentiellement les municipalités (telles que définies par les lois provinciales) et elles comprennent aussi

---

18

Le Bureau étudie actuellement les données que peuvent fournir la Banque du Canada, le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) et l'Association des banquiers canadiens. La réussite de l'évaluation préliminaire des seuils dépendra évidemment de la qualité des données existantes. Le Bureau espère pouvoir obtenir auprès des banques, de préférence avant un fusionnement de banques, des données sur un large éventail de produits offerts.

bien des grands centres urbains que des petits centres ruraux. Comme le Bureau se fondera sur les subdivisions de recensement (municipalités) pour les régions géographiques définies à l'avance, son analyse portera sur les régions géographiques qui ne sont vraisemblablement pas plus étendues que les marchés géographiques pertinents. De même, comme de nombreux produits bancaires sont vendus au détail, une seule municipalité correspondra vraisemblablement à une part importante du noyau d'un marché pertinent; dans la plupart des cas, les subdivisions de recensement devraient fournir une bonne approximation préliminaire des marchés géographiques locaux.

53. Si les seuils ne sont pas dépassés pour un produit donné ou une région géographique donnée ayant été définis à l'avance, il est peu probable que le Bureau craigne une diminution sensible de la concurrence du point de vue de l'offre du produit dans la région. En l'absence de renseignements laissant croire que le marché géographique pertinent est plus étendu que la région géographique définie à l'avance, le Bureau n'aura pas de raison d'approfondir l'examen de l'offre de ce produit dans la région géographique.

54. S'il y a dépassement des seuils pour un produit offert donné et pour une région géographique donnée qui ont été définis à l'avance, le Bureau analysera des renseignements supplémentaires, suivant le processus décrit en rapport avec les critères d'évaluation servant à la définition d'un marché géographique (paragraphes 37 à 40), pour déterminer si une région s'inscrit dans un marché géographique plus étendu. Si c'est le cas, et s'il n'y a pas de dépassement des seuils sur le marché géographique représentant une plus grande étendue, le Bureau n'aura pas de raison de procéder à un examen plus approfondi pour le produit et la région géographique en question.

55. Le Bureau définira aussi certaines subdivisions de recensement dans lesquelles il n'y aura vraisemblablement pas d'effets négatifs sur la concurrence en raison de leur intégration économique à d'autres subdivisions de recensement plus

grandes. Par exemple, le Bureau utilisera les données sur le navettage du Recensement de 1996 pour écarter certaines subdivisions de recensement d'un examen plus approfondi. Plus précisément, les petites subdivisions de recensement répondant au critère du navettage de sortie applicable aux grandes subdivisions de recensement (à savoir une subdivision de recensement dans laquelle au moins 50 % de la population active occupée qui habite dans cette subdivision travaille dans un grand centre urbain et y voyage chaque jour) ne seront pas soumises à une analyse plus approfondie lorsque les seuils ne sont pas dépassés dans la grande subdivision de recensement et ce, même lorsque les seuils sont dépassés dans la petite subdivision de recensement. Dans ces conditions, le jeu de la concurrence dans la grande subdivision de recensement influera sur le jeu de la concurrence dans la petite subdivision de recensement.

56. Enfin, les produits et les régions géographiques qui auront été retenus après ce processus de sélection seront soumis à une analyse approfondie, de la manière décrite ci-dessus.

57. Les produits offerts et les régions géographiques qui auront été définis à l'avance en vue de l'évaluation préliminaire des seuils seront très nombreux. À elles seules, les régions géographiques définies à l'avance seront au nombre d'environ 6 000, et il faudra donc accomplir de très nombreux calculs des seuils. Pour que l'évaluation préliminaire des seuils soit réalisable, le Bureau utilisera un programme de représentation cartographique élaboré par Statistique Canada. Ce programme permet d'établir rapidement la part de marché de chaque institution financière pour chaque produit offert défini à l'avance dans chaque région géographique définie à l'avance. Le programme permet aussi d'évaluer les seuils dans chaque région et d'indiquer les résultats sous forme de tableau.

EFFETS ANTICONCURRENTIELS POSSIBLES DES FUSIONNEMENTS

58. Le Bureau ne pourra pas conclure qu'un fusionnement aura

vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans l'offre d'un produit pour la seule raison que les parts de marché ou les niveaux de concentration sur les marchés pertinents sont supérieurs aux seuils prévus[19]. Il procédera plutôt à une analyse d'autres facteurs de concurrence afin de déterminer les effets d'un fusionnement sur la concurrence. Une analyse plus approfondie sera effectuée pour chacun des marchés pertinents sur lesquels sont dépassés les seuils concernant l'exercice unilatéral d'une puissance commerciale (la part de marché globale des entreprises qui fusionnent représente plus de 35 % du marché, après le fusionnement) et concernant l'exercice en interdépendance d'une puissance commerciale (la part de marché des quatre plus grandes entreprises est supérieure à 65 % après le fusionnement ou la part de l'entité fusionnée est supérieure à 10 %, après le fusionnement). La section qui suit immédiatement traite des facteurs qui augmentent la probabilité qu'un fusionnement donne lieu à une diminution sensible de la concurrence en raison de l'exercice unilatéral d'une puissance commerciale par l'entité fusionnée, après le fusionnement. La section suivante expose les facteurs qui favorisent l'exercice en interdépendance d'une puissance commerciale après le fusionnement par les entreprises présentes, sur les marchés pertinents.

Diminution de la concurrence par exercice unilatéral

59. En conséquence d'un fusionnement, les entreprises qui fusionnent peuvent avoir une plus grande capacité de tirer profit d'une hausse des prix, parce que les décisions concernant les prix et l'offre sont concentrées chez l'entité fusionnée et qu'il y a incitation à hausser les prix et à restreindre l'offre ou à limiter toute autre dimension

---

19 Conformément au paragraphe 93(2) de la *Loi*, le Tribunal de la concurrence ne peut s'appuyer uniquement sur les parts de marché ou la concentration pour conclure qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence.

de la concurrence. Sur un marché concurrentiel où les consommateurs peuvent choisir entre de nombreux fournisseurs de produits semblables, l'incitation d'une entreprise à hausser les prix est limitée par la possibilité qu'ont les consommateurs de se tourner vers des produits de remplacement en réaction à une 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 au fusionnement, ce qui accroît la rentabilité générale d'une augmentation des prix et accentue l'incitation à augmenter les prix. Les prix pourront vraisemblablement être accrus avec profit lorsque les entreprises qui fusionnent occupent une part importante du marché. Dans l'examen d'un fusionnement, le Bureau devra déterminer si le marché pertinent présente des caractéristiques propices à une telle augmentation des prix après le fusionnement.

60. Sur certains marchés, les entreprises se distinguent surtout par les différences entre leurs produits, tandis que sur d'autres marchés, ce sont la capacité de production et les coûts de chacune des entreprises qui les distinguent. Sur des marchés où les produits sont différenciés, un fusionnement accentuera vraisemblablement la capacité des entreprises qui fusionnent à exercer unilatéralement une puissance commerciale si, pour un nombre considérable de consommateurs, les produits offerts par ces entreprises représentent leurs deux premiers choix. Dans ces conditions, il sera vraisemblablement profitable pour les entreprises de hausser les prix après le fusionnement, parce qu'une augmentation des prix par l'une des entreprises aura probablement pour effet de déplacer la demande vers l'entreprise partenaire. En revanche, si les produits offerts par les entreprises qui fusionnent ne sont pas les deux premiers choix d'un nombre important de consommateurs, alors une augmentation des prix par l'une des parties au fusionnement pourrait ne pas être rentable, parce que la demande se déplacera vers d'autres entreprises sur le marché.

61. Pour déterminer si un fusionnement de fabricants de produits différenciés aura vraisemblablement pour effet d'accroître la capacité de l'entité fusionnée d'exercer

unilatéralement une puissance commerciale, le Bureau se fondera sur toute information permettant d'établir si les produits des entreprises qui fusionnent représentent les deux premiers choix d'un grand nombre de consommateurs. Seront particulièrement utiles des renseignements révélant les changements de comportement passés des consommateurs en réaction à une variation des prix relatifs. 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 du fusionnement.

62. Sur les marchés où les entreprises se distinguent principalement par leur capacité de production, il peut être profitable d'augmenter les prix après un fusionnement, si ce dernier élimine un concurrent vers lequel les consommateurs se tourneraient en conséquence d'une augmentation des prix. Une majoration des prix ne sera vraisemblablement pas profitable si d'autres entreprises sur le marché peuvent absorber la demande que les consommateurs ont détournée de l'entité fusionnée. Les autres entreprises ne pourront absorber cette demande détournée que si elles ont une capacité de production suffisante ou si elles peuvent accroître cette capacité rapidement et à un faible coût.

63. Dans un fusionnement de banques, la capacité sera vraisemblablement limitée, dans une certaine mesure, par l'accès à des capitaux prêtables, mais elle peut aussi l'être par l'insuffisance de personnel qualifié connaissant le marché et par d'autres facteurs entrant dans la prestation de services bancaires.

Diminution de la concurrence via un comportement en interdépendance

64. L'expression « comportement en interdépendance » sert à désigner le comportement d'un groupe d'entreprises qui sert les intérêts de chacune uniquement parce qu'elles agissent de manière coopérative et conciliante. La probabilité qu'une telle situation se produise est plus grande sur les marchés sur lesquels les entreprises

peuvent convenir de coopérer, surveiller réciproquement leur comportement et réagir à tout agissement qui n'est pas compatible avec l'attitude coopérative des autres[20]. Ce genre de comportement peut inclure des ententes tacites ou explicites concernant les prix, les niveaux de service ou toute autre dimension de concurrence.

65. Une forte concentration sur le marché pertinent est une condition nécessaire, mais insuffisante, pour conclure qu'il y aura vraisemblablement une diminution de la concurrence en raison de la probabilité accrue d'interdépendance. Il est plus facile et moins coûteux pour des entreprises sur un marché d'adopter et d'appliquer un comportement de coopération ou une entente limitant la concurrence si un petit nombre d'entreprises occupent une part importante de l'ensemble du marché. Toutefois, une forte concentration ne signifie pas, à elle seule, qu'un fusionnement accroîtra la vraisemblance de l'exercice en interdépendance d'une puissance commerciale. Pour qu'il puisse y avoir exercice en interdépendance d'une puissance commerciale, il faut, en plus d'une forte concentration, que les entreprises aient la capacité de s'entendre ainsi que de déceler toute dérogation par les entreprises et de les en dissuader.

66. Il est vraisemblablement plus facile de parvenir à une entente lorsque les produits et/ou les entreprises présentent des caractéristiques homogènes et lorsqu'il est facile d'obtenir des renseignements importants sur des entreprises rivales et sur les conditions du marché. En revanche, la complexité des produits et les divergences de l'offre de ces produits, ainsi que l'innovation rapide et fréquente des produits, peuvent faire en sorte qu'il est plus difficile de parvenir à une entente. L'existence d'associations sectorielles qui facilitent la communication et la diffusion de l'information entre les membres peuvent aussi faciliter une coopération anticoncurrentielle.

---

20 La punition peut prendre la forme de bas prix sur le marché pertinent ou sur d'autres marchés.

67. Voici d'importants facteurs pouvant influer sur la capacité des entreprises de déceler des dérogations à une entente de coopération et de réussir à dissuader des entreprises de déroger de la sorte.

- Transparence des conditions régissant les opérations commerciales. Lorsqu'il y a transparence des prix, il est plus facile pour les intervenants sur le marché de déceler des dérogations.
- Stabilité des coûts sous-jacents. Lorsque les coûts varient, il peut être difficile de déterminer si une variation des prix représente une dérogation à l'entente ou si elle est attribuable à une variation des coûts.
- Importance et fréquence des ventes de produits. Lorsque les ventes sont réalisées en importants volumes distincts et qu'elles sont relativement peu fréquentes, il est relativement plus profitable de déroger à une entente et la dissuasion efficace devient plus difficile.
- Présence sur de multiples marchés. Lorsque des entreprises sont présentes sur de multiples marchés géographiques ou marchés de produits, il y a une plus grande possibilité de dissuader des entreprises de déroger à l'entente de coopération.

68. Le Bureau déterminera s'il y a eu, dans le passé, des antécédents d'interdépendance entre des intervenants sur le marché. Il étudiera aussi la possibilité que des entreprises agissant à leur gré puissent faire obstacle à la coordination.

69. Dans des examens antérieurs de fusionnements de banques, le Bureau a constaté que les marchés géographiques de certains produits sont souvent de nature locale, mais que les intervenants sur ces marchés ont des activités à l'échelle nationale ou régionale. Lorsqu'il s'agit de marchés géographiques de nature locale, le niveau de concentration sera mesuré à l'échelle locale, mais la facilité avec laquelle une entente de coopération peut être conclue et maintenue sera mesurée à l'échelle tant locale que nationale. Si la concurrence s'exerce localement, alors il doit exister une forte

concentration locale pour que l'interdépendance soit facilitée. Toutefois, la coopération peut avoir lieu parmi des décideurs sur les marchés locaux ou sur le marché national ou régional; en d'autres termes, les dirigeants peuvent avoir la capacité de conclure et de maintenir une entente en matière d'établissement des prix sur un marché local donné, même s'il y a faible concentration à l'échelle nationale.

CRITÈRES D'ÉVALUATION

70. Plusieurs des facteurs énumérés à l'article 93 occupent une place importante dans la définition du marché. Toutefois, une fois que les marchés pertinents ont été définis et les parts de marché établies, il importe d'évaluer ces facteurs sur chacun des marchés pertinents lorsque la part de marché détenue par l'entité fusionnée dépasse 35 % ou lorsque la part de marché occupée par les quatre plus grandes entreprises est supérieure à 65 %, afin de déterminer si les parties au fusionnement peuvent maintenir une augmentation des prix durant plus de deux ans.

Concurrence étrangère

71. L'évaluation de la concurrence étrangère (conformément à l'alinéa 93*a*)), qui est particulièrement importante dans le contexte de la mondialisation des marchés, consiste à déterminer dans quelle mesure des produits ou des concurrents étrangers opposent ou opposeront vraisemblablement une concurrence réelle aux activités des parties au fusionnement. Pour évaluer l'influence de la concurrence étrangère, il faut étudier un certain nombre de facteurs, dont la mesure dans laquelle des restrictions visant la participation étrangère dans des entreprises canadiennes peuvent vraisemblablement entraver la concurrence étrangère ou la rendre moins efficace.

72. Par exemple, la réglementation en vigueur limite l'entrée des banques étrangères en les obligeant à établir des filiales au lieu de leur permettre simplement d'exercer leurs activités par l'intermédiaire de succursales au Canada. Font aussi partie

des limites à la concurrence étrangère les restrictions imposées aux banques étrangères au sujet de l'offre de produits assurés par la SADC. La règle limitant la participation étrangère à 10 % a pour effet de limiter l'entrée d'entreprises étrangères et, bien qu'elle soit généralement considérée comme une contrainte s'appliquant aux fusionnements sur le marché intérieur, elle a également pour effet de restreindre la capacité des entreprises étrangères d'acquérir une participation importante dans les institutions financières canadiennes. De plus, un autre élément dont il faut tenir compte pour évaluer l'influence de la concurrence étrangère est la mesure dans laquelle les progrès technologiques, notamment les opérations bancaires électroniques, ont facilité l'entrée d'entreprises étrangères.

Existence de substituts acceptables

73. En plus d'établir les produits livrant concurrence aux produits des parties au fusionnement et devant donc être inclus dans la définition du marché pertinent ou des parts de marché, il faut déterminer si l'offre de ces produits pourrait vraisemblablement s'accroître ou devenir accessible durant les deux premières années suivant le fusionnement, si les parties au fusionnement tentaient d'utiliser leur puissance commerciale (alinéa 93*c*)). Sous ce rapport, il faut déterminer si les vendeurs ont déjà ou pourraient facilement acquérir, collectivement, une capacité supplémentaire suffisante, s'il est probable qu'il y ait effectivement un accroissement suffisant de l'offre totale de substituts sur le marché, et s'il est vraisemblable que les acheteurs, pour des raisons liées à la qualité, détournent vers des substituts acceptables une part de leurs achats qui soit suffisante pour empêcher que les parties au fusionnement ne maintiennent avec profit, après le fusionnement, une augmentation des prix appréciable sur le marché pertinent.

74. Par exemple, s'il est vrai que la plupart des clients ont accès par téléphone à des services bancaires de détail, d'autre services bancaires électroniques nécessitant un

ordinateur peuvent ne pas être facilement accessibles à de nombreux ménages et à de nombreuses petites entreprises, si bien que l'effet limitatif n'est pas nécessairement suffisant pour empêcher les banques qui fusionnent de pouvoir exercer une puissance commerciale. De plus, même si le nombre d'opérations bancaires électroniques s'est fortement accru au cours de la dernière décennie et si de nouveaux produits sont constamment mis en marché, plus de deux ans peuvent s'écouler avant que les produits ne soient adoptés par les clients et qu'une influence limitative suffisante ne puisse s'exercer sur les prix établis par les parties au fusionnement.

Entraves à l'accès

75. L'alinéa 93*d*) prévoit les éléments suivants :

i) « les entraves à l'accès à un marché, notamment :

ii) les barrières tarifaires et les barrières non tarifaires au commerce international,

iii) les barrières interprovinciales au commerce,

iv) la réglementation de cet accès, et tous les effets du fusionnement réalisé ou proposé sur ces entraves ».

76. L'étape de l'examen que le Bureau a à effectuer en vertu de l'alinéa 93*d*) a pour objet de déterminer si une augmentation appréciable des prix ou un autre changement sur le marché pertinent amené par le fusionnement, entraînera vraisemblablement l'entrée sur le marché d'un nombre suffisant de concurrents pour faire en sorte qu'il soit impossible de maintenir cette hausse des prix durant plus de deux ans.

77. Dans cet examen, il faut tenir compte de tout facteur ou de toute combinaison de facteurs pouvant rendre moins probable ou plus difficile l'entrée d'un nombre suffisant de concurrents dans les deux ans suivant le fusionnement. Pour ce faire, il faudra généralement déterminer si l'entrée sera vraisemblablement retardée ou

empêchée par l'existence de désavantages au niveau des coûts pour les nouveaux venus ou par la nécessité de faire des investissements qui ne pourront vraisemblablement pas être récupérés si la tentative d'entrer sur le marché échoue. Ces investissements sont qualifiés de coûts irrécupérables.

78. Lorsqu'il déterminera la vraisemblance de l'entrée sur le marché, le Bureau tiendra compte d'abord de la rentabilité de l'entrée. Par conséquent, dans un examen des probabilités d'entrée, il faudra tenir compte des obstacles à surmonter pour entrer sur le marché et des occasions de réaliser des profits créées par le fusionnement. Comme l'entrée de nouveaux concurrents doit se faire à une échelle suffisante pour qu'il soit impossible de maintenir une augmentation appréciable des prix durant plus de deux ans après le fusionnement, il faudra déterminer, dans l'analyse de l'entrée vraisemblable, s'il sera profitable pour des entreprises d'entrer sur le marché lorsque les prix sont inférieurs aux prix ainsi majorés[21].

79. La profitabilité, et par conséquent la vraisemblance, de l'entrée d'entreprises à des prix inférieurs à ceux résultant d'un fusionnement dépendront surtout des désavantages que subiront les nouveaux arrivants sur le plan des coûts, de l'importance des coûts de démarrage irrécupérables associés à l'entrée et de la probabilité de succès de l'entrée. Le Bureau devra déterminer la probabilité d'entrée d'un nombre suffisant d'entreprises pour empêcher qu'une augmentation des prix, après le fusionnement, ne dure plus de deux ans et ce, pour chacun des marchés pertinents pour lesquels le Bureau aura déterminé que, sans entrée d'un nombre suffisant d'entreprises, la concurrence sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement par suite du fusionnement. Lorsqu'il existe plusieurs de ces marchés, comme cela peut se produire dans le cas d'un fusionnement de banques, il faudra

---

21 L'entrée sur le marché avant un fusionnement pourrait ne pas être profitable parce qu'elle abaisserait les prix à des niveaux inférieurs à ceux prévalant avant le fusionnement.

déterminer la possibilité que l'entrée sur la totalité de ces marchés de produits ou de ces marchés géographiques soit la seule solution viable. Il peut en être ainsi s'il est possible de réaliser d'importantes économies de diversification ou de gamme par l'offre simultanée de plusieurs produits différents ou par l'entrée simultanée sur plusieurs marchés géographiques.

80. Pour établir la vraisemblance de l'entrée future sur les marchés des services bancaires, le Bureau commencera généralement par déterminer la vraisemblance de l'entrée de banques, d'autres institutions de dépôts et de tout autre fournisseur possible qui semble bénéficier d'un avantage. Par exemple, lorsqu'il s'agit de marchés de produits locaux, le Bureau déterminera s'il est vraisemblable que des banques ou d'autres institutions fournissant le produit pertinent sur d'autres marchés géographiques ou fournissant des produits semblables sur un même marché géographique augmentent leur part de l'offre du produit pertinent sur le marché géographique pertinent.

Avantages sur le plan des coûts, en chiffres absolus

81. Les entreprises en place peuvent bénéficier d'importants avantages sur le plan des coûts par rapport aux entreprises qui pourraient s'implanter sur le marché, avantages qu'elles tirent de diverses sources. Les sous-alinéas (i), (ii) et (iii) de l'alinéa 93*d*) signalent trois sources d'avantages sur le plan des coûts qui peuvent constituer des entraves considérables, et dans certains cas insurmontables, à l'accès au marché[22]. Aux paragraphes 71 et 72 est analysée la mesure dans laquelle la réglementation de l'accès des banques étrangères peut faciliter l'exercice d'une puissance commerciale sur le marché canadien.

22

Ces trois sources sont: i) les barrières tarifaires et les barrières non tarifaires au commerce international; ii) les barrières interprovinciales au commerce; iii) la réglementation de l'accès.

82. Les autres sources possibles d'avantages sur le plan des coûts comprennent le contrôle de l'accès à des ressources rares et le contrôle de la participation à des activités conjointes, comme le système de paiements.

Coûts irrécupérables

83. L'expression « coûts irrécupérables » désigne la proportion des coûts totaux à supporter par une entreprise pour s'implanter sur le marché, laquelle proportion représente des dépenses utiles si l'entreprise reste sur le marché, mais est irrécupérable si l'entreprise se retire du marché. Les nouveaux arrivants dans le secteur bancaire ou sur d'autres marchés sont souvent obligés d'engager diverses dépenses de démarrage irrécupérables qui sont occasionnées, par exemple, par l'acquisition de renseignements sur le marché, par la décision d'entrer sur le marché, par la conception et la mise à l'essai de produits, par l'installation d'équipement, par le recrutement de nouveaux employés et par la mise en place d'un système de distribution. De plus, les nouveaux arrivants éventuels peuvent avoir à supporter des coûts irrécupérables parce qu'il leur faut investir dans des immobilisations propres au marché et apprendre comment tirer le maximum de ces éléments d'actif (ces investissements peuvent prendre la forme de dépenses pour la formation du personnel et pour l'acquisition de renseignements sur les conditions du marché local), surmonter les avantages que les banques en place retirent de leur réputation et/ou surmonter les désavantages résultant du comportement stratégique des banques en place.

84. Sur les marchés locaux de services bancaires, les dépenses (coûts) irrécupérables peuvent être engagées en vue d'établir les installations de distribution nécessaires pour les opérations de prêt et de dépôt et pour les autres services bancaires, de mettre en place ou d'étendre un système informatique spécialisé, ainsi de suite. Pour déterminer la vraisemblance d'entrée, le Bureau tiendra compte des progrès technologiques pouvant réduire les coûts irrécupérables, en permettant le recours

rentable à des modes de distribution ne nécessitant pas une présence matérielle. Toutefois, étant donné l'objet de l'analyse de l'accès au marché, les changements technologiques doivent être vraisemblables et suffisamment importants pour empêcher une augmentation des prix après un fusionnement. Lorsque les renseignements obtenus indiquent, par exemple, qu'il est peu probable qu'un nouvel arrivant ayant une présence matérielle limitée sur le marché ne soit accepté par un nombre suffisant de consommateurs, l'entrée sur le marché ne sera pas considérée comme suffisante pour empêcher une augmentation des prix après un fusionnement.

85. Comme la décision d'entrer sur un marché est habituellement prise dans des conditions de réussite incertaine, la probabilité de l'entrée future de concurrents d'envergure décroît à mesure que s'accroît la proportion de la totalité des coûts d'entrée que représentent les coûts irrécupérables. Dans son évaluation des coûts irrécupérables, le Bureau cherchera surtout à déterminer si les résultats vraisemblables de l'entrée, le temps qu'il faudra mettre pour devenir un concurrent efficace et le risque d'échec de la tentative d'entrée, considérés globalement, justifient les investissements irrécupérables qu'il faudrait faire pour tenter d'entrer sur le marché.

86. Il est souvent possible de se renseigner sur les dépenses qui doivent être engagées et sur le temps nécessaire pour devenir un concurrent efficace par l'examen des tentatives d'entrée antérieures sur le marché pertinent ou sur d'autres marchés présentant des caractéristiques semblables au marché pertinent. Toutefois, l'information sur les tentatives d'entrée antérieures ne sera pas, à elle seule, une preuve de la vraisemblance de l'entrée sur un marché pertinent. Les entreprises entrent sur un marché et s'en retirent pour plusieurs raisons. L'entrée d'entreprises qui résulte de changements dans les conditions de marché qui sont sans rapport avec un fusionnement n'amènera pas le Bureau à déduire qu'il y aura effectivement entrée de firmes suffisamment importantes pour empêcher une augmentation des prix après un fusionnement. De façon générale, le Bureau conclura qu'un fusionnement ne sera pas

susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence lorsqu'il pourra être établi qu'en conséquence du fusionnement ou de l'exercice d'une puissance commerciale pouvant en résulter, des entreprises entreront sur le marché pertinent à une échelle suffisante pour qu'une hausse appréciable des prix ne puisse vraisemblablement pas être maintenue sur une part importante du marché pertinent durant plus de deux ans.

87. L'annexe 1 du document intitulé *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi* présente d'autres renseignements de fond au sujet des coûts irrécupérables.

Temps

88. Un des importants aspects à étudier dans l'examen des conditions d'entrée consiste à déterminer le temps qu'il faut pour qu'un concurrent potentiel réagisse à une augmentation appréciable des prix ou à un autre changement sur le marché résultant d'un fusionnement, et pour qu'il devienne un réel concurrent sur le marché pertinent. De façon générale, plus est long le temps que les concurrents potentiels mettraient à devenir de réels concurrents efficaces, moins il est vraisemblable que la menace d'entrée future ne dissuade les entreprises en place d'exercer une puissance commerciale et plus une puissance commerciale pourra être exercée longtemps. Pour déterminer s'il est probable que dans les deux ans suivant un fusionnement, une ou des entreprises fassent leur entrée sur le marché à une échelle suffisante pour qu'une augmentation appréciable des prix ne puisse être maintenue au delà de cette période, le Bureau tiendra compte du temps que les entreprises mettront et des pertes que les nouveaux arrivants possibles peuvent subir avant d'atteindre une taille suffisante, afin d'établir si ces éléments amèneront vraisemblablement une augmentation des coûts irrécupérables, du risque ou de l'incertitude associés à l'entrée, ce qui réduirait du même coup les probabilités d'entrée.

Concurrence réelle restante

89. Le concept de concurrence réelle restante est une notion vaste ayant rapport à l'ensemble des forces contraignantes provenant de toutes les sources de concurrence sur un marché, dont les concurrents individuels, la concurrence étrangère, les substituts existants et acceptables, les nouveaux arrivants et l'innovation. À cet égard, il faut évaluer la nature et l'importance des formes de rivalité telles que le recours aux rabais et à d'autres stratégies énergiques d'établissement des prix, les méthodes innovatrices de distribution et de commercialisation, les innovations dans les produits et les emballages et les offres vigoureuses de services qui ont été observées sur le ou les marchés pertinents (alinéa 93(*e*)). Ces formes de concurrence contrastent fortement avec celles observées sur les marchés où les concurrents acceptent la stabilité ou se contentent de suivre, en matière d'établissement des prix, les initiatives d'entreprises qui sont des chefs de file ou qui aspirent à le devenir. De plus, le Bureau évaluera dans quelle mesure les concurrents existants sur le marché demeureront aussi dynamiques et efficaces qu'ils l'étaient avant un fusionnement.

90. Il est généralement impossible d'alléguer qu'un fusionnement augmentera la capacité des entreprises qui fusionnent d'exercer unilatéralement une puissance commerciale et de contester ainsi une telle transaction lorsqu'il apparaît clairement qu'elle n'aura vraisemblablement pas pour effet de réduire le niveau de concurrence réelle restante et cela, que le niveau absolu de concurrence réelle sur le marché en question paraisse élevé ou faible.

Élimination d'un concurrent dynamique et efficace

91. L'évaluation des caractéristiques concurrentielles de l'entreprise acquise permet de dégager plus directement ce qui pourrait vraisemblablement être perdu en conséquence du fusionnement (alinéa 93(*f*)). Une grande variété de facteurs peuvent

révéler si l'entreprise acquise, qu'elle soit grande ou petite, est ou a été un concurrent dynamique et efficace, par exemple : l'importance de ses activités d'innovation; son rôle sur le marché (décideur ou preneur de prix); son recours aux rabais ou à d'autres stratégies énergiques d'établissement des prix; son influence perturbatrice sur un marché où un comportement d'interdépendance semble par ailleurs possible; le fait qu'elle offre des services uniques au marché ou qu'elle incite d'autres concurrents à maintenir leurs offres de services comportant de tels avantages.

92. Même s'il y a empêchement ou diminution de la concurrence, dans une certaine mesure, lorsqu'une entreprise dynamique et efficace est éliminée d'un marché pertinent par suite d'un fusionnement, cela ne suffit généralement pas en soi à justifier la mise en oeuvre de procédures en application de la *Loi*. Il doit aussi être établi qu'à la suite de l'élimination de ce concurrent, les prix seront nettement supérieurs à ce qu'ils seraient en l'absence du fusionnement, c'est-à-dire qu'il doit aussi exister des conclusions défavorables au fusionnement en rapport avec d'autres facteurs, notamment la concurrence réelle restante et la possibilité de nouveaux arrivants.

Changements et innovation

93. Bien qu'elle fasse déjà partie, dans une certaine mesure, de l'évaluation des effets des autres facteurs énumérés à l'article 93, l'analyse des changements et des innovations est élargie pour inclure l'évolution dynamique générale sur le plan des produits, de la distribution, des services, des ventes, de la commercialisation, des préférences des acheteurs, de la structure des entreprises, de la réglementation et de l'économie dans son ensemble (alinéa 93(*g*)). Les pressions exercées sur les concurrents qui restent sur un marché par la nature et l'étendue des progrès dynamiques dans un de ces domaines peuvent avoir pour effet de rendre invraisemblable ou éphémère une augmentation appréciable des prix. À cette étape de l'analyse, on tiendra compte également du stade de développement du marché.

94. S'il est vrai que les services bancaires classiques sont généralement considérés comme un secteur ayant atteint son plein développement, l'apparition de nouveaux modes de distribution et d'une clientèle plus avertie a néanmoins provoqué des changements dans le fonctionnement du secteur financier. Par exemple, l'évolution des entreprises de crédit-bail et des sociétés de financement a mené à la désintermédiation, phénomène suivant lequel les banques perdent leur rôle classique d'intermédiaires entre les prêteurs et les emprunteurs. Cette tendance et d'autres sont d'une importance critique dans l'analyse de la capacité des entreprises qui fusionnent d'exercer une puissance commerciale.

95. Lorsqu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'intensifier ou de faciliter le maintien d'une puissance commerciale existante, les arguments suivant lesquels il entraînera vraisemblablement des synergies en matière d'innovation ou d'autres gains en efficience seront étudiés conformément à l'article 96.

Faillite d'entreprise et sortie

96. L'alinéa 93*b*) souligne l'importance d'évaluer « la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise, d'une des parties au fusionnement réalisé ou proposé ». L'introduction à l'article 93 indique clairement que l'information à ce sujet doit être prise en considération lorsqu'il s'agit de « déterminer, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet ». L'effet que peut avoir la sortie d'une entreprise à d'autres égards que celui de la concurrence dépasse généralement l'étendue de l'évaluation visée à l'alinéa 93*b*).

97. La faillite probable d'une partie à un fusionnement n'est pas un motif suffisant pour conclure qu'un fusionnement n'aura vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Il faut évaluer d'autres possibilités — par exemple, l'acquisition de l'entreprise en faillite par un tiers, la

réduction des activités de l'entreprise en difficulté ou la liquidation — pour déterminer s'il en résulterait sur le marché pertinent un niveau de concurrence nettement plus élevé que si le fusionnement avait lieu. Le Bureau procédera de la même manière lorsqu'il analysera les situations dans lesquelles une entreprise souhaite se retirer d'un marché pour des raisons autres que sa défaillance, par exemple, une rentabilité insatisfaisante ou le désir d'une entreprise diversifiée de concentrer ses efforts ailleurs. Ces considérations s'appliquent également dans l'examen de demandes liées à la faillite et se rapportant à une division ou à une filiale en propriété exclusive d'une entreprise plus grande[23].

98. Le Bureau reconnaît qu'il ne doit pas négliger, dans son analyse, les circonstances particulières d'une entreprise en faillite. Les Lignes directrices précisent qu'il existe des facteurs pouvant limiter les effets possibles sur la concurrence d'un fusionnement dans lequel une des parties est une entreprise défaillante. Premièrement, la perte d'influence concurrentielle d'une entreprise en difficulté ne peut pas être attribuée à l'acquisition d'une telle entreprise lorsque celle-ci se serait retirée du marché pertinent de toute manière. Deuxièmement, la possibilité que l'acquisition d'une entreprise défaillante accentue la puissance commerciale de l'acquéreur est souvent d'autant plus réduite que la faillite de l'entreprise acquise devient de plus en plus imminente et que sa position relative sur le marché s'affaiblit. Troisièmement, la probabilité d'éviter que les effets sur la puissance commerciale se fassent sentir après le fusionnement, grâce à des moyens tels que la réduction des activités ou la liquidation,

---

23

Cependant, dans l'évaluation des dossiers se rapportant à la faillite d'une filiale ou d'une division, il faudra accorder une attention particulière à l'établissement des prix de transfert à l'intérieur de la plus grande entreprise, à la répartition des coûts à l'intérieur de l'entreprise, aux frais de gestion, aux redevances et aux autres aspects qui peuvent être particulièrement pertinents dans le contexte. De façon générale, les modes d'attribution seront évalués en fonction des valeurs d'opérations équivalentes sans lien de dépendance.

diminue habituellement à mesure que s'accroît la vraisemblance de la faillite de l'entreprise en question.

99. À partir du moment où il obtient tous les renseignements nécessaires, le Bureau mettra généralement jusqu'à six semaines pour déterminer la probabilité de faillite d'une entreprise si un fusionnement n'a pas lieu. Le temps nécessaire pour accomplir cette évaluation variera selon le cas. Les entreprises qui entendent se prévaloir des dispositions concernant les entreprises en faillite (déconfiture) et/ou qui prévoient devoir chercher un acquéreur préférable sur le plan de la concurrence sont incitées à déposer l'information ou à effectuer cette recherche le plus tôt possible. Lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas un autre acheteur préférable sur le plan de la concurrence, l'évaluation des effets vraisemblables d'un fusionnement sur la concurrence devient sans intérêt.

100. La durée de l'évaluation peut être d'une grande importance dans le domaine des services financiers où la lenteur peut provoquer une incertitude au sujet des dépôts des clients. Le Bureau a examiné, dans ce secteur, des opérations dans lesquelles des entreprises étaient en difficulté et il a exécuté cet examen dans les délais convenant aux parties au fusionnement. Toutefois, le Bureau ne peut garantir qu'il en sera toujours ainsi et il incite toutes les parties qui se trouvent dans cette situation à s'adresser à lui le plus tôt possible. Les entreprises peuvent envisager de consulter le Bureau au même moment où elles informent le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) de leur situation et des mesures qu'elles prennent pour remédier aux difficultés. Dans ces circonstances, il importera pour le Bureau d'être en liaison avec le ministre des Finances, puisqu'il s'agit de situations dans lesquelles le Ministre peut, conformément à l'article 94 de la *Loi*, exercer le pouvoir d'autoriser un fusionnement qui serait autrement contesté par le Bureau. Toutefois, le Bureau peut vouloir renseigner le Ministre sur l'existence de solutions qui seraient préférables au fusionnement sur le plan de la concurrence, avant qu'un certificat ne soit délivré.

Autres critères d'évaluation

101. Enfin, l'alinéa 93*h*) prévoit l'évaluation d'autres critères pouvant être pertinents du point de vue de la concurrence sur les marchés où un fusionnement a ou pourrait avoir des effets, en vue de déterminer si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. C'est ainsi que sera analysée la possibilité que des entreprises sur le marché aient recours à des pratiques pouvant nuire à la concurrence, comme les contrats d'exclusivité, les ventes liées et la discrimination par les prix.

EXCEPTION POUR GAINS EN EFFICIENCE

102. L'article 96 de la *Loi* prévoit une exception pour gains en efficience aux dispositions de l'article 92 de la *Loi*. Le Bureau reconnaît que les changements dans la réglementation, les progrès technologiques et la mondialisation entraîneront des conséquences pour la structure du secteur des services financiers. Il est prévu que les banques réagiront à ces changements et à ceux d'une autre nature par diverses opérations de restructuration, dont les fusionnements. Un fusionnement de banques peut avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, mais le Tribunal de la concurrence ne peut pas rendre une ordonnance contre un fusionnement si, de façon générale, ce fusionnement aura un effet favorable sur l'économie canadienne. Lorsque la comparaison des effets anticoncurrentiels et des gains en efficience pouvant vraisemblablement résulter d'un fusionnement révèle qu'un fusionnement serait favorable à l'économie canadienne dans son ensemble, le Bureau de la concurrence interprétera le paragraphe 96(1) de manière à privilégier l'efficience dans l'analyse comparative des effets sur la concurrence et des gains en efficience. Toutefois, les gains en efficience doivent représenter des économies sous forme de réduction des

coûts qui ne pourraient être réalisées si était rendue l'ordonnance nécessaire pour éliminer les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement. De plus, la réduction des coûts doit correspondre à une économie réelle de ressources économiques et non pas à des gains réservés aux parties au fusionnement qui peuvent découler, par exemple, d'un plus grand pouvoir de négociation avec les fournisseurs.

103. C'est aux entreprises qui fusionnent qu'il incombe de faire la preuve des gains en efficience. Pour faciliter et accélérer l'évaluation de la nature et de l'importance des gains en efficience pouvant résulter d'un fusionnement, les parties au fusionnement sont incitées à soumettre leurs arguments au Bureau le plus tôt possible au cours de l'examen du fusionnement. Il n'est pas nécessaire d'attendre que le Bureau ait conclu que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Gains en efficience qui seraient vraisemblablement réalisés si une ordonnance était rendue

104. Les gains en efficience que l'on prétend pouvoir être réalisés ne seront pas retenus dans l'analyse les comparant aux effets anticoncurrentiels probables d'un fusionnement lorsque ces gains seraient tout de même vraisemblablement réalisés si était rendue l'ordonnance nécessaire pour éliminer les effets du fusionnement. Si l'un de ces gains pouvait, selon toute vraisemblance, aussi être réalisé par des moyens moins dommageable à la concurrence tels qu'une croissance interne, un fusionnement avec un tiers, une coentreprise, une entente de spécialisation, une licence, une location ou une autre entente contractuelle, si l'ordonnance en question était rendue, alors les gains ne peuvent pas être attribués uniquement au fusionnement.

105. L'ordonnance en question est celle que le directeur demande au Tribunal de rendre ou toute autre ordonnance que ce dernier peut rendre. Lorsque le directeur n'a pas encore présenté une demande au Tribunal, les parties peuvent généralement

obtenir du Bureau une description générale de l'ordonnance que le directeur pourrait vraisemblablement demandé au Tribunal de rendre[24].

106. Si le Bureau conclut qu'un fusionnement de banques aura pour effet de diminuer la concurrence sur certains marchés locaux, la mesure corrective que le directeur peut demander au Tribunal d'ordonner peut prendre la forme du dessaisissement d'éléments d'actif sur ces marchés. Dans ce cas, tout gain en efficience supposé qui serait vraisemblablement réalisé même par suite du dessaisissement d'éléments d'actif, ou la part de la totalité des gains en efficience qui serait néanmoins réalisée, seront exclus de l'analyse comparative. Le Bureau ne tiendra pas compte non plus de tout gain en efficience pouvant vraisemblablement être réalisé par une forme de coopération autre qu'un fusionnement. Le Bureau reconnaît que la nature du secteur des services financiers, en particulier sa structure en réseau, fait en sorte que la coopération entre les institutions financières leur permet souvent de fournir efficacement les produits et services aux clients. Des exemples de coopération entre les banques dans le passé, notamment Interac et Simcor, laissent entendre que les formes de coopération autres que le fusionnement peuvent, dans certaines circonstances, permettre de réaliser les gains en efficience souhaités tout en abaissant la possibilité d'une diminution sensible de la concurrence. Dans d'autres circonstances, il se peut qu'un fusionnement ait des effets anticoncurrentiels moins prononcés, par exemple lorsqu'il s'agit d'un fusionnement pouvant faciliter l'entrée sur des marchés étrangers, d'une coentreprise avec une entreprise étrangère, d'une coentreprise entre des entreprises du pays qui a uniquement pour but de faciliter les activités sur des marchés étrangers ou encore d'un fusionnement avec une entreprise étrangère ou son

---

24

Il est nécessaire de connaître la nature de l'ordonnance parce que les gains en efficience ne sont retenus, dans le processus de comparaison visé à l'article 96, que « s'ils ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue ».

acquisition. Lorsqu'il s'agira de déterminer si les gains en efficience supposés seraient vraisemblablement réalisables par un fusionnement avec un tiers ou par une autre forme de coopération dans l'hypothèse où l'ordonnance serait rendue, on ne tiendra compte que des autres propositions de fusionnement existantes qui ont moins d'effets anticoncurrentiels et qu'il est raisonnable d'espérer voir se réaliser si une ordonnance est rendue à l'égard du projet de fusionnement initial. Les gains en efficience ne seront généralement pas exclus du processus de comparaison sous le prétexte qu'ils *pourraient* être réalisés par un fusionnement avec un tiers non identifié.

Gains provenant d'une redistribution

107. Les gains en efficience supposés ne seront pas retenus s'ils constituent uniquement une redistribution de revenu entre deux ou plusieurs personnes. Par exemple, les gains dont on prévoit soutirer d'une augmentation du pouvoir de négociation qui permettra à l'entité fusionnée d'obtenir des concessions salariales ou des remises de fournisseurs non justifiées par les prix de revient représentent plutôt une redistribution de revenu depuis les employés ou le fournisseur, selon le cas, vers l'entité fusionnée. Ces gains ne sont pas réalisés en conséquence d'une économie de ressources. Cette situation contraste avec celle dans laquelle le fournisseur est en mesure d'offrir de meilleures conditions du fait que des commandes plus importantes de l'entité fusionnée permettront au fournisseur de réaliser des économies d'échelle, de réduire les frais des opérations ou de réaliser d'autres économies.

« Surpasser » et « neutraliser »

108. Le mot « surpasser » signifie que les gains en efficience doivent être plus importants, plus étendus et d'une plus grande ampleur que les effets anticoncurrentiels qu'entraînera vraisemblablement un fusionnement. Par comparaison, le terme « neutraliser » suppose que les gains en efficience doivent contrebalancer ou compenser

les effets anticoncurrentiels vraisemblables d'un fusionnement.

109. Les termes « surpasser » et « neutraliser » ont chacun une dimension à la fois qualitative et quantitative. Autrement dit, les gains en efficience doivent surpasser les effets anticoncurrentiels que pourrait vraisemblablement entraîner un fusionnement, d'un point de vue tant qualitatif que quantitatif; les gains en efficience doivent aussi neutraliser ces effets anticoncurrentiels, tant d'un point de vue qualitatif et quantitatif. Pour être considérés comme supérieurs aux effets anticoncurrentiels, les gains en efficience doivent pouvoir être mesurés en termes semblables à ceux utilisés pour mesurer la totalité ou une partie des effets anticoncurrentiels qu'entraînera vraisemblablement un fusionnement. Lorsque les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels ne peuvent pas être mesurés en termes semblables, il faudra déterminer si les gains neutralisent ou compensent les effets. Cette évaluation peut être de nature subjective et devra normalement être laissée à la discrétion du directeur[25]. Bref, lorsque les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels peuvent être mesurés en dollars ou suivant une autre unité de mesure, il faut déterminer si les premiers « surpassent » les seconds; par contre, lorsque les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels ne peuvent pas être mesurés ainsi, il faut déterminer si les premiers « neutralisent » les seconds. Lorsque tous les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels peuvent être mesurés de la même manière et lorsque les gains en efficience « surpassent » les effets anticoncurrentiels, on considérera qu'ils

---

25

En conséquence, si une partie des gains en efficience vraisemblablement entraînés par un fusionnement comprend des gains en efficience dynamiques dans le domaine de la R-D (qui ne peuvent pas être mesurés de la même façon que les effets anticoncurrentiels vraisemblables), et si une partie des effets anticoncurrentiels qui découleront vraisemblablement du fusionnement comprend une diminution du service, de la qualité ou de la variété (qui ne peut pas être mesurée de la même façon que les gains en efficience vraisemblables), le directeur devra évaluer, selon son propre jugement, si les gains en efficience dans le domaine de la R-D compenseront vraisemblablement les effets d'une diminution du service, de la qualité ou de la variété.

« neutralisent » aussi ces effets.

« Effets anticoncurrentiels »

110. Selon le paragraphe 96(1), les gains en efficience doivent être comparés aux « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé ». Lorsqu'un fusionnement donne lieu à une augmentation des prix, il crée à la fois un effet de redistribution neutre[26] et un effet négatif, du point de vue de la répartition des ressources, sur le surplus total (surplus du producteur et surplus du consommateur) au Canada. Les gains en efficience décrits ci-dessus sont comparés au dernier de ces effets, c'est-à-dire à la perte sèche pour l'économie canadienne.

111. De façon générale, il est difficile de mesurer les effets anticoncurrentiels vraisemblables des fusionnements, surtout lorsqu'il s'agit de mesurer les pertes sous forme de diminution sur le plan du service, de la qualité, de la variété, de l'innovation ou toute dimension de la concurrence autre que les prix. Dans la mesure où il est souvent impossible de quantifier de telles pertes, il faut leur attribuer une pondération qualitative. Comme il est difficile d'estimer avec précision tant l'élasticité de la demande sur le marché que l'ampleur de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résultera vraisemblablement d'un fusionnement, il faut généralement effectuer plusieurs évaluations comparatives d'une série d'augmentations des prix et d'élasticités de la demande.

112. Pour mesurer l'ampleur des gains en efficience vraisemblables, il faut généralement calculer les économies, sur le plan des coûts, associées à la baisse de production qui provoquerait une augmentation appréciable prévue des prix. Lorsqu'il

---

26

Lorsqu'un dollar est transféré d'un acheteur à un vendeur, il ne peut pas être déterminé a priori qui le mérite le plus ou entre les mains de qui il a le plus de valeur.

évaluera l'étendue des effets négatifs des fusionnements sur la répartition des ressources, le Bureau tiendra compte des pertes supplémentaires au chapitre du surplus total qui se produisent lorsqu'une puissance commerciale s'exerce sur le marché pertinent avant le fusionnement. Il tiendra compte aussi des pertes semblables résultant du fait que les coûts fixes se trouvent répartis sur une production moins grande.

113. Comme le paragraphe 96(1) prévoit qu'il faut comparer les gains en efficience à « tout » empêchement ou « toute » diminution de la concurrence pouvant résulter d'un fusionnement, il faudra aussi tenir compte, dans l'analyse comparative, des effets anticoncurrentiels qui se feront vraisemblablement sentir sur d'autres marchés touchés par un fusionnement. Cependant, les effets anticoncurrentiels sur les marchés qui ne sont pas visés par l'ordonnance demandée ne seront généralement pas considérables.

LKC
HG 2704 .C36514 1997 c.2
Canada. Bureau de la concurrence
Mémoire présenté par le directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la concurrence au Groupe de travail sur

DATE DUE
DATE DE RETOUR

CARR McLEAN 38-296

INDUSTRY CANADA / INDUSTRIE CANADA
221984