

L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience

Karounga Diawara

Volume 53, Number 2, June 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1009443ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1009443ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Diawara, K. (2012). L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience. *Les Cahiers de droit*, 53(2), 257–302. <https://doi.org/10.7202/1009443ar>

Article abstract

The efficiency exception, when examined from the standpoint of its principle, appears elementary since it provides equilibrium between anti-competitive effects on the one hand and efficiency gains on the other. Yet the implementation of this exception raises several difficulties the most important of which consists in balancing and stabilizing efficiency gains when traded off against anti-competitive effects. Indeed, this balancing of gains and effects must at its very basis take into account all economic and social objectives pursued by Canadian statutes governing competition. From the outset, the primary question that this survey addresses is to know how one should conciliate economic and social objectives when interpreting an efficiency exception.

This survey therefore explores the possibility of integrating standards that are social in nature into law governing marketplace competition which, by its very nature, is characterized by forceful economic bearing. Its purpose is to demonstrate via an appreciation of the efficiency exception how a reconciliation of apparently contradictory, social and economic objectives is possible and desirable. In pursuing this end, the criteria of balancing efficiency gains and anti-competitive effects that reconcile and best integrate the economic and social objectives in appreciating the efficiency equilibrium seems to envelop the criterion of moderated consumer surplus that we propose in the second part of this survey.

L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience

Karounga DIAWARA*

Si, dans son principe, l'exception d'efficience semble simple, puisqu'elle prévoit une mise en balance entre les effets anticoncurrentiels, d'une part, et les gains en efficience, d'autre part, sa mise en œuvre présente néanmoins plusieurs difficultés, dont la plus importante consiste en l'équilibrage et en la pondération entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels. En effet, cet équilibrage des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels doit fondamentalement tenir compte de tous les objectifs de nature économique et sociale poursuivis par le droit canadien de la concurrence. Dès lors, la question principale que suscite cette étude est de savoir comment faudrait-il concilier les objectifs de nature économique et sociale dans l'interprétation de l'exception d'efficience ?

Cette étude explore ainsi la possibilité de la réception de normes de nature sociale au sein du droit de la concurrence qui, par ses objets, est caractérisé par une forte prégnance économique. Elle a pour objet de montrer à travers l'appréciation de l'exception d'efficience qu'une conciliation des objectifs en apparence contradictoires de nature sociale et économique est possible et souhaitable. À cet effet, le critère d'équilibrage des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels, qui concilie et intègre le mieux les objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de la balance d'efficience, semble être le critère du surplus modéré du consommateur que nous proposons dans la seconde partie de l'étude.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

The efficiency exception, when examined from the standpoint of its principle, appears elementary since it provides equilibrium between anti-competitive effects on the one hand and efficiency gains on the other. Yet the implementation of this exception raises several difficulties the most important of which consists in balancing and stabilizing efficiency gains when traded off against anti-competitive effects. Indeed, this balancing of gains and effects must at its very basis take into account all economic and social objectives pursued by Canadian statutes governing competition. From the outset, the primary question that this survey addresses is to know how one should conciliate economic and social objectives when interpreting an efficiency exception.

This survey therefore explores the possibility of integrating standards that are social in nature into law governing marketplace competition which, by its very nature, is characterized by forceful economic bearing. Its purpose is to demonstrate via an appreciation of the efficiency exception how a reconciliation of apparently contradictory, social and economic objectives is possible and desirable. In pursuing this end, the criteria of balancing efficiency gains and anti-competitive effects that reconcile and best integrate the economic and social objectives in appreciating the efficiency equilibrium seems to envelop the criterion of moderated consumer surplus that we propose in the second part of this survey.

	<i>Pages</i>
1 L'intégration théorique simple des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience.....	262
1.1 Le cadre analytique d'appréciation de l'exception d'efficience.....	263
1.1.1 Le domaine d'appréciation : les fusions et les alliances stratégiques...	263
1.1.2 La méthode d'appréciation : les gains en efficience comme moyen de défense.....	268
1.2 Le cadre téléologique d'appréciation : les gains en efficience et les objectifs de la régulation de la concurrence	271
1.2.1 L'affermissement certain des objectifs économiques	271
1.2.2 L'assouplissement probable des objectifs sociaux	278
2 L'intégration pratique complexe des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience	283
2.1 Les interrelations possibles	284
2.1.1 Les interrelations non souhaitables.....	284
2.1.2 Les interrelations envisageables	287

2.2 L'imbroglia jurisprudentiel et les tentatives de réforme infructueuses	289
2.3 La possible conciliation des objectifs socioéconomiques : le surplus modéré du consommateur.....	297
Conclusion	301

Si la rivalité constitue la facette la plus connue de la concurrence, il n'en demeure pas moins qu'au sens large cette notion recouvre aussi les possibilités de coopération et de coordination de divers aspects relatifs à l'activité économique¹. Le binôme rivalité/coopération caractérise la concurrence². De ce fait, les règles relatives au maintien de la concurrence visent non seulement à faire en sorte que les entreprises rivalisent quant au mérite, à l'ingéniosité et à la technologie, mais aussi qu'elles puissent coordonner leurs activités, lorsque cette collaboration est bénéfique pour la société. Ce paradoxe inhérent à la régulation concurrentielle explique, en partie, le développement fulgurant, depuis plusieurs décennies, des opérations de fusion et d'acquisition, d'une part, et des conventions multiformes d'alliance stratégique, d'autre part.

Néanmoins, les raisons de la floraison des opérations de rapprochement et d'alliance entre entreprises sont plus fondamentales et tiennent essentiellement à l'économie ; les entreprises fusionnent ou concluent des alliances stratégiques pour réaliser des économies d'échelle ou de gamme, partager des risques, ou simplement pour s'arrimer aux exigences de taille

-
1. Les sciences de la gestion et du management, notamment, ont montré que la concurrence dans les marchés actuels est marquée autant par l'affrontement que la coopération. Pour tenir compte de cette caractéristique binaire de la concurrence, les auteurs Brandenburger et Nalebuff proposent le concept de «coopétition», néologisme qui prend ses racines dans la théorie des jeux : Adam M. BRANDENBURGER et Barry J. NALEBUFF, *Co-opetition*, New York, Currency Doubleday, 1996.
 2. Pour de plus amples indications sur les relations entre rivalité et coopération, voir : Frédéric LE ROY (dir.), *La concurrence : entre affrontement et connivence*, Paris, Vuibert, 2002 ; Saïd YAMI et Frédéric LE ROY (dir.), *Stratégies de coopération. Rivaliser et coopérer simultanément*, Bruxelles, De Boeck, 2010 ; Giovanni Battista DAGNINO et Elena ROCCO (dir.), *Coopetition Strategy. Theory, Experiments and Cases*, New York, Routledge, 2009 ; Michel BOUCHER, «Competition Policy as a Framework Policy : Some General Economic Considerations», dans R. Shyam KHEMANI et W.T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques, 1991, p. 1, aux pages 2 et 3.

optimale de la concurrence internationale³. Ainsi, des justifications économiques sous-tendent principalement les regroupements structurels et stratégiques entre entreprises. Dans le contexte canadien, ces considérations de nature économique occupent une place importante dans l'appréciation de la compatibilité des fusions et des alliances stratégiques avec la législation sur la concurrence⁴.

Les règles de la concurrence relatives aux fusions et alliances stratégiques reposent sur une ambivalence : d'une part, elles autorisent les fusions et alliances qui n'ont pas d'effets anticoncurrentiels et contribuent ainsi au progrès économique et social ; d'autre part, elles prohibent les fusions et alliances qui portent atteinte de manière significative à la concurrence. Ainsi, les articles 92 et 90.1 de la *Loi sur la concurrence*⁵ interdisent respectivement les fusions et les alliances stratégiques qui ont pour effet

-
3. Les motivations de nature économique expliquent l'explosion des opérations de fusion et d'acquisition au niveau tant interne qu'international : Gordon A. WALTER, « Strategic Goals and Operational Problems: The Implementation Gap in Mergers and Acquisitions », dans R. Shyam KHEMANI, Daniel M. SHAPIRO et W.T. STANBURY (dir.), *Mergers, Corporate Concentration and Power in Canada*, Halifax, Institut de recherches politiques, 1988, p. 265, à la page 297 ; Christopher C. NICHOLLS, *Mergers, Acquisitions, and Other Changes of Corporate Control*, Toronto, Irwin Law, 2007, p. 2-7 ; Lazar SARNA avec la collab. de Petra ALINCE, *Mergers & Acquisitions. A Canadian Legal Manual*, Markham, LexisNexis, 2007 ; H. Donald HOPKINS, « Cross-Border Mergers and Acquisitions : Global and Regional Perspectives », dans Peter J. BUCKLEY et Pervez N. GHOURI (dir.), *International Mergers and Acquisitions : A Reader*, London, Thomson, 2002, p. 86 ; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Le nouveau visage de la mondialisation industrielle. Fusions-acquisitions et alliances stratégiques transnationales*, Paris, OCDE, 2001, p. 15-29.
 4. Les spécificités liées à l'économie canadienne et relatives à son étroitesse, sa grande concentration, son ouverture sur le commerce international et la dépendance de ses échanges avec les États-Unis, et une population modeste dispersée sur une grande superficie expliqueraient notamment le rôle accru conféré aux motivations économiques qui sous-tendent les fusions et acquisitions. Sur les spécificités de l'économie canadienne en général : Paul S. CRAMPTON, *Mergers and the Competition Act*, Toronto, Carswell, 1990, p. xxix et xxx ; Andrew Neil CAMPBELL, *Merger Law and Practice. The Regulation of Mergers Under the Competition Act*, Scarborough, Carswell, 1997, p. 6-10 ; R. Shyam KHEMANI, « Merger Policy in Small vs. Large Economies », dans R.S. KHEMANI et W.T. STANBURY (dir.), préc., note 2, p. 205, aux pages 206-214 ; R. Shyam KHEMANI, « The Dimensions of Corporate Concentration in Canada », dans R.S. KHEMANI, D.M. SHAPIRO et W.T. STANBURY (dir.), préc., note 3, p. 17, à la page 38 ; Walter ADAMS et James W. BROCK, « The Bigness Mystique and the Merger Policy Debate : An International Perspective », (1988) 9 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 1 ; et plus récemment : GROUPE D'ÉTUDE SUR LES POLITIQUES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE, *Foncer pour gagner. Rapport final*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008, p. 25-29 ; sur les influences de ces spécificités dans le traitement des gains en efficience, *infra*, section 1.2.1.
 5. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (ci-après « L.c. »).

d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence sur un marché. Néanmoins, et dans la plupart des cas, une fusion ou une alliance stratégique peut présenter un bilan mitigé et mixte, lorsqu'elle produit des effets anticoncurrentiels, tout en générant des gains d'efficience économique. À titre illustratif, une fusion peut avoir pour effet de permettre à l'entité fusionnée d'augmenter les prix ou de diminuer la production et, en même temps, donner la possibilité aux parties à la fusion de réaliser des économies de coût ou de produire des biens de meilleure qualité. C'est dans ces situations hybrides que se pose le délicat problème de l'appréciation des gains en efficience. Doit-on autoriser une fusion ou une alliance qui, bien que portant atteinte à la concurrence, améliore en même temps l'efficience économique ?

Le législateur fédéral a voulu tenir compte de manière explicite des gains en efficience dans l'appréciation de la licéité des fusions et des alliances stratégiques. L'article 96 L.c., relatif aux fusions, et l'article 90.1 (4) L.c., de droit nouveau ayant trait aux alliances stratégiques ou ententes, posent un véritable moyen de défense fondé sur les gains en efficience en vertu duquel sont autorisées les fusions et ententes au sein desquelles les gains en efficience surpassent et neutralisent leurs effets anticoncurrentiels. Les gains en efficience sont ainsi perçus comme un motif de légitimation des fusions et ententes ayant des effets restrictifs sur la concurrence. Une fusion ou une entente, fût-elle anticoncurrentielle, est autorisée lorsqu'elle est de nature à promouvoir l'efficience économique. C'est ce qu'on appelle la « balance d'efficience » ou l'« exception d'efficience »⁶.

Si, dans son principe, l'exception d'efficience semble simple, puisqu'elle prévoit une mise en balance entre les effets anticoncurrentiels, d'une part, et les gains en efficience, d'autre part, sa mise en œuvre présente néanmoins plusieurs difficultés (l'exercice, en lui-même, consistant à isoler les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels, n'est pas facile), dont la plus importante consiste en l'équilibrage et en la pondération entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels. En effet, cet équilibrage des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels doit fondamentalement tenir compte de tous les objectifs poursuivis par le droit canadien de la concurrence et prévus par l'article 1.1 L.c.⁷. Certes, cette disposition clé de la *Loi sur la concurrence* prévoit expressément des objectifs de nature économique parmi lesquels l'efficience économique occupe les premières

6. Nous utiliserons indistinctement ces deux termes tout au long du texte.

7. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (ci-après « *Hillsdown* »); *(Canada) Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 289, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.) (ci-après « *Supérieur Propane CAFI* »).

loges, suivie de la nécessité de tenir compte du commerce international. Mais, de manière concomitante, l'article 1.1 assigne à la *Loi sur la concurrence* deux objectifs de nature sociale qui visent à assurer à la petite et moyenne entreprise (PME) une chance honnête de participer à l'économie, d'une part, et aux consommateurs des prix compétitifs et un choix varié, d'autre part.

Ainsi, la question principale que suscite cette étude est de savoir comment faudrait-il organiser l'intégration des objectifs économiques et sociaux prévus par l'article 1.1 L.c. dans l'appréciation de l'exception d'efficacité ? Ou encore, comment concilier les objectifs de nature économique et sociale dans l'interprétation de la balance d'efficacité ? Et, ultimement, comment concilier les impératifs sociaux avec les exigences d'efficacité économique ?

Cette étude explore ainsi la possibilité de la réception de normes de nature sociale au sein du droit de la concurrence qui, par ses objets, est caractérisé par une forte prégnance économique⁸. Elle a pour objet de montrer, à travers l'appréciation et l'interprétation de l'exception d'efficacité, qu'une conciliation des objectifs en apparence contradictoires de nature sociale et économique est possible et souhaitable. À cet effet, le critère d'équilibrage des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels, qui concilie et intègre le mieux les objectifs économiques et sociaux, semble être le *critère du surplus modéré du consommateur* que nous proposons dans la seconde partie de l'étude.

Nous allons présenter d'abord le cadre théorique d'intégration des objectifs économiques et sociaux qui semble, à certains égards, simple (partie 1), et, ensuite, nous insisterons sur la complexité qui caractérise la mise en œuvre de l'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficacité (partie 2).

1 L'intégration théorique simple des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficacité

Cette partie met en relief le cadre théorique dans lequel s'insère la cohabitation des objectifs économiques et des objectifs sociaux dans l'appréciation des gains en efficacité. En théorie, l'intégration des objectifs de nature différente dans le traitement des gains en efficacité présente

8. Michael TREBILCOCK et autres, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 37-85 ; Anne-Lise SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 2 et suiv. ; Karounga DIAWARA, *Le contrôle de la puissance de marché. Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 19 et suiv.

un cadre fort simple : d'une part, d'un point de vue analytique, il s'agit d'un moyen de défense qui ne peut être invoqué qu'en cas de fusion ou d'alliance stratégique (1.1) ; d'autre part, la prise en compte des gains en efficience tend à faire prédominer les objectifs économiques sur les objectifs sociaux (1.2).

1.1 Le cadre analytique d'appréciation de l'exception d'efficience

L'étude du cadre analytique dans lequel s'apprécient les gains en efficience est intéressante à plusieurs égards. D'abord, elle permet de déterminer les catégories juridiques du droit de la concurrence dans lesquelles une telle appréciation est pertinente. Cette circonscription du domaine d'application de l'exception d'efficience met en lumière l'importance que le législateur a voulu accorder à la prise en compte des gains en efficience dans l'appréciation de la licéité de certaines transactions des entreprises. Ensuite, en autorisant une considération explicite des gains en efficience, le législateur indique nommément comment celle-ci doit être faite. La détermination de cette méthode spécifique d'appréciation des gains en efficience permettra de la distinguer d'autres méthodes plus générales applicables à d'autres catégories juridiques du droit de la concurrence.

L'exception d'efficience ne s'applique qu'à certaines catégories de pratiques anticoncurrentielles dûment spécifiées par le législateur : les opérations de fusion et les alliances stratégiques, d'où l'intérêt de bien circonscrire son domaine (1.1.1). Par ailleurs, l'étude de la méthode d'appréciation des gains en efficience dans ce cadre révèle qu'il s'agit d'un moyen de défense mis entre les mains des parties à la fusion ou de l'alliance stratégique (1.1.2).

1.1.1 Le domaine d'appréciation : les fusions et les alliances stratégiques

Les gains en efficience ne sont explicitement appréciés que lorsque l'on est en présence d'une fusion⁹ ou d'une entente ou alliance stratégique¹⁰. Il est ainsi important de définir les notions de fusion et d'entente qui, seules, permettent une considération explicite des gains en efficience. À plusieurs égards, ces deux notions peuvent sembler similaires ou équivalentes. En effet, dans le langage commun, les opérations de fusion et d'acquisition peuvent, dans une certaine mesure, être considérées comme des alliances stratégiques. Et, inversement, plusieurs ententes ou alliances stratégiques peuvent s'opérer au moyen d'acquisition d'actions ou d'actifs. Cependant,

9. L.c., art. 96 (1).

10. *Id.*, art. 90.1 (4).

au sens de la *Loi sur la concurrence*, la distinction entre ces deux catégories juridiques doit être effectuée afin de distinguer le régime juridique qui leur est spécifiquement applicable¹¹. Par ailleurs, la circonscription de ces deux catégories juridiques, qui autorisent l'exception d'efficience, permet de distinguer celles-ci d'autres dispositions du droit de la concurrence qui excluent une telle voie.

D'abord, au sens du droit antitrust, et à la différence du droit des sociétés par actions notamment, la notion de fusion revêt une acception large et générale¹². Elle recouvre toutes les opérations commerciales par lesquelles une ou plusieurs personnes acquièrent et exercent une *influence déterminante* sur l'entreprise ou une partie de l'entreprise d'une autre personne qui peut être un concurrent, un fournisseur ou un client¹³. Cette définition couvre deux situations essentielles : la première concerne le changement de contrôle dont fait l'objet l'entreprise cible ; la seconde touche à l'intérêt relativement important qu'acquiert une personne dans l'entreprise cible. La première situation vise toutes les transactions aux termes desquelles une personne prend le contrôle de tout ou partie de l'entreprise d'une autre personne¹⁴. Alors que le deuxième cas de figure est relatif à

-
11. Bien que les régimes juridiques respectivement applicables aux fusions et aux ententes stratégiques soient similaires du point de vue de l'analyse concurrentielle, il est important de les distinguer d'un point de vue principal et pratique, car la loi organise des dispositions spécifiques à chaque régime. Ainsi, ce sont les articles 91 et suiv. qui régissent les fusions-acquisitions, alors que le seul article 90.1 L.c. est applicable aux ententes et alliances stratégiques.
 12. Sur la notion de fusion en droit des sociétés, voir notamment : Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 553 et suiv. ; Paul MARTEL, *La société par actions au Québec. Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2012, p. 33-1 et suiv.
 13. L'article 91 L.c. définit le fusionnement comme suit (l'italique est de nous) :
[L']acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actifs, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise.
 14. La prise de contrôle peut s'opérer par divers moyens, soit principalement : 1) par l'acquisition d'éléments d'actifs ou d'actions comportant droit de vote. En ce qui concerne les personnes morales, la notion de « contrôle », définie à l'article 2 (4) L.c., désigne le contrôle *de jure*, à savoir la détention directe ou indirecte de plus de 50 p. 100 des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale, et qui sont suffisants pour élire une majorité de ces administrateurs ; 2) par la création d'une filiale commune ou d'une entreprise à risques partagés : les entreprises associent leurs activités économiques en transférant certains éléments d'actifs à l'entité commune tout en gardant leur autonomie juridique ; 3) par fusion par création d'une nouvelle entité :

l'opération par laquelle une personne parvient à détenir un *intérêt relativement important* dans l'entreprise d'une autre personne.

La notion d'intérêt relativement important n'est pas définie par la loi. Pour autant, il est admis qu'une personne détient un intérêt relativement important dans l'entreprise d'une autre personne si sa capacité d'influencer concrètement le comportement économique de l'entreprise cible est établie, lequel comportement se manifeste dans les décisions relatives aux prix, aux achats, à la distribution ou à la commercialisation des produits ou encore à la politique d'investissement, au financement ou à l'octroi de droits de propriété intellectuelle.

En somme, la fusion au sens du droit de la concurrence est caractérisée par trois éléments : d'abord, il doit s'agir d'une modification structurelle se manifestant par une *influence déterminante* sur l'entreprise cible ; ensuite, cette modification doit revêtir un caractère durable pour la distinguer des modifications temporaires et évasives. Enfin, d'un point de vue relationnel, les fusions-acquisitions peuvent impliquer des parties qui se trouvent aussi bien dans les mêmes secteurs d'activité que dans des paliers différents du marché. Autrement dit, une fusion peut être horizontale¹⁵, verticale¹⁶ ou conglomérale¹⁷. Ce dernier aspect, ayant trait à la position des parties sur le marché, différencie fondamentalement la fusion au sens de l'article 91 L.c. de l'entente prévue par l'article 90.1 L.c.

L'article 90.1 permet au tribunal de rendre certaines ordonnances à l'égard d'ententes conclues ou proposées entre concurrents ou concurrents potentiels qui auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché pertinent. Cette nouvelle disposition a vocation à régir les ententes les moins graves pour la concurrence qu'on loge dans la catégorie hétéroclite des alliances stratégiques. Dans ce cadre, la notion d'entente ou d'alliance stratégique, contrairement à son sens commun, revêt une acception restreinte. Elle réfère ainsi *a contrario* aux accords entre entreprises concurrentes ne comportant pas une restriction

deux ou plusieurs entreprises se fondent pour en former une seule (*amalgamation*) ou par absorption (l'entreprise B est transférée vers l'entreprise A, qui forme une nouvelle entité).

15. Dans ce cas, les parties à la fusion sont sur le même palier du marché, comme dans le cas de la fusion entre deux entreprises qui fabriquent des motoneiges.
16. C'est le cas lorsque les parties à la fusion se trouvent sur des paliers différents du marché, comme dans le cas de la fusion entre une entreprise qui fabrique des motoneiges et une autre qui les distribue en aval.
17. Auquel cas, les parties à la fusion ont des activités diversifiées. C'est, par exemple, la fusion entre une entreprise qui offre des services financiers avec une autre qui offre des produits d'assurance.

caractérisée prévue par l'article 45 (1) L.c., et qui n'emportent pas une modification structurelle durable constitutive de fusion.

Cette définition de la notion d'entente ou d'alliance stratégique au sens de l'article 90.1 L.c. permet de la distinguer de la notion de fusion sur un double aspect relatif à la position des parties sur le marché et de la flexibilité de la transaction.

D'une part, la notion d'alliance stratégique nécessite au moins que deux des parties soient des concurrents réels ou potentiels, c'est-à-dire qu'elles partagent le même secteur d'activité et se trouvent sur le même palier du marché. Ce qui signifie que l'alliance ou l'entente doit avoir une forme horizontale. Or, nous venons de voir que la notion de fusion est plus large et concerne les regroupements tant du type horizontal (entre concurrents) ou vertical (entre un fournisseur et un distributeur) que diversifié (conglomérat).

D'autre part, l'entente ou l'alliance stratégique au sens de l'article 90.1 L.c. n'implique pas une prise de participation sous forme d'achats d'actions, d'actifs, alors que la fusion nécessite ce type de transaction qui lui confère son caractère durable. De ce point de vue, les alliances stratégiques visées par l'article 90.1 offrent plus de flexibilité et de souplesse, car elles n'opèrent pas une modification de la structure de la propriété des entreprises parties à l'accord. À cet effet, elles permettent aux entreprises «de répondre avec plus de souplesse aux changements de conditions sur les marchés et à l'apparition inattendue de nouveaux produits¹⁸». À la différence de la fusion dans laquelle l'entreprise se portant acquéreur reprend généralement à sa charge tous les actifs de l'entreprise ayant fait l'objet de l'acquisition, y compris les opérations qui ne sont pas rentables, les alliances permettent aux entreprises de ne coopérer que dans les domaines qui présentent un intérêt pour chacun. Ainsi, l'article 90.1 s'applique à une panoplie d'alliances stratégiques sans prise de participation¹⁹ comme les ententes de commercialisation commune, de recherche et développement, de coproduction ou d'achats groupés, de transfert de technologies ou d'échange d'informations²⁰.

Il ressort de ce survol que l'entreprise commune ou coentreprise²¹, définie comme un regroupement momentané d'entreprises qui concluent un

18. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, préc., note 3, p. 41.

19. L'alliance sans prise de participation est souvent l'étape préliminaire à la création d'une coentreprise.

20. La collaboration sans prise de participation peut être la meilleure solution si l'activité concernée est l'une des activités de base des partenaires.

21. *Joint venture*.

accord de coopération ou de coordination de leurs activités dans le but de réaliser un projet spécifique et ponctuel tout en gardant leur autonomie²², pourrait être considérée comme une entente ou une fusion, si les parties en cause sont des concurrents²³. De ce point de vue, il appartiendra au commissaire de la concurrence de faire un choix entre l'une ou l'autre disposition, compte tenu de l'interdiction du cumul de procédures²⁴. De même, le critère relatif à la prise de participation joue un rôle important dans le choix du commissaire, car celui-ci indique que la plupart des transactions avec prise de participation sous forme d'achat d'actions, d'actifs ou de regroupement entre entreprises seront contestées en vertu des dispositions portant sur les fusions²⁵; par conséquent, généralement seules les transactions horizontales sans prise de participation, et donc sans modification de la structure de la propriété des parties, seront contestées selon les nouvelles dispositions portant sur l'entente et les alliances stratégiques.

En fin de compte, ce n'est qu'en présence d'une des catégories du droit de la concurrence susdécrites, que la considération explicite des gains en efficience est permise. En conséquence, l'on pourrait alors en conclure que la prise en compte des gains en efficience n'est pas pertinente pour l'appréciation d'autres formes de pratiques interdites comme l'abus de position dominante, le maintien de prix, le refus de vendre ou les pratiques verticales. Une telle conclusion serait hâtive, puisque les gains en efficience peuvent jouer un rôle dans l'appréciation de ces catégories du droit de la concurrence. Mais ce rôle est plus limité puisqu'une considération explicite des gains en efficience n'est permise qu'en matière d'entente ou d'alliance stratégique et de fusion. En effet, dans ce cadre, les gains en efficience constituent un moyen de défense et non un simple critère d'appréciation

-
22. Pierre A. COSSETTE, «Les groupements momentanés d'entreprises (*joint ventures*): nature juridique en droit civil et en common law», (1984) 44 *R. du B.* 463; Charlaïne BOUCHARD, «Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership*: une étude de droit comparé canadien», (2001) 42 *C. de D.* 155, 184-190; Nicole LACASSE, «La réalisation d'une coentreprise à l'étranger: le choix de la forme juridique», dans Nicole LACASSE et Louis PERRET (dir.), *La coentreprise à l'étranger/Joint Venturing Abroad*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 46.
 23. S'il s'agit d'une simple coentreprise contractuelle, l'application de l'article 90.1 est plus probable que si l'on est en présence d'une coentreprise avec prise de participation telle une filiale commune constituée sous forme de société par actions ou simplement une société de personnes. Dans ce dernier cas, l'application des articles 91 et suiv. est plus indiquée. Sur la distinction entre les différentes formes juridiques que peut revêtir une coentreprise, voir: P.A. COSSETTE, préc., note 22, 463; N. LACASSE, préc., note 22; C. BOUCHARD, préc., note 22, 184-190.
 24. L.c., art. 90.1 (10) et 98.
 25. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Ottawa, Industrie Canada, 2009, par. 1.2.

de la restriction de la concurrence, d'où l'intérêt d'envisager maintenant cette méthode de considération des gains en efficience en matière de fusion et d'alliance stratégique.

1.1.2 La méthode d'appréciation : les gains en efficience comme moyen de défense

La prise en compte des gains en efficience dans l'appréciation de la restriction de la concurrence n'est pas uniforme. Elle varie selon la catégorie juridique en cause et selon la place que lui attribue explicitement le législateur. Elle peut suivre un continuum²⁶ allant de l'absence de considération à un examen explicite en passant par une analyse en tant que critère de la restriction de la concurrence.

Cependant, d'un point de vue théorique, deux méthodes principales permettent de prendre en compte les gains en efficience dans la mesure de l'effet restrictif de la concurrence²⁷. D'une part, une méthode dite intégrative par laquelle les gains en efficience sont considérés comme un simple facteur dans l'appréciation de la restriction de la concurrence. Dans cette perspective, les gains sont intégrés dans l'analyse globale de la restriction de la concurrence. D'autre part, la seconde méthode, dite autonome, parce qu'elle confère aux gains en efficience économique la qualité de moyen de défense en vertu duquel la restriction de concurrence est en quelque sorte neutralisée par les gains que produit l'acte en cause. Dans le premier cas, les gains en efficience sont pris en compte *a priori* dans l'appréciation même de la restriction de la concurrence. Dans cette perspective, s'ils sont déterminants et décisifs²⁸, l'acte en cause est déclaré valide et non restrictif de la concurrence. Alors que, selon la méthode autonome, il faut d'abord constater le caractère restrictif de la concurrence de l'acte avant d'envisager ensuite *a posteriori* si les gains en efficience sont susceptibles de neutraliser ou d'« aseptiser » ces effets anticoncurrentiels. Il va sans

26. Ainsi, les auteurs Everett et Ross ont recensé au moins six façons d'intégrer des gains en efficience dans l'appréciation des fusions : 1) une abstraction des gains en efficience ; 2) une considération des gains en efficience comme motif ; 3) un ajustement des seuils structurels en fonction de la présence des gains en efficience ; 4) une prise en compte des gains en efficience en tant que critère de réduction de la concurrence ; 5) une analyse des gains en efficience en tant qu'élément du critère de la dominance ; et 6) les gains en efficience comme moyen de défense. Ann-Britt EVERETT et Thomas W. ROSS, *Le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusions. Une comparaison internationale*, Delta, Delta Economics Group, 2002, p. 13-18.

27. K. DIAWARA, préc., note 8, p. 325 et suiv.

28. Dans le cadre de la méthode intégrative, les gains en efficience sont jugés déterminants lorsqu'ils procèdent d'un rendement concurrentiel supérieur. Sur cette notion, voir K. DIAWARA, préc., note 8, p. 371 et suiv.

dire que le cadre analytique d'appréciation n'est pas le même selon qu'on est en présence de l'une ou de l'autre méthode. Il est donc important de savoir quelle méthode s'applique à l'appréciation des gains en efficience en matière de fusion et d'alliance stratégique. Pour cela, il est important de s'en tenir notamment à la volonté du législateur.

Aux termes des articles 96 (1) et 90.1 (4) L.c., le Tribunal de la concurrence ne rend pas d'ordonnance lorsqu'il conclut que la fusion ou l'accord anticoncurrentiel respectivement visé par les articles 92 (1) et 90.1 (1) L.c. :

a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement de l'accord ou de l'arrangement et que ces gains n'auraient pas été réalisés si l'ordonnance avait été rendue ou ne le seraient vraisemblablement pas si l'ordonnance était rendue²⁹.

En demandant de considérer si les gains « surpasseront et neutraliseront » les effets anticoncurrentiels, le législateur semble avoir fait le choix non équivoque de la méthode autonome qui confère aux gains en efficience la qualité de véritable moyen de défense. Dans ce cadre, les gains en efficience ne sauraient être perçus comme un simple facteur d'appréciation de l'effet restrictif de la concurrence d'une fusion ou d'une alliance stratégique. En effet, les articles 96 (1) et 90.1 (4) L.c. exigent de constater, en premier lieu, les effets anticoncurrentiels puis, en second lieu, les gains en efficience et enfin, en troisième lieu, si ceux-ci sont susceptibles de neutraliser et surpasser ceux-là. Donc, l'appréciation des gains en efficience en matière de fusion et d'entente requiert une analyse triptyque dans laquelle les gains en efficience sont invoqués en défense de la constatation de l'effet nuisible sur la concurrence de la fusion ou de l'alliance stratégique.

C'est pourquoi d'ailleurs, lors du réexamen dans l'affaire *Supérieur Propane*, appelé à se prononcer sur la question de la méthode d'appréciation des gains en efficience en cas de fusion, le tribunal a très clairement tranché, en ces termes, en faveur de la méthode autonome en considérant la facture de l'article 96 L.c. : « l'étude des gains en efficience ne doit pas être intégrée dans l'analyse des effets concurrentiels du fusionnement. L'article 96 est libellé en conséquence ; il exige, en effet, que les gains en efficience "surpasse[nt] et neutralise[nt]" les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, et non pas qu'ils empêchent ces effets de se produire³⁰ ».

29. L.c., art. 90.1 (4).

30. *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.* (2002), 18 C.P.R. (4th) 417, 2002 Comp. Trib. 16, par. 137 (ci-après « *Supérieur Propane TC2* »).

L'appréciation des gains en efficience comme moyen de défense produit plusieurs conséquences importantes du point de vue analytique. D'abord, et de manière négative, la considération des gains en efficience est impertinente pour savoir si une fusion ou une alliance a des effets anticoncurrentiels, au sens strict du terme. La méthode autonome exclut une telle possibilité, contrairement à la méthode intégrative applicable à d'autres catégories juridiques du droit de la concurrence³¹. Malgré la recommandation du Comité consultatif sur les gains en efficience³², la suggestion du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence³³ et la texture poreuse de l'article 93 (h) L.c.³⁴, la distinction entre les effets anticoncurrentiels, d'une part, et les gains en efficience, d'autre part, s'impose dans l'interprétation de l'article 96 L.c. et emporte la conséquence analytique importante de ne pas les mêler les uns aux autres. Donc, la considération des gains en efficience est impertinente pour apprécier les effets anticoncurrentiels, sauf, selon le Bureau, dans un cadre restreint dûment identifié³⁵. Ce précepte est entièrement transposable au nouvel article 90.1 (4).

Ensuite, l'autre conséquence importante est que la balance d'efficience prévue par les articles 96 et 90.1 (4) est interprétée selon une analyse trip-

31. La méthode intégrative est applicable notamment à l'abus de position dominante.

32. Selon le Comité consultatif, l'article 93 (h) L.c. autorise le Bureau et le Tribunal à « systématiquement prendre en considération les gains en efficience pour déterminer si une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence, dans la mesure où les gains en efficience sont pertinents au regard de cette détermination ». BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Rapport du Comité consultatif sur les gains en efficience*, Ottawa, Industrie Canada, 2005, p. 65 et 66.

33. Dans les mêmes termes, le GROUPE D'ÉTUDE SUR LES POLITIQUES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE, préc., note 4, p. 65, considère qu'il faudrait adopter la méthode intégrative, compte tenu de l'importance de l'efficience économique :

En fait, le Groupe d'étude est d'avis que la réalisation d'efficacités par le truchement de fusions est tellement importante pour l'économie canadienne que le Bureau de la concurrence devrait directement examiner les fusions à la lumière de ce facteur, plutôt que de limiter son évaluation des facteurs d'efficacité aux cas où il détermine qu'une fusion préviendrait ou diminuerait [...] la concurrence.

34. L'article 93 L.c. exige que les autorités de contrôle tiennent compte de « tout [...] facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé ».

35. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions. Lignes directrices pour l'application de la loi*, Ottawa, Industrie Canada, 2011, par. 12.7, p. 44 :

[I]l peut être pertinent de tenir compte des économies que procurent les gains en efficience corroborés lorsqu'il s'agit d'analyser, en vertu de l'article 92, si la fusion aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le sens restreint suivant : le Bureau examinera si, par suite des économies [...] les parties à la fusion sont mieux positionnées pour rivaliser sur un marché concurrentiel ou sont moins susceptibles d'adopter un comportement coordonné.

tyque qui nécessite d'isoler les effets anticoncurrentiels, d'un côté ; ensuite, il faut déterminer les gains en efficience, d'un autre côté, et, enfin, comparer les gains en efficience avec les effets anticoncurrentiels en vue de constater si ces derniers contrebalancent à suffisance les premiers. Et comme le rappelle le tribunal dans *Supérieur Propane*, « la Loi n'exige pas que le fusionnement soit "purgé" de ces effets ; en fait, les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence peuvent subsister même quand le critère de l'article 96 se trouve rempli³⁶ ».

En somme, l'examen du cadre analytique nous a permis de circonscrire le domaine et la méthode d'appréciation de l'exception d'efficience. Ce cadre révèle que l'exception d'efficience ne peut être invoquée qu'en cas de fusion et d'entente anticoncurrentielles et qu'elle sert de moyen de défense, à ce titre. Il serait intéressant, à présent, d'envisager comment ce cadre analytique interagit avec les objectifs assignés au droit de la concurrence.

1.2 Le cadre téléologique d'appréciation : les gains en efficience et les objectifs de la régulation de la concurrence

Cette section a pour objet de déterminer le cadre téléologique d'appréciation de l'exception d'efficience. Autrement dit, elle aborde l'interrelation théorique entre la considération des gains en efficience et les finalités générales et particulières poursuivies par le droit de la concurrence. Dès lors, il sera question de savoir, dans le principe, si les fondements de l'exception d'efficience rencontrent les objectifs du droit de la concurrence prévus par l'article 1.1 L.c., à savoir les objectifs économiques d'efficience et de commerce international, dans un premier temps, et les objectifs de nature sociale de protection des PME et des consommateurs, dans un second temps. De soubassement d'abord économique, l'on constatera sans difficulté que, si la prise en compte des gains en efficience tend naturellement à raffermir les objectifs utilitaristes (1.2.1), elle peut cependant avoir l'impulsion inverse d'assouplir les finalités de nature sociale posées par l'article 1.1 L.c.

1.2.1 L'affermissement certain des objectifs économiques

La prise en compte des gains en efficience dans l'appréciation des fusions et alliances stratégiques tend naturellement à renforcer les objectifs économiques poursuivis par le droit de la concurrence. La législation canadienne sur la concurrence affirme très clairement en son article 1.1 L.c. la poursuite d'objectifs de nature économique qui sont la stimulation de

36. *Supérieur Propane TC2*, préc., note 30, par. 137.

«l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne», d'une part, et l'amélioration des «chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada», d'autre part. Il faut même affirmer que c'est pour concrétiser ces objectifs économiques que le législateur a prévu l'exception d'efficience, compte tenu des caractéristiques reconnues à l'économie canadienne, qui confèrent à ces derniers une place essentielle. Il en est ainsi autant de l'objectif d'efficience économique que du but d'amélioration de la participation canadienne au commerce international, qui trouvent un écho dans l'exception d'efficience.

Les caractéristiques de l'économie canadienne sont bien connues et sont mises en exergue pour expliquer les spécificités tenant aux politiques publiques et notamment à la politique de la concurrence. Quatre traits de caractère sont généralement attribués à l'économie canadienne : 1) son étroitesse ; 2) sa grande concentration ; 3) son ouverture sur le commerce international et la dépendance de ses échanges avec les États-Unis ; et 4) une population modeste dispersée sur une grande superficie géographiquement segmentée³⁷.

Pour tenir compte de ces spécificités³⁸, il est largement admis l'importance de l'efficience : «Pour des raisons de rendement économique, il importe de permettre la réalisation d'épargnes importantes au niveau des coûts, par exemple grâce à des économies d'échelle ou à d'autres moyens³⁹.» Il est aussi toléré le degré de concentration des industries qui n'est pas en soi une inquiétude⁴⁰ : «Considérant qu'il s'agit d'une petite économie ouverte, le Canada affichera inévitablement un plus grand degré de concentration industrielle que d'autres économies modernes, notamment les États-Unis⁴¹». De même, l'ouverture de l'économie canadienne sur le

37. Calvin S. GOLDMAN, «Corporate Concentration and Canada's New Competition Act», dans R.S. KHEMANI, D.M. SHAPIRO et W.T. STANBURY (dir.), préc., note 3, p. 489 ; A.N. CAMPBELL, préc., note 4, p. 6-10 ; R.S. KHEMANI, «Merger Policy in Small vs Large Economies», préc., note 4.

38. «These structural characteristics of the Canadian economy dictate that competition policy should have regard to the efficient allocation of resources rather than simply promoting competition for competition's sake. Competition is not an end in itself. It should be viewed as a vehicle to promote economic efficiency and the other objectives referred to in Section 1.1 of the Act» : C.S. GOLDMAN, préc., note 37, à la page 491.

39. MINISTRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *Réforme de la législation sur la concurrence. Guide*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 20.

40. Les articles 92 (2) et 90.1 (3) L.c. interdisent très clairement au Tribunal de censurer une fusion ou une alliance stratégique en se fondant uniquement sur la concentration ou la part de marché.

41. GROUPE D'ÉTUDE SUR LES POLITIQUES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE, préc., note 4, p. 63.

commerce international suggère que «la politique sur la concurrence ne devrait pas trop s'occuper des fusions et consolidations dans ces secteurs de l'économie où il y a concurrence internationale. Une telle politique devrait plutôt se pencher sur les secteurs de l'économie qui ne sont pas exposés à la concurrence extérieure⁴².» Ce sont donc ces caractéristiques de l'économie canadienne qui sous-tendent le rôle important conféré aux objectifs économiques, à savoir la préservation de l'efficience économique et le renforcement de la position du Canada dans le commerce international, dans l'appréciation des opérations de fusions et d'alliances stratégiques.

En premier lieu, en ce qui concerne l'objectif fondamental de recherche et d'amélioration de l'efficience économique, il est utile de rappeler qu'il procède d'un changement de cap et d'orientation de la politique de la concurrence qui résulte du constat d'ineffectivité et d'inadéquation des premières législations canadiennes en ce domaine⁴³. Ce constat a conduit le Conseil économique du Canada, dans son célèbre rapport de 1969, à préconiser une nouvelle approche selon laquelle «[l]a concurrence doit être considérée non pas comme une fin en elle-même, mais plutôt comme le principal moyen d'assurer l'efficacité⁴⁴». Dans un même ordre d'idées et relativement à l'appréciation des fusions, le Conseil recommandait de prévoir une sorte d'exception⁴⁵ lorsque la fusion présente «des avantages compensateurs pour le grand public⁴⁶», avantages perçus comme d'import-

42. COMMISSION ROYALE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT DU CANADA, *Résumé des conclusions et recommandations*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 242.

43. Lawrence A. SKEOCH avec la collab. de Bruce C. McDONALD, *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada. Propositions pour une nouvelle révision de la politique de la concurrence au Canada, par un comité indépendant désigné par le ministre de la Consommation et des Corporations*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976, p. 37-40; Irving BRECHER, *Canada's Competition Policy Revisited. Some New Thoughts on an Old Story*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1982; James P. CAIRNS, «Monopoly, Detriment to the Public, and the K. C. Irving Case», (1981) 30 *U.N.B.L.J.* 167; W.T. STANBURY, «The Legislative Development of Canadian Competition Policy, 1888-1981», (1981) 2 *Can. Compet. Pol'y Rec.* 1; R. Shyam KHEMANI et W.T. STANBURY (dir.), *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Halifax, Institute of Research on Public Policy, 1991.

44. CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 12.

45. *Id.*, p. 132: Le Conseil économique recommandait très clairement l'appréciation des fusions à l'aide d'un bilan qui établirait «des préjudices éventuels, du point de vue de la concurrence, et des avantages possibles sous forme d'économies sociales».

46. *Id.*, p. 131.

tantes «économies sociales⁴⁷». Après plusieurs tentatives infructueuses⁴⁸, le législateur allait profiter de l'adoption de la *Loi sur la concurrence* en 1986 pour mettre en œuvre ce cadre inspiré du rapport du Conseil⁴⁹ avec l'insertion dans la L.c. d'une disposition d'objet qui reconnaît l'importance de l'efficience économique parmi les finalités du droit de la concurrence⁵⁰, tout en aménageant conséquemment une prise en compte explicite des gains en efficience dans l'examen des fusions.

Au sens général, l'efficience économique désigne une propriété⁵¹ de moyens mis en œuvre pour atteindre la maximisation de la richesse⁵². De manière particulière, l'efficience économique équivaut au critère de la production de la plus grande richesse possible (maximisation de la valeur, de

47. *Id.*, p. 132 : selon le Conseil, les «économies sociales» désignent les économies dans l'utilisation des ressources, considérées du point de vue de l'ensemble de l'économie canadienne; le Conseil économique insistait encore sur le fait que les «économies sociales» correspondaient aux économies de ressources réelles (par exemple, main-d'œuvre et capital) requises pour produire et transporter un produit, et non au fait que l'entreprise fusionnée pourrait, par exemple, négocier de meilleurs prix auprès de ses fournisseurs en raison de son «plus grand pouvoir de marchandage».

48. *Loi modifiant la Loi sur la concurrence*, projet de loi C-256 (dépôt 1^{re} lecture – 29 juin 1971), 3^e sess., 28^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques*, projet de loi C-42 (dépôt 1^{re} lecture – 16 mars 1977), 2^e sess., 30^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques*, projet de loi C-13 (dépôt 1^{re} lecture – 18 novembre 1977), 3^e sess., 30^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques*, projet de loi C-29 (dépôt 1^{re} lecture – 2 avril 1984), 2^e sess., 32^e légis. (Can.).

49. Outre le rapport du CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, préc., note 44, il y a lieu de mentionner aussi d'autres rapports comme le rapport Skeoch/McDonald, qui a eu une influence importante dans l'adoption d'objectifs économiques : L.A. SKEOCH avec la collab. de B.C. McDONALD, préc., note 43, p. 47-123.

50. Cependant, beaucoup d'économistes estiment que la seule finalité valable du droit de la concurrence est l'efficience économique, ignorant ainsi la volonté pluraliste du législateur : M. TREBILCOCK et autres, préc., note 8, p. 39 et suiv.; Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, The Free Press, 1993; Daniel M. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 66 et suiv.

51. En tant que telle, la notion d'efficience est une propriété qui concerne le choix et l'utilisation de moyens en vue d'une fin déterminée. Comme le remarque si bien M^{me} Sibony, l'efficience touche à «la propriété d'un processus (de production ou de répartition) qui tire le meilleur parti de chaque ressource disponible» : A.-L. SIBONY, préc., note 8, p. 91.

52. En ce sens, la richesse se définit comme la valeur totale de la production. Seule la valeur marchande est prise en compte par cette notion. Les productions qui ne font pas l'objet d'un échange marchand en sont exclues : Richard A. POSNER, «Wealth Maximization Revisited», (1985) 2 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 85; Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 81-83.

la production)⁵³. C'est en effet seulement sous l'hypothèse selon laquelle la fin recherchée est la production de la plus grande richesse possible que l'économie permet de conclure que la concurrence est efficiente⁵⁴.

Ainsi conçu et perçu, l'objectif d'efficience économique concorde parfaitement avec l'exception d'efficience à laquelle il sert de prolongement dans l'appréciation des fusions et des alliances stratégiques. À cet effet, les catégories de gains en efficience considérées dans l'établissement de la balance d'efficience expriment les différentes formes que la propriété d'efficience peut revêtir. De la même manière, au titre des effets anticoncurrentiels, entrent en compte les effets nuisibles à l'efficience.

D'abord, au titre des gains en efficience, les autorités de contrôle retiennent seulement les économies de coût qui apportent une valeur et contribuent à la richesse de la société. Ainsi, les économies qui découlent d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou du choix des produits ne sont pas prises en considération. Trois types de gains en efficience sont pris en compte : les gains relatifs à l'efficience productive, les gains *allocatifs* et les gains dynamiques⁵⁵. L'efficience productive est atteinte lorsque l'entreprise produit et/ou distribue ses biens au coût le plus bas possible en utilisant ainsi le moins de ressources possible. Les gains relatifs à l'efficience productive couvrent une vaste gamme d'économie de coût que l'entreprise est susceptible de réaliser dans la production et la distribution de ses biens et services. Il en va ainsi des économies d'échelle, des économies de gamme, des économies de densité, des économies liées à un transfert de technologie et des économies de réseau notamment⁵⁶. Ils s'apprécient généralement sous forme quantitative. Et il appartient aux parties qui les allèguent de les prouver avec le plus de précision possible. Cependant, ne constituent pas des gains en efficience productive les simples économies de coût dans la production qui ne se répercutent pas sur l'ensemble des acteurs du marché, mais seulement du point de vue des parties.

L'efficience *allocative* vise la répartition des ressources : la manière suivant laquelle les ressources dont dispose la société sont réparties à leur utilisation la plus valorisée. Il y a efficience d'allocation lorsque les biens ou les services correspondent en quantité et en qualité à ceux que

53. À ce propos, la métaphore culinaire du « plus gros gâteau possible » est entrée dans les consciences collectives.

54. Georges J. STIGLER, « Law or Economics ? », (1992) 35 *J.L. & Econ.* 455, 458 et 459 ; Didier DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », (1993) 7 *R.I.D.E.* 5.

55. Sur ces trois formes d'efficience, voir K. DIAWARA, préc., note 8, p. 328-331.

56. Voir, notamment, BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 35, par. 12.15-12.17, p. 47 et 48.

les consommateurs désirent le plus⁵⁷. Elle porte sur le mécanisme auquel aboutit le processus économique. L'efficacité dynamique, enfin, concerne un aspect important de la concurrence : l'innovation⁵⁸. L'efficacité dynamique touche principalement toute amélioration de la qualité des produits, le lancement de nouveaux produits ou encore la découverte de nouveaux procédés techniques. Les gains relatifs à l'efficacité dynamique ont une répercussion directe sur la qualité de vie de la société. Ils améliorent le bien-être collectif.

Ensuite, au titre des effets anticoncurrentiels, il est considéré les pertes d'efficacité. Ceux-ci sont composés de tous les actes qui ont pour conséquence de réduire une des catégories d'efficacité susmentionnées. En particulier, l'effet négatif sur la répartition des ressources revêt une importance particulière. En effet, l'augmentation des prix consécutive à une fusion ou à une alliance stratégique entraîne généralement une baisse de la demande qui induit un report d'une partie de celle-ci vers des substituts moins adéquats. Cela entraîne une inefficacité de l'allocation des ressources qui est appelée « perte sèche ». Il y a perte sèche lorsque des unités ne sont pas produites alors que des acheteurs seraient prêts à payer pour celles-ci un prix supérieur au coût marginal de production de ces unités. D'ailleurs, comme nous le verrons ci-après⁵⁹, selon l'analyse économique, seule cette perte sèche devrait être considérée comme un effet anticoncurrentiel.

En second lieu, l'objectif d'amélioration des « chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada⁶⁰ » trouve une traduction complète aux articles 96 (2) et 90.1 (6) L.c. Selon ces textes, « [p]our décider si l'accord ou l'arrangement aura vraisemblablement pour effet d'entraîner les gains en efficacité visés au paragraphe (4), le Tribunal examine si ces gains se traduiront, selon le cas : a) par une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations ; b) par une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers⁶¹ ». Ces dispositions exigent que le tribunal tienne compte du remplacement des importations et de l'augmentation des exportations au moment d'évaluer

57. Ce qui est reflété par le prix qu'ils sont disposés à payer sur le marché. Au sens strict, l'efficacité *allocative* correspond au critère dit de « Kaldor-Hicks » qui est aujourd'hui préféré à l'optimum de Pareto. Pour rappel, une situation est efficace au sens de Kaldor-Hicks, lorsqu'elle produit suffisamment de gains *susceptibles* de compenser les pertes.

58. En évoquant la notion d'« adaptabilité » de l'économie à l'article 1.1 L.c., le législateur réfère ainsi notamment à l'efficacité dynamique.

59. *Infra*, section 2.1.1.

60. L.c., art. 1.1.

61. *Id.*, art. 90.1 (6).

les gains en efficience engendrés par une fusion ou une alliance stratégique et rencontrent ainsi l'un des objectifs fixés par l'article 1.1 L.c.

Améliorer la position du Canada dans le commerce international, en stimulant les exportations et en diminuant les importations de produits, tel est le but principal visé par ces textes. En effet, l'objectif particulier d'améliorer la participation canadienne au commerce international et de tenir compte de la concurrence extérieure au Canada s'explique par la place névralgique qu'occupe ce secteur dans la balance commerciale du pays et de l'ouverture globale des marchés qui encourage leur interpénétration au sein du système continental (ALENA) et multilatéral (OMC) de commerce⁶².

Au moment où les marchés se sont mondialisés, en transformant le cadre de référence de l'activité économique, qui est passé d'une dimension nationale à une échelle régionale puis globale, les entreprises canadiennes font face de plus en plus à une concurrence mondiale dans certains secteurs comme ceux de l'industrie minière, de l'aéronautique ou de l'informatique. Dans ces industries, les entreprises doivent avoir une certaine taille pour pouvoir tirer parti des économies d'échelle mondiales ou bénéficier de chaînes de valeurs transfrontalières⁶³. Dans ce contexte, des opérations de restructuration d'entreprises sous formes de fusion ou d'alliance sont indispensables. Les études démontrent en même temps que, plus le degré de concurrence dans une économie domestique est élevé, meilleures sont les chances des entreprises locales de tirer parti du commerce international grâce à leur compétitivité⁶⁴.

Donc, comme l'a rappelé le Tribunal de la concurrence dans le réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, l'article 96 (2) L.c. a été adopté

62. Comme l'atteste cette position réaliste d'un député lors du débat parlementaire sur la pertinence de l'article 96 (2) : « Le Canada est un pays commerçant. Un emploi sur trois dépend du commerce international. C'est pourquoi là où une fusion viendrait à engendrer un gain appréciable d'efficience se traduisant par un accroissement des exportations ou par une substitution des importations, le tribunal devra autoriser cette fusion. » CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 33^e légis., 7 avril 1986, « Compte rendu officiel. Loi sur le tribunal de la concurrence », p. 11962 (M. Pierre Blais).

63. Une chaîne de valeur mondiale est un processus par lequel la production de biens et services de plus en plus complexes est structurée en mode transfrontalier allant de la conception à la distribution, en passant par la production. Aaron SYDOR, « L'émergence des chaînes de valeur mondiales », dans GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le commerce international du Canada. Le point sur le commerce et l'investissement – 2007*, Ottawa, Affaires étrangères et Commerce international Canada, 2007, p. 4, [En ligne], [www.international.gc.ca/eet/pdf/07-1989-DFAIT-fr.pdf] [www.international.gc.ca/economist-economiste/assets/pdfs/07-1989-DFAIT-fr.pdf] (1^{er} avril 2012).

64. Michael E. PORTER, *L'avantage concurrentiel des nations*, Paris, InterÉditions, 1993.

en considérant le rôle important du commerce international, mais cela ne signifie pas que ce paragraphe limite l'application de l'exception d'efficience aux seules situations relatives au commerce international. À ce propos, le juge Marc Nadon met bien en exergue l'objet de ce paragraphe :

[J]e n'en conclus pas pour ma part que la défense fondée sur les gains en efficience du paragraphe 96 (1) n'ait été prévue que pour les fusionnements mettant directement en jeu les facteurs spécifiés au paragraphe 96 (2). C'est plutôt que celui-ci permet d'accorder une attention particulière aux entreprises canadiennes qui deviennent plus efficaces par suite de fusionnements ayant pour effet de stimuler les exportations et de réduire les importations⁶⁵.

En fin de compte, le fondement utilitariste de l'exception d'efficience converge parfaitement avec les objectifs économiques d'efficience et d'amélioration de la position du Canada dans le commerce international. D'ailleurs, nous avons pu constater que l'exception d'efficience était une traduction de ces préoccupations économiques qui jouent un rôle important dans l'appréciation des fusions et des alliances stratégiques. Si elle raffermait ainsi les objectifs de nature économique, l'étude des objectifs de nature plus sociale révèle, en revanche, que l'exception d'efficience tend à les assouplir.

1.2.2 L'assouplissement probable des objectifs sociaux

Les objectifs de nature sociale peuvent être variés en droit de la concurrence. En effet, la politique de concurrence peut être utilisée pour veiller à la préservation et à l'augmentation de l'emploi. Elle peut aussi servir à la protection sociale⁶⁶, à encourager des modes de production durable⁶⁷. Cependant, en droit canadien, les objectifs de nature sociale enchâssés dans l'article 1.1 L.c. ont une portée assez restreinte, puisqu'ils ne réfèrent ni à la protection de l'emploi ni à la protection sociale ou environnementale. Sur ce point, le législateur a entériné l'idée communément reçue selon laquelle les considérations strictement sociales relatives à l'emploi et à la protection sociale ne sont pas pertinentes pour apprécier la licéité des comportements des entreprises, en général, et des opérations de restructuration, en particulier⁶⁸. Donc, dans le contexte canadien, les objectifs de nature sociale

65. *Supérieur Propane TC2*, préc., note 30, par. 387.

66. En droit français et européen, voir notamment : Laetitia DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; Antoine PIROVANO, « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence) », D. 1980.chr.145.

67. Hans VEDDER, *Competition Law and Environmental Protection in Europe. Towards Sustainability ?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003.

68. Robert D. ANDERSON et S. DEV KHOSLA, *La politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique : une analyse comparative*, documents hors série n° 7, Ottawa, Industrie Canada, 1995, p. 54 :

poursuivis par le droit de la concurrence ont une portée restreinte confinée dans l'article 1.1 L.c. qui vise notamment à protéger, d'une part, les PME en leur assurant «une chance honnête de participer à l'économie» et, d'autre part, les consommateurs en leur donnant la possibilité d'avoir accès à «des prix compétitifs et un choix dans les produits».

Bien que restreints, ces deux objectifs de nature sociale n'en demeurent pas moins importants⁶⁹, compte tenu de leurs fondements distributifs et démocratiques. En effet, les objectifs de protection des PME et des consommateurs trouvent leur fondement dans la justice distributive, laquelle vise à ce que chacun des membres de la communauté reçoive une portion adéquate à son mérite⁷⁰. Si le principe d'efficience se préoccupe seulement d'assurer la maximisation des ressources de la société, le principe de justice distributive, plus englobant, s'intéresse à la répartition et à la redistribution justes de la richesse ainsi créée entre les individus et groupes d'individus, en fonction de leur mérite ou de leur rôle dans la société. Bien que touchant de manière incidente à la justice corrective — qui concerne la justice des rapports entre parties —, le droit de la concurrence a un rapport direct avec la justice distributive⁷¹.

De façon générale, une politique de concurrence ne tient pas compte de l'emploi régional ou d'autres facteurs socio-économiques lorsqu'il s'agit d'évaluer les opérations et les pratiques des entreprises, ce qui ne signifie pas que ces facteurs sont jugés sans importance. On suppose plutôt que la prise en compte de facteurs socio-économiques aurait pour effet de rendre la législation en matière de concurrence moins objective, de nuire à son application par les tribunaux et d'en affaiblir l'orientation sur le marché [...] De plus, on considère que les programmes de recyclage des travailleurs et autres initiatives du même genre sont en général des moyens plus directs de répondre aux besoins et aux préoccupations en matière d'emploi des travailleurs déplacés par la restructuration des industries.

69. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs très clairement l'importance de ces objectifs sociaux. À titre illustratif : *R. c. Assoc. québécoise des pharmaciens propriétaires (A.Q.P.P.)*, [1995] R.J.Q. 1498 (C.S.), qui considère que la *Loi sur la concurrence* veut que la PME bénéficie d'une chance honnête de participer à l'économie canadienne tout en s'assurant que les consommateurs ont un choix de produits à des prix compétitifs. «[Traduction] Cette loi a un but social, notamment l'établissement de pratiques commerciales les plus morales édictées pour apporter une plus grande protection au public consommateur» : *R. v. Colgate-Palmolive Ltd.*, [1969] 1 O.R. 731, 733. Également : *R. v. Miller's T.V. Ltd.* (1969), 56 C.P.R. 237. Pour une discussion de la conciliation entre ces objectifs et les objectifs de nature économique, *infra*, section 2.
70. John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 ; Philippe Van PARIJS, *Qu'est-ce qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris, Seuil, 1991 ; Amartya Kumar SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
71. Arthur M. OKUN, *Equality and Efficiency. The Big Tradeoff*, Washington, The Brookings Institution, 1975 ; Herbert HOVENKAMP, «Distributive Justice and the Antitrust Laws», (1982) 51 *Geo. Wash. L. Rev.* 1 ; Louis B. SCHWARTZ, «“Justice” and Other

L'objectif d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix varié semble constituer le point de rencontre de tous les autres objectifs poursuivis par la *Loi sur la concurrence*⁷². Dans cette perspective, le droit antitrust a pour vocation de promouvoir des comportements des entreprises fondés sur le mérite pour le profit ultime de la collectivité, en général, et du consommateur, en particulier⁷³. Ces comportements doivent avoir pour effet d'offrir au consommateur des prix concurrentiels, un choix varié et des produits de qualité ou de nouveaux produits.

La protection des PME, qui leur donne une chance de participer à l'économie, est fondée sur l'idée de préserver la loyauté de la concurrence, la liberté économique ainsi que le renforcement de la démocratie économique : maintenir un équilibre dans la répartition et la distribution des richesses et du pouvoir économique et éviter une concentration excessive du pouvoir économique entre les mains d'un petit nombre d'entreprises. Le droit de la concurrence garantit l'accès des PME au marché en raison du rôle social important que celles-ci occupent et jouent dans l'économie. Cette garantie d'accès au marché revêt deux dimensions : d'abord, elle permet aux PME de prétendre à participer au marché en y faisant une entrée ; ensuite, elle assure aux PME une participation pérenne au marché, une fois leur entrée effectuée avec succès⁷⁴.

Malgré leur importance, le législateur n'a pas malheureusement traduit de manière explicite ces deux objectifs sociaux dans le mécanisme législatif de l'exception d'efficacité. En effet, du point de vue littéral, rien n'indique dans les libellés des articles 96 et 90.1 (4) une considération expresse des objectifs de protection des consommateurs et des PME. Malgré cette carence, la jurisprudence a néanmoins affirmé, à juste titre, que l'exception

Non-Economic Goals of Antitrust », (1979) 127 *U. Pa. L. Rev.* 1076 ; Neil W. AVERITT et Robert H. LANDE, « Using the "Consumer Choice" Approach to Antitrust Law », (2007) 74 *Antitrust L.J.* 175 ; Arnold C. HARBERGER, « On the Use of Distributional Weights in Social Cost-Benefit Analysis », *Journal of Political Economy*, vol. 86, n° 2, 1978, p. S87.

72. Comme l'atteste cette assertion du ministre responsable de la loi, au moment des débats à la Chambre des communes (CANADA, préc., note 62, p. 11927) : « La mesure a pour quatrième objectif, et non le moindre, d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Cet objectif constitue en fait le dénominateur commun de nos initiatives. Voilà l'objectif ultime de ce projet de loi. »

73. Sur le critère de la concurrence par les mérites au profit du consommateur, voir K. DIAWARA, préc., note 8, p. 263 et suiv.

74. Sur la protection des PME par le droit de la concurrence et de l'importance de leur rôle social, voir Karounga DIAWARA, « La préservation de l'accès au marché par le droit de la concurrence : aspects fondamentaux et pratiques », dans Charlaïne BOUCHARD (dir), *Droit des PME*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 409.

d'efficience⁷⁵ devait être interprétée par référence à tous les objectifs fixés par l'article 1.1 et, notamment, à la lumière de ses objectifs sociaux⁷⁶.

La référence implicite aux objectifs de protection des PME et des consommateurs entraîne, en théorie, une considération périphérique de ces derniers dans l'appréciation de l'exception d'efficience. Cette prise en compte périphérique tend inéluctablement à l'assouplissement de ces objectifs. Cet assouplissement des objectifs sociaux posés par l'article 1.1 L.c. ne signifie pas cependant que l'appréciation et l'interprétation de l'exception d'efficience ignorent ou ne tiennent pas compte de ces valeurs distributives, mais qu'elles procèdent d'une volonté affichée de faire prédominer les objectifs économiques et leur donner préséance. D'abord, un survol rapide des caractéristiques des gains en efficience pris en compte et un examen de l'effet social indirect de l'efficience économique montrent cette considération périphérique des objectifs sociaux. Ensuite, l'analyse des effets anticoncurrentiels induits par une fusion ou une alliance stratégique révèle naturellement des conflits certains avec les objectifs sociaux.

En plus du fait d'appartenir à l'une des catégories susmentionnées, les gains en efficience doivent remplir certaines caractéristiques pour pouvoir être pris en compte dans la balance d'efficience⁷⁷. Ils doivent être notamment nécessaires⁷⁸ et objectifs⁷⁹. L'exigence que les gains soient objectifs est en mesure d'intéresser directement les finalités de nature sociale. En effet, dans l'établissement de la balance d'efficience, les autorités de contrôle ne doivent pas tenir compte des simples « redistribution[s] de revenu entre plusieurs personnes⁸⁰ ». Une simple redistribution des revenus n'économise pas des ressources : elle ne fait que les déplacer.

Ainsi, pour être considérées comme un gain en efficience, il doit s'agir d'économies réelles de coût pour la société plutôt que des gains pécuniaires pour une entreprise par suite d'une redistribution des revenus. Cette restriction trouve son origine dans le rapport du Conseil économique du Canada

75. C'est l'article 96 L.c. qui était en cause, puisque l'article 90.1 (4) L.c. n'était pas encore adopté.

76. *Canada (Directeur of Investigation and Research) v. Air Canada* (1989), 23 C.P.R. (3d) 160 (Trib. conc.), inf. par *American Airlines Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)* (1989), 23 C.P.R. (3d) 178, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), conf. par [1989] 1 R.C.S. 236 : le Tribunal note brièvement que l'article 96 doit être interprété à la lumière de l'article 1.1 L.c.

77. Les gains doivent être nécessaires, probants et objectifs. Pour des développements plus étendus sur ces caractéristiques, voir K. DIAWARA, préc., note 8, p. 331-338.

78. L.c., art. 96 (1) et 90.1 (1).

79. *Id.*, art. 96 (3) et 90.1 (5).

80. *Id.*

qui mentionnait la notion plus évocatrice de «ressources sociales⁸¹». Cela signifie que les gains réalisés par l'entreprise et qui contribuent exclusivement à son propre bénéfice sont exclus de l'analyse. Au titre de ces gains exclus, car subjectifs, l'on peut citer notamment les concessions salariales ou remises résultant du renforcement du pouvoir de négociation de l'entreprise ou encore des gains fiscaux⁸². Donc, en filigrane, l'exigence d'objectivité des gains devrait pouvoir théoriquement favoriser d'autres membres de la société que l'entreprise elle-même. Elle pourrait permettre, par exemple, des revalorisations salariales, une augmentation de la qualité des produits ou encore des prix plus compétitifs pour les PME et les clients. Ce qui renforce indirectement les objectifs sociaux prévus par l'article 1.1 L.c.

C'est aussi de manière périphérique que l'efficacité économique, en général, peut contribuer à assurer aux PME une chance de participer au marché et contribuer à maintenir des prix concurrentiels et un choix varié. Il en est ainsi, par exemple, quand l'efficacité productive permet d'offrir aux PME et aux consommateurs des produits à des prix plus bas ou que l'efficacité dynamique permet d'améliorer la qualité des produits ou leur méthode de distribution. Comme le fait remarquer le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, «le fait d'améliorer la performance économique globale du Canada permettra aux Canadiens de rehausser leur niveau de vie. Une performance économique solide se traduit par des emplois meilleurs et plus nombreux ainsi que par des salaires plus élevés⁸³.»

Cependant, malgré l'optimisme affiché par le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence et sa confiance légitime en la performance économique, la réalité montre que les opérations de fusion et les alliances stratégiques entre entreprises ont souvent des effets tendant à restreindre les objectifs sociaux fixés par l'article 1.1 L.c. En effet, les opérations de restructuration entre entreprises n'ont pas seulement pour effet d'entraîner, dans la plupart des cas, des coupures d'emplois⁸⁴, mais aussi elles peuvent avoir pour conséquence de forclure l'accès de PME efficaces au marché, en les évinçant⁸⁵ ou en leur empêchant l'entrée⁸⁶. De

81. CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, préc., note 44, p. 132.

82. CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 35, par. 12.20, p. 49.

83. GROUPE D'ÉTUDE SUR LES POLITIQUES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE, préc., note 4, p. 1.

84. Ce qui est certainement leur effet social le plus nuisible.

85. L'éviction concerne les PME déjà présentes sur le marché, mais qui seront obligées de le quitter à la suite d'une fusion de leurs concurrents.

86. Le verrouillage de l'accès au marché touche les PME qui pourraient être des concurrents potentiels des entreprises fusionnées, mais qui, suite à la fusion, ne peuvent plus accéder au marché, notamment parce que l'entrée les expose à engager des coûts irrécupérables élevés qu'elles ne peuvent assumer.

même, une fusion ou une alliance stratégique pourraient avoir pour effet d'induire une hausse de prix, une baisse de la production, une détérioration de la qualité des produits ou, enfin, une limitation de la variété de ces derniers. Dans ces cas qui résultent souvent d'une fusion créant un monopole ou un quasi-monopole⁸⁷, il va sans dire que l'objectif de protection des consommateurs visé par l'article 1.1 L.c. est remis en cause.

Dans ce contexte, il est important de tenir compte de tous objets prévus par l'article 1.1 L.c. pour déterminer les effets anticoncurrentiels au titre de la balance d'efficience. À cet égard, et pour tenir compte des objectifs sociaux protégés par cette disposition, il est fondamental de considérer autant la perte sèche subie par toute la société que la perte de gains des consommateurs consécutive au transfert de richesse⁸⁸ induit par l'augmentation des prix. De même, les effets hors prix résultant de la diminution de la qualité, du choix ou de l'innovation doivent être perçus comme des effets anticoncurrentiels.

2 L'intégration pratique complexe des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience

D'un point de vue pratique, la question que pose l'intégration des objectifs économiques et sociaux a trait exclusivement à l'*équilibre* qui doit être opéré entre, d'un côté, les gains en efficience relevés, et de l'autre, les effets anticoncurrentiels identifiés. En effet, comme l'a montré le cadre analytique évoqué plus haut, l'application de l'exception d'efficience suppose, dans un troisième temps, la mise en balance, la comparaison et l'équilibre entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels à l'effet de constater que les gains en efficience neutralisent et surpassent les effets anticoncurrentiels⁸⁹. Et il s'agit là d'une question délicate, puisque le législateur a délibérément décidé de ne dicter aucune norme d'équilibre aux autorités de contrôle⁹⁰. En plus, le critère de pondération doit

87. Tel était le cas dans l'affaire *Supérieur Propane*; pour une analyse détaillée de cette affaire, *infra*, section 2.2.

88. La question centrale de l'équilibre entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels et la question subséquente de la proportion pertinente du transfert de richesses à considérer font l'objet de la deuxième partie.

89. *Supra*, section 1.1.2.

90. L'article 96 et aujourd'hui l'article 90.1 (4) L.c. ne donnent aucune indication sur un critère précis à adopter pour appliquer la balance d'efficience. « [De] par sa nature, le Tribunal doit inévitablement prononcer un jugement de valeur lorsqu'il examine l'article 68 proposé [devenu l'article 96 depuis]. Malheureusement, le Parlement ne lui a donné aucune directive quant aux priorités à respecter, et à l'importance à accorder à la limitation de la concurrence et aux gains en efficience » : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif*, 1^{re} sess., 33^e légis.,

rencontrer les objectifs économiques et sociaux assignés au droit de la concurrence.

L'objet de cette partie est de montrer que la norme de pondération doit être fondée sur un critère qui concilie et intègre les objectifs de nature économique et sociale. À cet égard, il faut d'abord identifier la panoplie de critères qui rendent possibles une interrelation et un équilibre entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels (2.1); ensuite, nous envisagerons les enseignements tirés de l'examen de la jurisprudence (2.2) avant de proposer, à la lumière de ces constats, la norme qui nous semble être la plus appropriée pour concilier les objectifs économiques et sociaux dans la mise en œuvre de la balance d'efficience (2.3).

2.1 Les interrelations possibles

Un certain nombre de critères d'équilibre entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels ont été proposés par les économistes. Ils sont principalement cinq allant des deux critères extrêmes du prix et du surplus total aux trois critères intermédiaires incarnés par le surplus du consommateur, le critère « Hillsdown » et le critère des coefficients pondérateurs. Parmi ces cinq principaux critères, les deux qualifiés d'extrêmes ne sont pas souhaitables (2.1.1) puisqu'ils ne concilient pas les objectifs économiques et sociaux. Alors que les critères intermédiaires sont envisageables d'un point de vue socioéconomique, mais se révéleront insatisfaisants en pratique (2.1.2).

2.1.1 Les interrelations non souhaitables

Dans le contexte du droit canadien, les normes de pondération fondées sur le prix (critère du prix) et sur le surplus total ne sont pas souhaitables, car elles ne rencontrent pas les exigences de l'article 1.1. En effet, ces critères ne sont pas en mesure de concilier les objectifs de nature économique et sociale. Ce sont des critères exclusifs. Il en est ainsi du critère du prix qui ignore les objectifs économiques posés par l'article 1.1 L.c. De manière inverse, le critère du surplus total reste indifférent aux objectifs sociaux.

Comme son appellation l'indique, selon le critère du prix, toute fusion ou alliance stratégique qui a pour effet d'induire une augmentation de prix est censurée. Et, dans cette perspective, la notion de prix revêt une

fascicule n° 1, 23 avril 1986, « *Projet de loi C-91. Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois* ».

acceptation très restreinte qui vise uniquement la valeur monétaire consentie en contrepartie de l'acquisition d'un produit, bien ou service. Dans cette approche, les gains en efficience doivent surpasser et neutraliser les effets anticoncurrentiels à l'effet que les prix pratiqués soient maintenus vers le bas ou à leur niveau précédant l'opération de fusion ou l'alliance. Autrement dit, ce critère ne rend légales que les fusions et les alliances dont il résulte généralement une diminution des prix des produits ou services offerts aux clients. À première vue, l'on pourrait penser que ce critère rencontre l'objectif d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix varié⁹¹. Mais il s'agit là d'un trompe-l'œil, car cette norme de pondération préconise une « tyrannie des prix bas » en vertu de laquelle les autres critères pertinents et importants pour la société sont mis de côté, tels la qualité ou la durabilité des produits ou le lancement de nouveaux produits. Ainsi, une transaction qui aurait pour effet d'élever même modestement les prix, tout en améliorant la qualité des produits au profit des consommateurs, serait interdite. En ignorant d'autres paramètres concurrentiels importants et en se limitant uniquement au niveau des prix, ce critère ne rencontre certainement pas les objectifs posés par l'article 1.1 L.c., d'où son rejet souhaité.

En revanche, la norme d'équilibrage fondée sur le surplus total ou global pêche par « excès de confiance à l'efficience économique », de sorte qu'elle néglige de considérer au titre des effets anticoncurrentiels toutes les conséquences socialement défavorables des fusions et alliances stratégiques. En effet, le critère du surplus total est de présentation assez simple et « naïve⁹² » : il opère à l'addition du surplus du producteur et du surplus du consommateur. Autrement dit, le surplus total considère la somme des avantages autant des consommateurs que des parties à la transaction, c'est-à-dire les producteurs. Ce critère prône la neutralité économique.

91. Pour une défense du critère du prix, voir notamment : Richard O. ZERBE JR. et Sunny KNOTT, « An Economic Justification for a Price Standard in Merger Policy: The Merger of Superior Propane and ICG Propane », (2004) 21 *Antitrust L. & Econ.* 409 ; Kamil Gérard AHMED, « The Efficiency Defense and its Interpretation in *Superior Propane*: Reversed Robinhoodism at its Worst », (2006) 40 *R.J.T.* 595.

92. Le critère du surplus total prend son origine et sa source dans le modèle de Williamson. Ce dernier, en présentant ce modèle, l'a qualifié de « modèle naïf ». Williamson a démontré que, lorsque la réduction de la concurrence (réduction de l'efficience d'allocation par des prix élevés) est compensée par les gains d'efficience économique (augmentation plus grande de l'efficience productive), l'efficience totale est augmentée, donc l'opération de concentration doit être autorisée. Oliver A. WILLIAMSON, « Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs », *American Economic Review*, vol. 58, n° 1, 1968, p. 18 ; O.A. WILLIAMSON, « Economies as an Antitrust Defense Revisited », (1977) 125 *U. Pa. L. Rev.* 699 ; pour une critique de ce modèle : Alan A. FISHER et Robert H. LANDE, « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », (1983) 71 *Cal. L. Rev.* 1580, 1626-1650.

Son point de repère essentiel demeure la maximisation de la valeur jaugée de manière mécanique par l'addition des avantages des producteurs et des consommateurs. Cette simplicité et cette neutralité apparente lui ont valu beaucoup de succès⁹³.

La conséquence majeure du critère du surplus total est qu'il ignore le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs causé par l'augmentation des prix. En effet, la logique globalisante de ce critère considère le transfert de richesse comme ayant un effet neutre dans la mesure où ce transfert est perçu par les producteurs ; donc, en fin de compte, la société ne perd pas du fait de ce transfert de richesse. La seule véritable perte pour la société résulte, selon ce critère, de la perte sèche. Comme déjà mentionné plus haut, la perte sèche est la conséquence de l'inefficience de l'allocation des ressources. En effet, l'augmentation des prix va entraîner une baisse de la demande, mais aussi le report des consommateurs vers des substituts imparfaits. Cette perte est sèche parce qu'elle n'est pas répercutée sur le bien-être des producteurs ni sur celui des consommateurs.

Toutefois, sous le faux-semblant de neutralité économique, l'application du critère du surplus total avantage généralement le producteur au détriment des consommateurs. En effet, en s'attardant à la valeur monétaire de la production, le critère de maximisation de la richesse traite comme équivalente du point de vue social chaque unité monétaire retirée du processus productif⁹⁴. Mais, on le sait bien, un dollar ne représente pas

93. Parmi ses partisans avant l'arrêt *Supérieur Propane*, on peut citer : P.S. CRAMPTON, préc., note 4, p. 495-554 ; P.S. CRAMPTON, « Alternative Approaches to Competition Law. Consumers' Surplus, Total Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals », (1993) 17 *World Competition* 55 ; Michael TREBILCOCK et Ralph A. WINTER, « The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy », (2000) 19 *Can. Comp. Rec.* 106 ; M. TREBILCOCK et autres, préc., note 8, p. 37 et suiv. Aussi : An RENCKENS, « Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy : Defining The Efficiency Defense », (2007) 3 *Journal of Competition Law and Economics* 149. D'ailleurs, les lignes directrices sur les fusions de 1991 préconisaient l'application du critère du surplus total : BUREAU DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE, *Fusionnements. Lignes directrices pour l'application de la Loi. Directeur des enquêtes et recherches. Loi sur la concurrence*, Bulletin d'information n° 5, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1991, p. 53 et suiv.

94. Selon les partisans de la doctrine de la maximisation des richesses, incarnée ici par le critère du surplus total, la neutralité de ce dernier proviendrait du fait qu'une unité monétaire représente une valeur constante pour tous les individus. Posner qualifie cette hypothèse d'« héroïque » : Richard POSNER, *Antitrust Law*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 23 ; Arnold C. HARBERGER, « Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics : An Interpretive Essay », *Journal of Economic Literature*, vol. 9, n° 3, 1971, p. 785.

la même chose pour tout le monde⁹⁵. Mesurer les richesses à l'aune de la valeur marchande des biens, puis faire de la maximisation des richesses un objectif revient à dire que la satisfaction des besoins des solvables est socialement plus importante que la satisfaction des besoins des moins solvables⁹⁶. Dès lors, en ignorant le transfert des richesses consécutif à une augmentation de prix, le critère du surplus total rencontre certes les objectifs économiques fixés par l'article 1.1, mais contrevient sensiblement aux objectifs de protection des PME et des consommateurs prévus par le même texte⁹⁷. Et, comme nous le verrons⁹⁸, l'application de ce critère dans la décision initiale concernant l'affaire *Supérieur Propane* a conduit à un résultat inattendu. C'est pourquoi ce critère, tout comme celui fondé sur le prix, n'est pas souhaitable.

2.1.2 Les interrelations envisageables

Ce sont les normes de pondération qui, en principe, semblent pouvoir concilier les objectifs économiques et sociaux dans la détermination de la balance d'efficience. Donc, elles sont envisageables même si leur application peut se révéler délicate, en raison du niveau probatoire complexe. Il s'agit du critère du surplus du consommateur, celui dit de «Hillsdown», et, enfin, de la norme des coefficients pondérateurs.

D'abord, en vertu de la norme du surplus du consommateur, sont considérés les gains qui augmentent le bien-être du consommateur, soit en termes de prix bas, de produits de qualité ou encore d'un choix amélioré des produits. *A contrario*, toute restriction de l'un ou de l'autre de ces paramètres concurrentiels est conçue comme un effet anticoncurrentiel.

C'est un critère qui s'apparente au critère fondé sur le prix, mais il demeure plus large que ce dernier. En effet, la norme fondée sur le surplus du consommateur ne s'oppose pas systématiquement à toute hausse de prix. À titre illustratif, si l'augmentation de prix est contrebalancée par l'offre de produits de meilleure qualité ou mieux adaptés aux besoins des consommateurs et des PME, la transaction est alors susceptible d'être

95. Ronald M. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 237 et suiv. ; R.M. DWORKIN, « Is Wealth a Value ? », (1980) 9 *J. Legal Stud.* 191 ; Stephen F. ROSS, « The Political Economy of the Efficiency Defence », (2002-2003) 21 *Can. Comp. Rec.* 89, 90 et 94.

96. Elle représente une plus grande richesse.

97. Thomas W. ROSS et Ralph A. WINTER, « Canadian Merger Policy Following Superior Propane », (2003) *Can. Comp. Rec.* 7 ; T.W. ROSS et R.A. WINTER, « The Efficiency Defense in Merger Law : Economic Foundations and Recent Canadian Developments », (2005) 72 *Antitrust L.J.* 471.

98. *Infra*, section 2.3.

autorisée en application de ce critère. De ce fait, l'on constate que ce critère tient compte notamment de l'efficience dynamique, tout en assurant aux consommateurs des prix compétitifs et un choix varié. En ce sens, il rencontre les objectifs économiques et sociaux dictés par l'article 1.1 L.c.

Cependant, le critère du surplus du consommateur a le «défaut de sa qualité»: en se concentrant uniquement sur les gains et les effets qui se répercutent sur le consommateur, il ignore quelque peu les pertes subies par les producteurs et les actionnaires. Ce critère ne tient pas compte en effet de la diminution du surplus du producteur au titre des effets anticoncurrentiels⁹⁹.

Ensuite, le critère dit de «Hillsdown» constitue plus un réaménagement du critère du surplus du consommateur et est ainsi dénommé suite à la remarque avant-gardiste faite par l'honorable juge Reed dans l'affaire portant le titre éponyme¹⁰⁰. Dans cette affaire dont il sera question plus bas¹⁰¹, la juge Reed a contesté la neutralité attribuée au transfert des richesses par le critère du surplus total. Elle a préconisé, comme dans le cadre du critère du surplus du consommateur, une prise en compte de ce transfert dans les effets anticoncurrentiels de la fusion. En conséquence, le transfert de richesse du consommateur au producteur suite à une hausse de prix fait partie intégrante de l'analyse suivant ce critère. Son application permet de considérer la totalité du transfert des richesses du consommateur au producteur comme un effet anticoncurrentiel de l'opération en cause. Cette remarque de la juge Reed a le mérite de montrer que les objectifs économiques, quelle que soit leur importance, ne doivent pas éluder ni évincer les objectifs sociaux dans la détermination de l'exception d'efficience.

Enfin, la norme des coefficients pondérateurs constitue la voie médiane entre le critère du surplus total et le critère du surplus du consommateur. Comme son nom l'indique, elle préconise d'attribuer des coefficients de pondération aux effets anticoncurrentiels et aux gains en efficience: «en vertu du critère des surplus pondérés, les divers effets du fusionnement sont additionnés, comme pour le critère du surplus total, mais *chaque élément est multiplié par une "pondération sociale" reflétant l'impor-*

99. C'est d'ailleurs la principale critique adressée au critère du surplus du consommateur: Marc DUHAMEL et Peter G.C. TOWNLEY, «An Effective and Enforceable Alternative to the Consumer Surplus Standard», *World Competition*, vol. 26, n° 1, 2003, p. 3; P.S. CRAMPTON, préc., note 4, p. 56.

100. *Hillsdown*, préc., note 7. C'est Mcfridge qui a ainsi dénommé la mise en garde de l'honorable juge Reed critère «Hillsdown»: Donald G. MCFETRIDGE, «The Prospects for the Efficiency Defence», (1996) 26 *Rev. Can. dr. comm.* 321.

101. *Infra*, section 2.2.

*tance accordée au bien-être de chaque groupe par l'instance se livrant à l'examen*¹⁰²».

Dans ce cadre, le transfert de richesse ainsi que les gains en efficience doivent être pondérés de telle manière que les gains globaux pour l'économie surpassent et neutralisent les pertes d'efficience dans une mesure correspondant à l'importance du transfert de richesse causé par l'augmentation des prix. Pour le professeur Townley, qui a suggéré un tel critère dans l'affaire *Supérieur Propane*¹⁰³, les coefficients devraient être pondérés de sorte que l'avantage net ou le coût net de la transaction soit exactement nul¹⁰⁴. Cependant, le critère des coefficients pondérateurs souffre d'un inconvénient majeur : sa difficile mise en œuvre. En effet, conférer des coefficients pondérateurs à chaque effet anticoncurrentiel ou gain en efficience relève décidément d'un simple jugement de valeur susceptible de fluctuer et de changer d'une affaire à l'autre. Ce critère s'accommode mal avec la prévisibilité attendue des normes juridiques ; il ne permet pas, comme le critère du surplus du consommateur ou celui du surplus total, une application quelque peu prévisible. Malgré cet inconvénient dirimant, le critère des coefficients pondérateurs satisfait de manière évidente en principe aux exigences fonctionnelles économiques et sociales que commande l'interprétation croisée de l'article 1.1 L.c. et des articles 96 et 90.1 (4) L.c. Il combine harmonieusement les critères souvent opposés du surplus total et du surplus du consommateur.

2.2 L'imbroglio jurisprudentiel et les tentatives de réforme infructueuses

Un survol des décisions rendues par les tribunaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience, malgré l'imbroglio qui les caractérise, nous permettra de savoir quels sont les principes préconisés par les autorités judiciaires dans l'interprétation entrecroisée des articles 1.1 et 96 L.c.¹⁰⁵, et surtout quels préceptes en ressortent en vue de la proposition d'une norme qui serait conforme à ceux-ci. De la même façon, l'examen des tentatives de réforme législative consécutives à l'imbroglio jurisprudentiel se révélera utile dans la recherche des motivations du législateur.

102. A.-B. EVERETT et T.W. ROSS, préc., note 26, p. 23 (l'italique est de nous).

103. Voir aussi M. DUHAMEL et P.G.C. TOWNLEY, préc., note 99.

104. *Id.*

105. À ce jour, l'article 90.1 (4) L.c. n'a pas encore connu une interprétation judiciaire du fait de sa nouveauté. Cependant, par leur communauté d'esprits et de lettres, il ne fait nul doute que les principes juridiques issus de l'interprétation de l'article 96 L.c. sont entièrement transposables à l'article 90.1 (4) L.c.

Puisque l'article 96 L.c. ne donne aucune indication précise sur la manière de comparer les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels résultant d'une fusion, il a appartenu au Tribunal de la concurrence de donner un contenu normatif à la balance d'efficience. Il l'a fait dans deux affaires importantes¹⁰⁶ : d'abord en *obiter* dans l'affaire *Hillsdown*, et ensuite, de manière plus exhaustive dans la querelleuse affaire *Supérieur Propane*¹⁰⁷.

L'affaire *Hillsdown* concerne l'acquisition de Packers inc., qui est une filiale de l'Ontario Rendering Company Ltd. (Orenco), par Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown). Orenco était le principal concurrent de Rothsay, filiale de la société Hillsdown, sur le marché non captif de l'équarrissage au sud de l'Ontario. La fusion horizontale allait conférer à la nouvelle entité une part de marché comprise entre 62 et 63 p. 100. C'est ainsi que le directeur des enquêtes et recherches (tel est le titre qu'il portait à cette période) a contesté l'acquisition de Orenco par Hillsdown devant le Tribunal de la concurrence.

Même si le Tribunal a jugé que cette acquisition n'avait pas un effet d'empêchement ou de diminution de la concurrence, il s'est tout de même permis, sous la plume de la juge Barbara Reed, de se prononcer en *obiter dictum* sur l'exception d'efficience prévue par l'article 96 L.c.

106. En plus des affaires *Hillsdown* et *Supérieur Propane*, dans quatre autres affaires, le Tribunal fait référence de manière brève à l'exception d'efficience de l'article 96 : *Canada (Directeur of Investigation and Research) v. Air Canada*, préc., note 76 (le Tribunal y affirme que l'article 96 doit être interprété à la lumière de l'article 1.1) ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Compagnie pétrolière impériale Ltée*, [1990] D.T.C.C. n° 1 (Trib. conc.) (le Tribunal amène des éclaircissements sur la quantité des gains en efficience allégués) ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Canadien Pacifique Ltée* (1997), 73 C.P.R. (3d) 573 (Trib. conc.) et (1997), 74 C.P.R. (3d) 55 (Trib. conc.) (le tribunal demande des détails à propos des gains en efficience) ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 5 (Trib. conc.), conf. par (2003), 24 C.P.R. (4th) 178 (C.A.F.) (le Tribunal rejette des arguments fondés sur les gains en efficience parce qu'ils sont fortuits au stade des mesures correctives).

107. Cette affaire s'est déroulée de 2000 à 2003. Elle a fait l'objet de quatre décisions judiciaires, dont deux émanent du Tribunal de la concurrence : l'arrêt initial, *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. Conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15 (ci-après « *Supérieur Propane TC1* »), suivi de la décision de réexamen de 2002 : *Supérieur Propane TC2*, préc., note 30, et les deux autres arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale (le premier infirmant la décision initiale du Tribunal de la concurrence, *Supérieur Propane CAF1*, préc., note 7 ; le second confirmant la décision de réexamen du Tribunal de la concurrence : (*Canada*) *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, [2003] 3 C.F. 529, 2003 CAF 53 (ci-après « *Supérieur Propane CAF2* »)).

Le Tribunal a d'abord rappelé le cadre juridique dans lequel il fallait apprécier l'article 96. Il a précisé l'étendue normative de cette disposition, qui suppose de mettre en balance, d'une part, les gains en efficience dont la preuve incombe aux parties fusionnées, et d'autre part, les effets anticoncurrentiels que le directeur des enquêtes doit établir.

Ensuite, en ce qui concerne l'équilibre entre les effets anticoncurrentiels et les gains en efficience, le Tribunal a clairement rejeté le critère du surplus total en se fondant sur les dispositions de l'article 1.1 L.c., qui fixent les objectifs de la Loi selon un cercle centrifuge allant de l'efficience économique à la protection des consommateurs en passant par l'accommodement des PME et l'ouverture vers le commerce extérieur. La juge Reed a notamment rappelé le caractère discutable de la prétendue neutralité du transfert des richesses en cas d'augmentation de prix¹⁰⁸. Selon elle, le transfert des richesses n'est pas neutre et constitue «en général l'effet le plus important d'une diminution sensible de la concurrence¹⁰⁹». De ce fait, la balance d'efficience devrait inclure, parmi les effets anticoncurrentiels, autant la perte sèche (inefficience de la répartition des ressources) que le transfert des richesses.

Enfin, le Tribunal remarque que la mise en balance entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels serait réalisée en fonction de la vraisemblance des effets anticoncurrentiels. Dans cet exercice, plus les effets anticoncurrentiels seraient importants, plus l'on donnerait du poids aux gains en efficience à l'effet de savoir s'ils sont de nature à neutraliser et à surpasser l'effet anticoncurrentiel. À ce propos, des gains en efficience, qui provoqueraient une baisse des prix seraient déterminants pour l'autorisation de la fusion¹¹⁰.

Outre son caractère non contraignant parce qu'énoncé en *obiter dictum*, l'arrêt *Hillsdown* pose les balises qui encadrent l'application de l'exception d'efficience. Au mieux, il suggère un critère semblable à celui du surplus du consommateur, car le transfert des richesses est mis au passif

108. *Hillsdown*, préc., note 7, 337 et 338 :

Les deux parties invoquent l'idée que le transfert de richesses est neutre. Pendant les arguments, on a posé la question (qui est répétée ici), à savoir s'il en est toujours ainsi. Si, par exemple, les parties qui ont fusionné étaient des sociétés pharmaceutiques et que le marché du produit pertinent avait trait à un médicament d'importance vitale, les économistes diraient-ils que le transfert de richesses est neutre ? Le Tribunal se contente ici de soulever la question.

109. *Id.*

110. *Id.*

de la balance d'efficience. Mais, il ne dicte pas, en tant que tel, un critère clair et explicite pour appliquer l'article 96. C'est ce déficit normatif que va tenter de combler le Tribunal de la concurrence, sous la surveillance de la Cour d'appel fédérale (CAF), dans la houleuse affaire *Supérieur Propane*.

L'affaire *Supérieur Propane* constitue la première cause dans laquelle le Tribunal de la concurrence autorise une fusion anticoncurrentielle en se fondant sur l'exception d'efficience. Les faits remontent à décembre 1998, lorsque l'entreprise Supérieur Propane décide d'acquérir son principal concurrent, ICG Propane, dans le marché de la production et de la distribution du gaz propane. Le commissaire de la concurrence conteste cette acquisition devant le Tribunal de la concurrence au motif qu'elle entraînera vraisemblablement une diminution et un empêchement de la concurrence au sens de l'article 92 L.c. Devant le Tribunal de la concurrence, l'intimée invoque l'article 96 L.c., arguant que, même si la fusion projetée doit produire des effets anticoncurrentiels, elle doit être autorisée, parce que les gains en efficience résultant de l'opération neutralisent et surpassent ses effets anticoncurrentiels.

Dans sa décision initiale¹¹¹, le Tribunal constate sans difficulté les effets anticoncurrentiels de l'opération : une diminution importante de la concurrence autant sur 66 marchés locaux à l'échelle du Canada que sur le marché des services de coordination destinés aux clients nationaux. De même, la fusion nuirait fortement à la concurrence au Canada atlantique. Elle allait donner lieu à la création d'un quasi-monopole avec une entreprise détenant environ 95 p. 100 de part sur 16 marchés de la production et de la distribution du propane ; la fusion allait entraîner aussi une augmentation d'au moins 16 p. 100 du prix de détail du propane¹¹².

C'est dans ce contexte que Supérieur Propane invoque l'exception d'efficience prévue par l'article 96 L.c. Passant outre la mise en garde de la décision *Hillsdown*, le Tribunal applique le critère du surplus total en incluant uniquement la perte sèche au titre des effets anticoncurrentiels et rejette, en conséquence, l'argument du commissaire¹¹³. Le Tribunal conclut alors que la fusion doit être autorisée : les gains en efficience résultant de la fusion, estimés à 29,2 millions de dollars par année, surpassent et

111. *Supérieur Propane TCI*, préc., note 107.

112. *Id.*, par. 252, 253 et 261.

113. Le commissaire optait pour l'application du critère du surplus du consommateur avec la conséquence que le transfert de richesse serait considéré au titre des effets anticoncurrentiels.

neutralisent largement la perte sèche¹¹⁴, estimée à 6 millions par année¹¹⁵. Le commissaire porte l'affaire en appel devant la CAF.

En appel, la question essentielle est de savoir si le critère du surplus total est conforme à l'article 96, mais aussi et surtout à l'article 1.1 L.c. La CAF répond par la négative en estimant que limiter uniquement les «effets anticoncurrentiels» à la perte sèche, sans aucune considération du transfert des richesses, porte atteinte manifestement aux objectifs prévus par l'article 1.1 L.c.: «en limitant ainsi les facteurs à prendre en compte comme “effets”, le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu'il n'a pas fait en sorte que tous les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et les circonstances particulières de chaque fusionnement puissent être pris en compte dans l'exercice de pondération prescrit par l'article 96¹¹⁶».

La CAF souligne que la nature, en partie, économique des objectifs de la *Loi sur la concurrence* ne constitue pas un obstacle pour intégrer les effets de redistribution des revenus au titre des effets de diminution et d'empêchement de la concurrence, compte tenu de l'article 1.1 L.c. qui vise aussi des objectifs sociaux :

[L]'article 1.1 donne à penser que l'interprétation des «effets» ne devrait pas se concentrer exclusivement sur l'un des objectifs de la promotion de la concurrence, soit de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne. Les «effets» à prendre en compte dans le cadre de l'article 96 devraient également comprendre les autres objectifs auxquels répond l'encouragement de la concurrence susceptible d'être empêchée par un fusionnement anticoncurrentiel, comme la capacité de la petite et moyenne entreprise de participer à l'économie et la disponibilité pour les consommateurs d'un choix de marchandises à des prix compétitifs¹¹⁷.

Sans pour autant dicter un critère précis, la CAF précise que le critère de pondération devrait être assez souple pour être conforme à l'article 1.1, même si elle semble pencher en faveur du critère des coefficients pondérateurs présenté par l'expert du commissaire, le professeur Townley¹¹⁸.

C'est ainsi que l'affaire est renvoyée de nouveau devant le Tribunal de la concurrence pour réexamen. Dans cet exercice, le Tribunal s'applique à respecter les directives de la CAF en considérant ainsi le transfert des

114. *Supérieur Propane TCI*, préc., note 107, par. 451-458 et 467.

115. *Id.* : outre l'inefficience de la répartition des ressources (estimée à 3 million de dollars), le Tribunal a aussi considéré les effets négatifs à l'égard de la répartition des ressources découlant de la réduction ou de l'élimination de certains programmes précis de services et de prix qui avaient été lancés par ICG Propane, estimés aussi à 3 millions de dollars.

116. *Supérieur Propane CAF1*, préc., note 7, par. 93.

117. *Id.*, par. 108.

118. *Id.*, par. 160 et 161.

richesses au titre des effets anticoncurrentiels. Cependant, le Tribunal rejette l'argument du commissaire l'invitant à prendre en compte la totalité du transfert des richesses¹¹⁹, ce qui équivaldrait à l'adoption du critère du surplus du consommateur. Le Tribunal se limite à intégrer à titre d'effets uniquement l'impact négatif de l'augmentation des prix sur les consommateurs à faible revenu. Il estime cet effet socialement négatif à 2,6 millions de dollars par année. De même, il ne considère pas, faute de preuve, le transfert des richesses provenant des entreprises consommatrices de propane, qui constituent pourtant 90 p. 100 des clients de propane.

Conformément à la suggestion de la CAF, le Tribunal adopte la méthode des coefficients pondérateurs, telle que préconisée par le professeur Townley. Cependant, la difficulté de mise en œuvre d'un tel critère apparaît tout de suite : la question fondamentale que pose une telle méthode est de savoir quelle pondération il faut accorder aux différents effets et aux différents gains en efficience. Quel coefficient faudrait-il attribuer à la panoplie d'effets et de gains ainsi identifiés ?

Le Tribunal se contente de relever cette difficulté avant de conclure que, quel que soit le système de pondération adopté, et malgré l'ajout des effets nuisibles sur les consommateurs à faible revenu, les gains en efficience surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels¹²⁰. Ainsi, la fusion sera de nouveau autorisée en application du critère des coefficients pondérateurs.

Le commissaire de la concurrence saisit alors de nouveau la CAF, en reprochant au Tribunal de ne pas avoir suivi les directives de celle-ci. En particulier, la question clé est de savoir si le critère des coefficients pondérateurs est conforme aux directives ordonnées par la CAF lors du premier appel. En l'occurrence, il s'agit de déterminer si le Tribunal a commis une erreur en excluant la totalité du transfert de richesse des effets anticoncurrentiels.

La CAF répond par la négative en considérant que le critère des coefficients pondérateurs répond aux exigences combinées des articles 96 et 1.1 L.c. : ce critère reconnaît « le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour tenir compte de l'incidence d'un fusionnement sur les statuts socio-économiques différents des consommateurs et des actionnaires d'une entité

119. La juge Christine Lloyd s'est dissociée de cette conclusion. Elle préconisait l'application du critère du surplus du consommateur.

120. *Supérieur Propane TC2*, préc., note 30, par. 371 : « Le Tribunal estime que, suivant n'importe quel principe de pondération raisonnable, les gains en efficience de 29,2 millions de dollars surpassent et neutralisent l'ensemble des effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence attribuables au fusionnement considéré. »

fusionnée¹²¹ ». Le choix de ce critère relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal que lui reconnaît la Cour.

L'autre conclusion importante de *Supérieur Propane* est que l'exception d'efficience est applicable aux opérations de fusion créant un monopole ou un quasi-monopole, comme cela a été le cas en l'espèce où l'entité fusionnée détiendrait plus de 95 p. 100 de part de marché, malgré la voie dissidente légitime de l'honorable Létourneau¹²².

En somme, le ballet judiciaire occasionné par l'affaire *Supérieur Propane* aura été « une montagne qui a accouché d'une souris ». D'abord, cette affaire autorise l'application d'un critère qui, certes, cherche l'équilibre dans l'arbitrage entre l'épineuse question de la redistribution sociale des richesses et l'efficience économique. Mais ce critère est d'application délicate. En effet, la tare essentielle du critère des coefficients pondérateurs réside dans son imprévisibilité. Les parties, de même que les autorités de contrôle, ne peuvent avoir aucune indication, même approximative, de l'issue de l'application de la balance d'efficience¹²³. Ensuite, cette affaire permet l'application de l'exception d'efficience à une fusion créant un monopole, avec les effets subversifs que cela comporte du point de vue tant des consommateurs¹²⁴ que des PME¹²⁵.

Cependant, cette affaire a eu le mérite de susciter le débat. C'est ainsi qu'une proposition de modification de l'article 96 a été déposée devant le Parlement¹²⁶. Cette proposition faisait des gains en efficience un facteur à prendre en considération dans l'analyse de l'effet d'empêchement ou de diminution de la concurrence. Elle exigeait aussi le transfert de ces gains

121. *Supérieur Propane CAF2*, préc., note 107, par. 31.

122. *Id.*, par. 73 (j. Létourneau, motifs min.): « Je demeure convaincu que la création de monopoles constitue l'effet anticoncurrentiel défavorable ultime, qui va à l'encontre de l'objet même de la Loi, tel qu'il est exprimé à l'article 1.1. Au nom de l'efficience économique, la Loi permet une diminution sensible de la concurrence, mais elle n'autorise pas son élimination complète. »

123. Ce critère nécessite l'attribution de coefficients qui résultent, dans la plupart des cas, de jugements de valeur. Le Comité consultatif sur les gains en efficience reconnaît cette difficulté. BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 32, p. 65.

124. L'augmentation du prix consécutive à une baisse de production est un effet prévisible et commun du monopole.

125. La stratégie du prix limite empêchant les concurrents potentiels d'entrer sur le marché est aussi un autre effet connu du monopole.

126. Il s'agit de la *Loi modifiant la Loi sur la concurrence*, projet de loi C-249, (2^e lecture et renvoi à un comité – 1^{er} avril 2004), 3^e sess., 37^e légis. (Can.) (ci-après « projet de loi C-249 »).

au consommateur¹²⁷. Mais elle n'a pas été adoptée, emportée par les vicissitudes politiques¹²⁸.

Profitant des discussions suscitées par le projet de loi n° C-249, le Bureau de la concurrence lançait des consultations publiques¹²⁹ à l'issue desquelles le Comité consultatif sur les gains en efficience a été institué. Le Comité a remis son rapport à l'automne 2005¹³⁰, rapport dans lequel il préconise le maintien d'une défense fondée sur les gains en efficience¹³¹ tout en penchant en faveur d'une prise en compte systématique des gains en efficience comme facteur dans l'appréciation même de la diminution ou de l'empêchement de la concurrence¹³². En outre, le Comité recommande l'adoption d'un critère plus clair et plus prévisible que celui des coefficients pondérateurs¹³³.

Aussi paradoxal que cela puisse être, malgré l'imbroglio juridique né de l'affaire *Supérieur Propane*, et la tentative avortée de réforme du projet de loi n° C-249, le Bureau de la concurrence a affiché sa préférence pour le *statu quo*¹³⁴. Car, après le lancement de nouvelles consultations publiques en 2008¹³⁵, suivies de la publication d'un bulletin portant sur l'exception

127. L'article 1 du projet de loi C-249 se lit comme suit :

Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut évaluer, outre les facteurs dont il peut tenir compte aux termes de l'article 93, si le fusionnement réalisé ou proposé a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience qui apporteront des avantages aux consommateurs, notamment des prix compétitifs ou un choix dans les produits, et qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence de ce fusionnement.

128. La dissolution du Parlement, le 23 mai 2004, a emporté le projet de loi avec elle.

129. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Le traitement des gains en efficience dans la Loi sur la concurrence. Document de consultation*, Gatineau, 24 septembre 2004, [En ligne], [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01602.html] (1^{er} avril 2012).

130. BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 32.

131. *Id.*, p. 60.

132. *Id.*, p. 60 et 62.

133. *Id.*, p. 65 : « Les membres du Comité pensent qu'il devrait exister une norme claire, prévisible et stratégiquement acceptable, que le Tribunal appliquerait au moment de comparer les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels. Selon les membres du Comité, le Parlement devrait donc définir clairement la norme applicable à l'analyse comparative. »

134. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Notes pour allocution prononcée par Sheridan Scott. Commissaire de la concurrence. Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien*, Gatineau, 28 septembre 2006, [En ligne], [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02201.html] (1^{er} avril 2012).

135. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin. Ébauche du Bulletin sur les gains en efficience dans le cadre de l'examen d'une fusion*, Gatineau, 7 août 2008, [En ligne], [www.bureau-delaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02719.html] (1^{er} avril 2012).

d'efficience¹³⁶ dans lequel le Bureau optait pour le critère des coefficients pondérateurs¹³⁷, il ne s'en est pas suivi une réforme législative. En effet, le législateur n'a pas profité de la réforme majeure de la *Loi sur la concurrence* en 2009¹³⁸ pour amender l'article 96. Au surplus, et cela confirme sa préférence pour le *statu quo*, il a préféré transposer le cadre normatif de l'article 96 L.c. au nouvel article 90.1 (4) L.c. régissant l'exception d'efficience en matière d'entente susceptible de recours devant le Tribunal, c'est-à-dire les alliances stratégiques.

En octobre 2011, le Bureau a publié de nouvelles lignes directrices sur les fusions dont la partie 12 traite de la défense fondée sur les gains en efficience¹³⁹. Dans cette partie, le Bureau adopte une posture de neutralité par rapport au critère d'équilibrage approprié et informe seulement qu'il reconnaît « l'importance de tous les objets de la *Loi* qui sont énoncés à l'article 1.1¹⁴⁰ », lorsqu'il considère les effets anticoncurrentiels. Et, en ce sens, il indique prendre en compte au titre des effets anticoncurrentiels le « “transfert des richesses” des acheteurs aux vendeurs », car « [u]n des objectifs de la *Loi* est d'assurer aux acheteurs des prix compétitifs et un choix dans les produits¹⁴¹ ». Donc, l'état actuel du droit relatif à l'exception d'efficience est caractérisé par le *statu quo* total, d'où l'intérêt d'envisager un critère de pondération qui serait prévisible et apte à concilier les objectifs économiques et sociaux prévus par l'article 1.1 L.c.

2.3 La possible conciliation des objectifs socioéconomiques : le surplus modéré du consommateur

Quel que soit le critère ou la norme d'équilibrage et de pondération proposé, il devra répondre à la question fondamentale que pose l'application de l'exception d'efficience : *À qui devraient profiter des gains en efficience générés par une fusion ou une alliance stratégique par ailleurs anticoncurrentielle ? Aux investisseurs-producteurs représentés par le corps des actionnaires qui prennent le risque d'injecter leurs capitaux dans l'économie ? Aux consommateurs, destinataires de l'activité économique, et sans qui l'investissement des actionnaires n'aurait aucun objet ?*

136. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin. Le traitement des gains en efficience dans le cadre de l'examen d'une fusion*, Gatineau, 2 mars 2009, [En ligne], [www.bureaudela-concurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02982.html] (1^{er} avril 2012).

137. *Id.*, partie 3.

138. *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2.

139. La partie 12 portant sur l'exception d'efficience remplace dorénavant les lignes directrices de 2009 : BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 35.

140. *Id.*, par. 12.2, p. 43.

141. *Id.*, par. 12.28, p. 51.

Aux PME, qui, à elles seules, emploient près de la moitié des salariés du secteur privé et contribuent ainsi au développement économique et social ?

Il s'agit là d'une question essentielle qui relève autant de « politique stratégique¹⁴² » que de politique distributive¹⁴³. Car ici il n'est pas véritablement question d'« augmenter le gâteau », mais aussi et surtout de le partager. L'objet de cette dernière partie est de tenter d'apporter un début de réponse et non une réponse définitive à cette question. Il s'agit d'un début de réponse, car, moins qu'une norme rigide et mécanique, le critère qui est ici proposé et que nous appelons critère du « surplus modéré du consommateur » s'apparente davantage à un ensemble de caractéristiques. Cet *ensemble de caractéristiques* s'inspire évidemment, d'une part, des exigences des articles 1.1, 96 et 90.1 (4) L.c. et, d'autre part, des critères envisageables évoqués plus haut, mais aussi des principes et normes judiciaires découlant de l'interprétation de l'exception d'efficience. Cet ensemble de caractéristiques du critère du surplus modéré du consommateur est fondé sur une vision conciliatrice des objectifs économiques et sociaux et qui fait donc intervenir le *soubassement distributif* de la question et du début de réponse. Ce critère concilie les objectifs de l'article 1.1 L.c., tout en tenant compte de la particularité de l'économie canadienne.

Le critère du surplus modéré du consommateur tient compte de tout ou partie du transfert des richesses tout en assurant en même temps que tout ou partie des gains réalisés sont ou seraient vraisemblablement transmis au consommateur, conformément à la discrétion reconnue aux autorités de contrôle. Ainsi, trois éléments caractérisent le critère du surplus modéré du consommateur. D'abord, il prend en considération tout ou partie du transfert des richesses. Ensuite, il oblige à garantir que les gains sont transférés en tout ou partie aux destinataires de l'activité économique. Enfin, ces deux caractéristiques principales du critère du surplus modéré du consommateur laissent transparaître la discrétion qui est laissée aux autorités de contrôle dans l'application de ce critère souple qui leur permet d'exercer leur pouvoir souverain, étant entendu qu'elles sont les mieux placées pour déterminer l'incidence de la transaction sur les statuts socioéconomiques différents des consommateurs, des clients, des actionnaires et des propriétaires¹⁴⁴.

La première caractéristique exige de considérer au titre des effets anticoncurrentiels *tout ou partie* du transfert des richesses. À la différence du critère du surplus total, le critère proposé ici tient compte du transfert des richesses, comme le font d'ailleurs les critères du surplus des consom-

142. BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 32, p. 65.

143. S.F. ROSS, préc., note 95, 94; K.G. AHMED, préc., note 91, 616-618.

144. *Supérieur Propane CAF2*, préc., note 107, par. 31.

mateurs, le critère «Hillsdown» ou celui des coefficients pondérateurs. Cependant, à la différence du critère du surplus du consommateur ou du critère dit de «Hillsdown», le critère du surplus modéré du consommateur *n'impose pas* au Tribunal de considérer la *totalité* du transfert des richesses au titre des effets anticoncurrentiels. Il exige juste, selon les circonstances de la cause, de considérer tout ou partie du transfert des richesses. Et, contrairement au critère des coefficients pondérateurs, il n'exige pas non plus d'attribuer des coefficients à tel ou tel effet. Il interdit seulement aux autorités de contrôle les gestes extrêmes d'ignorer ou d'amplifier le transfert de richesse. C'est la raison pour laquelle il s'agit d'un critère modéré.

Il va sans dire que la question principale que soulève la modération de ce critère est relative à son exercice. Autrement dit, quels sont les éléments et facteurs qui permettent aux autorités de contrôle de décider de prendre en compte seulement une partie ou tout le transfert de richesse ?

Puisque les autorités de contrôle sont les mieux placées pour déterminer l'impact d'une transaction sur la catégorie hétéroclite de destinataires de l'activité économique, il leur faudra fondamentalement tenir compte du statut socioéconomique de ces derniers conformément à l'article 1.1 L.c. qui veut que les consommateurs puissent bénéficier de prix compétitifs et d'un choix varié, mais aussi que les PME puissent avoir la chance de participer à l'économie. À cet égard, il sera important pour les autorités de contrôle de tenir compte *notamment* :

- du niveau de revenu des consommateurs affectés par le transfert par rapport à celui des revenus moyens et à celui des propriétaires : ainsi, plus les revenus des consommateurs affectés sont bas par rapport aux revenus moyens à ceux des propriétaires, plus ils seront affectés par le transfert, et d'autant sera plus grand le montant retenu au titre des effets anticoncurrentiels ;
- l'utilisation du produit et sa destination sociale : s'agit-il d'un produit de base nécessaire ou d'un produit de luxe ? Plus le produit en cause est nécessaire et essentiel, plus le montant retenu au titre du transfert sera d'autant plus grand ;
- l'impact du transfert sur la productivité et la capacité concurrentielle des clients PME : plus le transfert affectera la rentabilité économique et sociale des PME, donc leur capacité à participer à l'économie, d'autant plus grand sera le montant retenu au titre des effets anticoncurrentiels.

Ces facteurs sont juste indicatifs, mais ils peuvent contribuer à déterminer le montant du transfert pertinent à considérer au titre des effets anticoncurrentiels. Par exemple, dans l'affaire *Supérieur Propane*, il aurait été pertinent de considérer le transfert de richesse provenant des entreprises

consommateurs de propane et son impact sur leur rentabilité économique et sociale, conformément à l'article 1.1 L.c.

Enfin, certains pourront reprocher à ce critère son manque de prévisibilité. Cependant, cette critique pourra être atténuée par le fait que le critère du surplus modéré du consommateur fait foi et confiance à l'expertise des autorités de contrôle dans ce domaine. Elles pourront, avec la pratique, développer des balises solides permettant d'assurer une certaine sécurité juridique¹⁴⁵, comme c'est le cas sur d'autres questions complexes du droit de la concurrence.

La deuxième caractéristique du critère du surplus modéré du consommateur est qu'il exige que les gains soient transférés en tout ou partie aux destinataires de l'activité économique, soit, en l'espèce, les consommateurs ou/et les PME. Si l'on tient compte de l'article 1.1 L.c., il est clair que l'efficacité générée par une fusion ou une alliance stratégique devrait profiter à l'économie canadienne, en général, et au consommateur, en particulier. Si les gains sont transmis aux consommateurs ou destinataires de l'activité économique, sous forme de prix réduits, de produits de qualité ou de nouveaux produits, il est permis de présumer qu'ils seront alors de nature à neutraliser et à surpasser les effets anticoncurrentiels. Le transfert des gains au consommateur tient tout autant compte de toutes les formes d'efficacité économique qu'il peut se faire de manière directe ou indirecte ou être réalisé à court ou à moyen terme. En effet, cette exigence autoriserait une transaction, qui hausserait les prix, sous la condition expresse que cette hausse se répercute favorablement sur le consommateur, en termes de produits de qualité, de choix améliorés ou de durabilité.

Il ne fait nul doute que l'article 1.1 L.c. commande un équilibrage entre plusieurs objectifs communs qui devraient être complémentaires, à notre

145. Étant entendu que, dans ce domaine du droit, la sécurité juridique ne peut être que relative :

[L]a sécurité juridique, qui, entendue en son sens classique, découle de la généralité et de la permanence de la règle et de la prévisibilité de ses applications, n'a guère de sens en droit économique. Cette branche du droit commande en effet de se raccrocher à des types de raisonnement et à des notions qui, en tant qu'éléments participant d'une logique, permettent une application seulement "relativement prévisible" des règles de concurrence.

Bo VESTERDORF, « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" », dans Guy CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 163, aux pages 174 et 175 ; lire, en ce sens, la professeure Prieto qui évoque la notion de « sécurité dynamique » : Catherine PRIETO, « La sécurité juridique dans le droit de la concurrence », dans Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 299, aux pages 327 et suiv.

sens, et non contradictoires. L'objectif d'efficience économique n'est pas contradictoire avec l'objectif d'assurer aux PME une chance de participer à l'économie, ni avec l'objectif fondamental d'assurer au consommateur un choix de produits avec des prix compétitifs. L'efficience économique sert de manière générale à atteindre ces objectifs et, particulièrement, des produits variés, de bonne qualité avec des prix abordables au profit du consommateur. À notre sens, tel est le précepte fondamental que véhicule l'article 1.1 L.c. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre le projet de loi C-256 de 1971, qui prévoyait « qu'une partie importante des avantages retirés ou à retirer de cette amélioration de l'efficacité est transmise ou sera probablement [...] transmise au public dans un délai raisonnable, sous la forme d'une diminution des prix ou d'une amélioration des produits¹⁴⁶ ».

Quatre décennies plus tard, après l'affaire *Supérieur Propane*, une autre proposition semblable a été mise en avant. Le projet de loi C-249 de mars 2003, même s'il renonçait au principe de défense, n'en contenait pas moins une disposition tendant à mettre en conformité la balance d'efficience avec l'article 1.1 L.c. en prévoyant le transfert des gains en efficience aux consommateurs sous forme de prix concurrentiels ou de choix variés des produits.

L'exigence de transfert des gains aux consommateurs aura au moins un double mérite. D'une part, elle serait en parfaite conformité avec l'article 1.1 L.c. D'autre part, elle enraierait toutes les transactions qui ne créeraient pas des conditions favorables de nature économique et sociale posées par l'article 1.1 L.c., ce qui aurait pour conséquence que les fusions créant des monopoles ou des quasi-monopoles ne seraient admises que dans les cas où elles seraient en faveur du consommateur en termes de prix ou de qualité du produit. Ce qui serait exceptionnel. Dès lors, la deuxième caractéristique du critère du surplus modéré du consommateur crée les conditions implicites et explicites qui permettraient d'exclure de l'exception d'efficience les transactions créant un monopole.

Conclusion

Une idée reçue assez répandue considère que le droit de la concurrence n'a pas à se préoccuper de questions de nature distributive. Que c'est un outil inadéquat pour « s'ingérer » dans les questions de redistribution de la richesse. Que d'autres moyens plus adéquats que le droit de la concurrence essaient déjà d'apporter des solutions aux questions distributives : tel est le cas de la politique fiscale, de la politique de protection sociale. Cela est,

146. *Loi modifiant la Loi sur la concurrence*, préc., note 48.

en partie, exact parce que la politique de la concurrence n'a pas pour objet premier de régir la redistribution de la richesse, car elle vise d'abord à maintenir des conditions qui stimulent la création de la valeur pour l'ensemble de la société. Nous venons de voir néanmoins que certaines questions de droit de la concurrence peuvent avoir un rapport sinon direct du moins incident avec la justice distributive.

L'exception d'efficience a été prévue pour permettre l'autorisation d'opérations de fusion et, récemment, d'alliance stratégique qui, bien que restreignant la concurrence sur un marché, génèrent en fin de compte un avantage net pour la société dans son ensemble, et non pas pour une catégorie particulière. En délaissant le critère restrictif du surplus total vers un critère plus ouvert tendant à considérer d'autres intérêts que ceux seulement des propriétaires et des investisseurs¹⁴⁷, l'interprétation de l'exception d'efficience n'a pas encore connu cependant une maturation. En droit canadien, elle est en genèse et cherche encore ses points de repère. Le *statu quo* actuel entretenu par le législateur donne aux autorités judiciaires la latitude de l'interpréter encore davantage dans le sens de rencontrer les finalités économiques et sociales poursuivies par le droit de la concurrence. Le critère du surplus modéré du consommateur proposé ici va dans le sens de l'élargissement de cette question centrale qui recevra bientôt d'autres débuts de solution.

147. Un chemin similaire, préconisant l'ouverture vers toutes les *parties prenantes* plutôt que les seuls actionnaires, est aujourd'hui emprunté dans l'interprétation de la notion d'*intérêt* de la société par actions : *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, par. 42 ; *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 42 et suiv.