

**EXAMENS DE L'OCDE DE LA RÉFORME DE LA
RÉGLEMENTATION**

LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION AU CANADA

**LE RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE
DANS LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION**



ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title :
The Role of Competition Policy in Regulatory Reform

© OCDE 2002. Tous droits réservés.

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

AVANT-PROPOS

La réforme de la réglementation est devenu un domaine de politique dont l'importance est reconnue par les pays de l'OCDE ainsi que par les pays non-membres. Afin que les réformes réglementaires soient bénéfiques, les régimes de réglementation doivent être transparents, cohérents et détaillés, en instaurant un cadre institutionnel adéquate, en libéralisant les industries de réseau, en proposant et en mettant en oeuvre les lois et la politique de la concurrence et en ouvrant les marchés internes et externes aux échanges et à l'investissement.

Le présent rapport *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation* analyse le cadre institutionnel et l'utilisation des instruments de politique au Canada. Il comprend également les recommandations pour ce pays élaborées par l'OCDE au cours du processus d'examen.

Ce rapport a été préparé pour l'*Examen de l'OCDE sur la réforme de la réglementation au Canada* publié en octobre 2002. L'examen fait partie d'une série de rapports nationaux réalisés dans le cadre du programme de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, en application du mandat ministériel de l'OCDE de 1997.

Depuis lors, l'OCDE a évalué les politiques de réglementation dans 16 pays membres dans le cadre de son programme sur la réforme de la réglementation. Ce programme a pour but d'aider les gouvernements à améliorer la qualité réglementaire - c'est-à-dire à réformer les réglementations afin de stimuler la concurrence, l'innovation, et la croissance économique, et d'atteindre à d'importants objectifs sociaux. Il évalue également les progrès des pays relatifs aux principes endossés par les pays membres dans le *Rapport de l'OCDE de 1997 sur la réforme de la réglementation*.

Les examens par pays suivent une approche pluridisciplinaire en se penchant sur la capacité du gouvernement de gérer la réforme de la réglementation, sur la politique et l'application de la concurrence, l'ouverture des marchés, sur des secteurs spécifiques tel que les télécommunications et sur le contexte national macro-économique.

Ce rapport a été préparé par Michael Wise, de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE. Il a bénéficié des nombreux commentaires des collègues du Secrétariat de l'OCDE, ainsi que de consultations suivies avec de nombreux représentants du gouvernement, des parlementaires, des représentants d'entreprises et représentants syndicaux, des groupes de défense des consommateurs et d'experts universitaires au Canada. Le présent rapport a fait l'objet d'un examen par les 30 pays membres de l'OCDE et a été publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 3 : LE ROLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA REFORME DE LA REGLEMENTATION	6
Fondements de la politique de la concurrence	7
Questions de fond : contenu de la loi sur la concurrence	10
Accords horizontaux	12
Accords verticaux	15
Abus de position dominante	15
Fusions	17
Concurrence déloyale	20
Protection des consommateurs	21
Questions institutionnelles : structures et pratiques d'application	22
Autorités de la concurrence	22
Application de la loi sur la concurrence	24
Autres méthodes d'application de la loi	28
Problèmes de commerce international liés à la politique de la concurrence et à son application	29
Ressources, actions et priorités implicites de l'organisme	32
Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux ..	34
Exemptions ou traitements spéciaux à l'échelle macro-économique	34
Exclusions, règles et dérogations sectorielles spécifiques	38
Services financiers	38
Compagnies aériennes	40
Autres secteurs du transport	42
Produits agricoles	43
Pêcheries	43
Services professionnels	44
Gaz naturel	44
Electricité	45
Télécommunications	45
Radiodiffusion	46
Edition	47
Sports	47
Arts d'interprétation	47
Commerce à l'exportation	47
Promotion de la concurrence et réforme de la réglementation	48
Conclusions et possibilités d'action	50
Options envisagées	52
NOTES	57
BIBLIOGRAPHIE	60

LE ROLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA REFORME DE LA REGLEMENTATION

RESUME DU CHAPITRE

La politique de la concurrence a été intégrée de façon plus ou moins cohérente au cadre général d'action réglementaire du Canada mais prend de plus en plus d'importance dans le débat de société sur les décisions réglementaires. Les moyens d'action économiques mis en œuvre par le Canada pour rester distinct de la très vaste économie voisine ont parfois été marqués par une certaine indulgence à l'égard du pouvoir de marché local, du contrôle des entrées, de la concertation industrielle et de la protection des entreprises nationales, et ce au détriment des consommateurs canadiens.

Le caractère incertain de la politique de la concurrence dans le cadre réglementaire se reflète dans le statut des autorités qui en sont responsables au premier chef, à savoir le commissaire de la concurrence et le Bureau de la concurrence, d'Industrie Canada. Selon une opinion répandue, des décisions importantes ont été soumises à des pressions politiques qui avaient pour but de protéger les intérêts des « fleurons nationaux ». La volonté de maintenir un contrôle canadien sur certains secteurs limite la mise en œuvre de mesures correctives au titre de la politique de la concurrence, ce qui conduit à tolérer des monopoles sous réserve de mesures ponctuelles de régulation par le biais d'ordonnances ou de lois spéciales. Les polémiques suscitées par des décisions concernant des fusions de compagnies aériennes, de banques et de librairies ont néanmoins été bénéfiques puisqu'elles ont stimulé un débat de société sur la priorité à accorder à la politique de la concurrence. Dans chaque dossier, les préoccupations exprimées par le commissaire de la concurrence au sujet de la politique de la concurrence ont été dans une certaine mesure prises en compte. Il faudra cependant, pour que l'opinion publique soit plus conforme à la réalité, trouver des moyens de rendre plus évidente et crédible l'indépendance du commissaire de la concurrence en matière de prise de décision.

L'application de la loi sur la concurrence elle-même a été entravée par un ensemble paradoxal de moyens d'application. La loi, qui semblait sévère parce qu'elle prévoyait des sanctions pénales, était à vrai dire inopérante puisque ces sanctions étaient rarement imposées. Malgré un remaniement en profondeur en 1986, il demeure difficile de faire appliquer la loi sur la collusion. Ces dernières années, d'importantes amendes ont été imposées à certains cartels dont les membres ont plaidé coupables ; le commissaire a toutefois rarement eu gain de cause dans les affaires contestées. La coopération de plus en plus fréquente avec les services d'autres pays a démultiplié les moyens d'application du Bureau de la concurrence. Le programme spécifiquement élaboré par le Bureau pour l'application de la loi, le « Continuum d'observation de la loi », illustre de façon intéressante un principe général en matière de réforme, à savoir l'importance que revêt le choix des instruments appropriés. Mais les rares « victoires » concrètes pourraient bien conforter l'opinion dans la conviction que des groupes de pression influents parviennent on ne sait trop comment à se soustraire aux conséquences de leurs pratiques.

L'adoption d'un règlement plus clair concernant les ententes injustifiables et la possibilité de remplacer la sanction pénale par des réparations civiles dans les affaires moins graves rendraient l'application judiciaire de la loi plus efficace. Les délais, les coûts et les incertitudes qu'engendrent les procédures d'examen des fusions ont attiré de nombreuses critiques, adressées en bonne part au Tribunal de la concurrence, dont le fonctionnement appelle un réexamen. Le Tribunal devrait intervenir davantage, ce qui justifierait l'existence d'un « tribunal » spécialisé, ou être remplacé. Les décisions de première instance, dans les affaires civiles, pourraient alors être rendues par des tribunaux à compétence générale ou par le commissaire de la concurrence (ou par une commission composée de plusieurs membres). Le Bureau de la concurrence doit avoir à sa disposition des moyens plus nombreux et plus variés afin de l'emporter plus souvent dans les affaires contestées. Le fait d'obtenir gain de cause auprès de juges indépendants et sceptiques témoignerait de l'indépendance du commissaire en matière de prise de décision.

Le Bureau de la concurrence a déployé beaucoup d'efforts pour promouvoir la concurrence, notamment dans les années 80, et continue à le faire encore aujourd'hui. La réforme a porté ses fruits dans plusieurs secteurs, notamment les télécommunications et le camionnage longue distance. Le Bureau a participé au débat de société sur les compagnies aériennes, les banques, les produits agricoles, le transport ferroviaire et maritime, la radiodiffusion et l'édition. L'intervention réglementaire par le biais d'autorités de réglementation des échanges chargées par exemple de la limitation de la participation ou des licences provinciales, ainsi que par des accords sectoriels spéciaux, est considérable. La réglementation n'a jamais fait l'objet d'un examen approfondi et son effet global est difficilement quantifiable, mais elle contribue sans doute à diminuer les débouchés qui s'offrent aux petites entreprises, à consolider la position de certaines entreprises dominantes et à en inciter d'autres à chercher à se développer hors du Canada.

ENCADRE 1 : ROLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA REFORME DE LA REGLEMENTATION

Outre la question générale critique de la **compatibilité** de la politique réglementaire avec les principes et les objectifs de la politique de la concurrence, cette politique et les problèmes réglementaires interagissent de quatre manières :

- La réglementation peut **être en contradiction** avec la politique de la concurrence. Les réglementations peuvent encourager, voire exiger, un comportement ou des conditions représentant, dans d'autres circonstances, une violation du droit de la concurrence. Par exemple, elles peuvent autoriser la coordination des prix, empêcher la publicité ou d'autres moyens de concurrence, voire imposer un partage géographique du marché. On peut aussi citer l'exemple des textes de loi interdisant les ventes à perte, qui se veulent favorables à la concurrence mais qui sont souvent interprétés dans un sens anticoncurrentiel, et celui du très grand nombre de réglementations qui limitent la concurrence plus que ne l'exige la réalisation des objectifs de la réglementation. Lorsque ces dispositions sont modifiées ou supprimées, les entreprises concernées doivent modifier leurs habitudes et leurs anticipations.
- La réglementation peut **remplacer** la politique de la concurrence. Surtout lorsqu'un monopole apparaît comme inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement le pouvoir de marché, en fixant les prix et en limitant l'entrée et l'accès. L'évolution de la technologie et des autres structures peut conduire à un réexamen du principe de base invoqué pour justifier la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de la concurrence ne sont pas adaptées pour empêcher un monopole et l'exercice d'un pouvoir de marché.
- La réglementation peut **reproduire** la politique de la concurrence. Les organismes de réglementation peuvent essayer d'empêcher la concertation ou les abus dans un secteur, tout comme la politique de la concurrence. Par exemple, les réglementations peuvent fixer des critères de concurrence loyale ou bien des règles visant à assurer un appel à la concurrence. Les différents organismes de réglementation peuvent appliquer des critères différents, cependant, et les changements apportés aux structures réglementaires peuvent alors révéler que des politiques en apparence similaires ont peut-être conduit à des résultats différents dans la pratique.
- La réglementation peut **utiliser** les méthodes de la politique de la concurrence. Les instruments employés pour réaliser les objectifs réglementaires peuvent aussi être conçus de façon à tirer parti des incitations du marché et de la dynamique concurrentielle. La coordination peut être nécessaire pour veiller à ce que ces instruments fonctionnent comme prévu compte tenu des exigences du droit de la concurrence.

Fondements de la politique de la concurrence

Le Canada a été le premier pays à adopter une loi interne sur la concurrence, mais pendant la plus grande partie du siècle dernier, la politique de la concurrence a été devancée par d'autres priorités, notamment le respect de l'autonomie des gouvernements provinciaux et la protection de l'identité nationale et des intérêts des producteurs locaux. Mais il se peut bien que les modalités du

débat soient en train de changer. L'effet des limitations de la concurrence sur les consommateurs canadiens suscite de plus en plus d'intérêt.

Les caractéristiques particulières de l'économie politique du Canada expliquent la longue maturation de sa politique de la concurrence. Les comparaisons avec le voisin américain sont inévitables et riches d'enseignements. L'économie du Canada est plus petite et se caractérise par une plus grande dépendance à l'égard des échanges commerciaux. La plupart des industries manufacturières sont relativement concentrées, du point de vue du « marché » canadien et les responsables de l'élaboration des politiques ont été sensibles aux craintes qu'une politique de la concurrence rigoureuse porte tort aux économies d'échelle. Le fait que le pays soit tributaire du commerce, et principalement du commerce avec un partenaire unique, à savoir les États-Unis, a également milité contre l'application stricte de la réglementation interne sur la concurrence. Les autorités et le public ont soutenu la préservation de l'identité nationale, par la protection des entreprises nationales exerçant leurs activités dans les principales industries. Les politiques réglementaires et économiques internes ont été axées sur des projets et objectifs liés au développement du pays qui ont parfois accentué la protection des intérêts nationaux (Doern, 1996). La politique canadienne de la concurrence a entretenu une relation ambivalente avec celle des États-Unis. Au Canada, les évolutions des réformes sectorielles et de la loi sur la concurrence ont souvent coïncidé avec celles des États-Unis, qu'elles ont parfois même précédées. Le Canada a cependant tardé à souscrire au modèle d'application vigoureuse de la réglementation antitrust.

En 1889, c'est-à-dire au plus fort du courant populiste nord-américain, le Canada a adopté l'*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*. La loi sur les coalitions faisait suite aux reproches suscités par la concentration qu'avait entraînée la politique nationale adoptée en 1879 par le gouvernement pour protéger et encourager le secteur manufacturier. Les termes de la loi initiale sur les coalitions sont repris dans la loi actuelle : commet un acte criminel quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement pour empêcher ou réduire « indûment » la concurrence ou pour élever « déraisonnablement » les prix. Trois ans plus tard, cette règle était intégrée au Code criminel et l'infraction est devenue passible d'une peine. La loi sur les coalitions était simplement perçue comme une formulation de la *common law* existante (Bureau de la concurrence, 2001)—et certains ont pensé qu'il s'agissait d'une initiative symbolique et sans intention réelle de mise en application. Quelle qu'ait été l'intention de départ, l'impact de la loi s'est révélé très faible dans la pratique.¹

Une génération plus tard, les tentatives de mise en œuvre effective de la loi sur les coalitions sont restées sans suite, et le système n'était toujours pas fonctionnel. La loi relative aux enquêtes sur les coalitions adoptée en 1910 contenait des dispositions concernant les enquêtes sur les coalitions alléguées (Bureau de la concurrence, 2001). En 1912, une décision de la Cour suprême du Canada sauvait la loi canadienne sur la concurrence et lui donnait effet en rejetant une interprétation de la Chambre des lords qui légitimait la plupart des coalitions en vertu de la *common law*. La Chambre des lords a cependant eu le dernier mot en 1921.² Les lords ont estimé que les coalitions et les limitations imposées au commerce intéressaient « la propriété et les droits civils », qui, selon la loi constitutionnelle du Canada, relèvent de la compétence des administrations provinciales. Le seul pouvoir conféré au gouvernement national à cet égard était sa compétence en matière pénale. En fin de compte, il était presque impossible de persuader les juges de prononcer des condamnations.³

Le mécontentement suscité par l'approche adoptée en matière pénale est allé grandissant. Les autorités chargées de faire respecter la loi n'avaient pas gain de cause dans les affaires importantes. Au début des années 60, les efforts visant à défaire les grandes fusions réalisées au niveau national par les brasseries et les raffineries de sucre sont restés vains. En 1966, le Conseil économique du Canada a été chargé d'étudier la situation et de formuler des recommandations. En 1969, dans son

Rapport provisoire sur la politique de la concurrence, il préconisait une nouvelle approche et proposait de maintenir des sanctions pénales pour certains actes tout en instituant une procédure d'examen au civil des monopoles, des fusions et de certaines autres questions. Selon le rapport, la politique de la concurrence devait avoir pour objectif de promouvoir les intérêts des consommateurs grâce à une économie efficiente. Mais le rapport réitérait également l'importance, pour les entreprises canadiennes, d'être assez fortes pour soutenir la concurrence dans un marché continental (Facey, 2000).

Ces recommandations n'ont été mises en oeuvre que 17 ans plus tard. Le principal obstacle qui se posait était l'opposition des milieux d'affaires canadiens, qui avaient jusque-là bénéficié d'un degré de protection considérable. En 1971, lorsque s'amorcèrent les premières discussions sur la réforme de la législation, certains législateurs ont déploré que le projet de loi « se préoccupe exclusivement des avantages retirés par les consommateurs et ne s'intéresse nullement à la survie de l'industrie nationale ». La loi risquait, craignait-on, de centraliser « le pouvoir décisionnel entre les mains d'un groupe de technocrates simplement tenus d'appliquer des règles on ne peut plus floues ». Un éditorialiste affirma que le projet de loi « pourrait très bien signer l'arrêt de mort de l'entreprise privée telle qu'elle existe actuellement au pays. » (Bureau de la concurrence, 2001). Le projet de loi de 1971 s'est révélé trop ambitieux. Les consultations qui ont précédé sa présentation avaient été insuffisantes et les milieux d'affaires s'y sont opposés dès le départ. En 1975, les chapitres de la loi qui prêtaient le moins à controverse ont été adoptés. Ils contenaient une règle d'illicéité en soi interdisant plusieurs pratiques répondant à la définition de truquage d'offres, « pouvant donner lieu à un examen au civil », prévoyaient des mesures de protection des consommateurs, l'élargissement de la compétence sur les services, un droit restreint de poursuites privées en dommages et des pouvoirs d'intervention mieux définis dans le déroulement de la procédure réglementaire et des mesures correctives dans les affaires civiles. L'adoption des chapitres les plus controversés qui concernaient les monopoles et les fusions a été différée. En 1981, un « document d'orientation » a de nouveau été présenté et cinq ans plus tard, le projet a été couronné de succès, certains milieux d'affaires commençant à entrevoir les avantages d'une véritable politique de la concurrence. Les grandes entreprises et les entreprises sous contrôle étranger ont fait pression pour que soient réaménagées les dispositions inopérantes sur les fusions et les monopoles, en partie pour atténuer les différences entre le droit canadien et les approches adoptées par les principaux partenaires commerciaux. De leur côté, les petites entreprises souhaitaient des lois plus fortes qui les protégeraient contre les grandes entreprises. Le processus de consultation engagé après les élections de 1983, mieux structuré, prenait en compte les nouvelles manières de voir des entreprises. Mais les groupes représentant les intérêts des consommateurs ne sont pas tellement intervenus dans ce processus (Doern, 1996, pp. 81-84, 87).

C'est en 1986 qu'a été adoptée la loi sur la concurrence pratiquement dans sa forme actuelle. Cette loi conserve nombre d'éléments des lois précédentes, notamment la définition des infractions pénales. Ses dispositions en permettent toutefois l'application véritable, grâce à une procédure simplifiée devant un tribunal civil spécialisé, le Tribunal de la concurrence. Avant les modifications de 1986, le Bureau de la concurrence, qui pendant des années n'avait pu remplir sa mission d'application, se trouvait en perte de vitesse. Malgré quelques succès remportés dans des affaires de publicité trompeuse et de prix de vente imposés, et quelques interventions réglementaires réussies, la législation sur la concurrence était en fait inopérante. La nouvelle loi laissait présager un nouveau départ. Pour ratifier le changement fondamental, les tribunaux ont sorti la loi de l'ornière de la jurisprudence pénale. En 1989, c'est-à-dire longtemps après que la Chambre des lords eut cessé d'être la plus haute instance du pays, la Cour suprême du Canada a repensé la question constitutionnelle et décidé que le Parlement du Canada, en vertu de son pouvoir constitutionnel de réglementer le commerce, était habilité à promulguer des lois civiles sur la concurrence.⁴

La loi de 1986 comporte un énoncé détaillé de son objet, dont les nombreux aspects résument les débats qui se sont tenus au cours des années (partie 1.1). Son objectif général est de préserver et de favoriser la concurrence, terme qui n'est pas défini expressément. L'énoncé de l'objet de la loi décrit plutôt plusieurs avantages censés découler des actions en faveur de la concurrence. Les avantages cités sont l'« efficacité », selon une formulation suffisamment générale pour inclure aussi bien l'efficacité allocative que l'efficacité productive, l'« adaptabilité », qui souligne l'importance d'une efficacité dynamique, et, enfin, l'amélioration des possibilités offertes aux entreprises canadiennes sur les marchés mondiaux, qui va de pair avec l'efficacité et l'adaptabilité. L'énoncé de l'objet de la loi prend également en compte le rôle de la concurrence étrangère au Canada, sans doute pour faire équilibre à l'objectif de promotion des exportations déjà évoqué implicitement. Ces deux objectifs combinés impliquent toutefois les notions de réciprocité et de rétorsion. La loi attache de l'importance aux petites entreprises, et les assure qu'elles auront « une chance honnête de participer ». Sont enfin mentionnés les avantages que les consommateurs retireront de la loi, à savoir des prix compétitifs et un choix dans les produits. Ces objectifs explicites concernent manifestement les différents groupes qui ont été affectés par la législation, en particulier les milieux d'affaires (Doern, 1996).

Bien que les questions concernant les consommateurs soient mentionnées en dernier, on constate, si l'on se réfère au passé, l'importance accordée d'entrée de jeu aux intérêts des consommateurs. Ainsi, le ministre du travail chargé de la loi relative aux enquêtes sur les coalitions de 1910 avait déclaré : « cette mesure vise principalement à assurer la protection du consommateur » (Gorecki, 1984, p. 34 ; cité dans Fisher, 2000). Une affaire de fusion actuellement devant les tribunaux soulève d'importantes questions sur la priorité qu'accorde la politique canadienne de la concurrence aux intérêts des consommateurs. La décision la plus récente donne à penser qu'ils prennent une importance grandissante dans la panoplie de mesures.

Le problème qui se pose est celui de l'équilibre entre l'intérêt que présentent des prix plus bas pour les consommateurs, et une efficacité accrue pour les producteurs. Dans l'affaire en question, le Tribunal de la concurrence a, pour la première fois, pris en compte explicitement l'efficacité comme argument de défense. Il a comparé l'augmentation de l'efficacité productive à la diminution de la production imputable au pouvoir de marché. De façon délibérée, le Tribunal n'a pas pris en considération l'incidence du pouvoir de marché sur le transfert de richesses, au motif que la perte subie par les consommateurs pouvait par ailleurs être considérée comme un gain pour les producteurs. Mais la Cour d'appel fédérale a récusé l'approche du Tribunal.⁵ La Cour d'appel a plutôt estimé que l'objet général de la loi et sa soumission devant le Parlement allaient dans le sens de la protection des consommateurs, et a chargé le Tribunal de la concurrence d'examiner un éventail plus large d'effets, notamment sur les consommateurs qui doivent payer des prix plus élevés aux entreprises en situation de monopole. En renvoi, le Tribunal a réitéré sa première décision, qui a de nouveau été portée en appel.

Questions de fond : contenu de la loi sur la concurrence

Le fondement constitutionnel de la loi canadienne sur la concurrence est actuellement la compétence fédérale en matière de commerce et de justice pénale. La loi conserve nombre des caractéristiques pénales de la première loi sur les coalitions et pose les mêmes difficultés de mise en oeuvre effective. L'exigence de l'établissement de la preuve d'une affaire pénale a empêché l'utilisation de la loi pour conduire la réforme de l'autoréglementation de l'industrie. La procédure d'examen des affaires « évaluables au civil » a également présenté certains problèmes, notamment en ce qui concerne les fusions.

ENCADRE 2 : GUIDE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Le droit général de la concurrence traite les problèmes du pouvoir de monopole dans trois optiques distinctes : relations et accords entre des entreprises par ailleurs indépendantes, actions d'une seule entreprise et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, celle des **accords**, est souvent subdivisée à des fins analytiques en deux groupes : accords « horizontaux » entre entreprises opérant au même stade et accords « verticaux » entre entreprises se situant à des stades différents de la production ou de la distribution. La deuxième catégorie est appelée « **monopolisation** » dans certaines lois et « **abus de position dominante** » dans d'autres ; suivant les appellations qu'ils utilisent, les systèmes juridiques sont arrivés à des approches quelque peu différentes du problème du pouvoir économique d'une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent appelée « **fusions** » ou « **concentrations** », comprend généralement les autres types de regroupements structurels, comme les acquisitions d'actions ou d'actifs, les co-entreprises et les participations croisées au capital ou aux conseils d'administration.

Les **accords** peuvent permettre au groupe d'entreprises agissant ensemble d'avoir certains des attributs d'un monopole, d'augmenter les prix, de limiter la production et d'empêcher l'entrée ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus préjudiciables sont ceux qui empêchent toute rivalité quant aux facteurs dynamiques fondamentaux de la concurrence sur le marché, à savoir les prix et la production. Les lois les plus récentes sur la concurrence traitent de façon très dure les accords de fixation des prix, de limitation de la production, de soumission concertée ou de partage des marchés. Pour mettre en œuvre ces accords, les concurrents peuvent aussi convenir de tactiques visant à empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents ou à mettre au pas les entreprises récalcitrantes ; ainsi, les législations s'efforcent également d'empêcher et de punir les boycotts. La coopération horizontale dans d'autres domaines, comme les normes de produits, la recherche et la qualité, peut aussi affecter la concurrence, mais le caractère positif ou négatif de cette coopération peut dépendre des conditions du marché. Aussi la plupart des législations traitent-elles ces autres types d'accords en prenant en compte un éventail plus large d'inconvénients et d'avantages potentiels ou en s'efforçant de mettre au point des règles plus détaillées pour identifier les comportements bénéfiques et les exempter.

Les **accords verticaux** visent à contrôler certains aspects de la distribution. Les motifs d'inquiétude sont les mêmes, à savoir que ces accords peuvent conduire à une augmentation des prix, entraîner une baisse de la quantité (ou de la qualité), ou empêcher l'entrée et l'innovation. Etant donné que les effets des accords verticaux sur la concurrence peuvent être plus complexes que ceux des accords horizontaux, le régime juridique des différents types d'accords verticaux varie encore davantage que celui des accords horizontaux. L'une des principales pratiques est celle des prix imposés : les accords verticaux établissent des prix minimaux ou maximaux. Dans certaines conditions, ils peuvent freiner les abus des distributeurs, alors que dans d'autres ils peuvent reproduire ou mettre en œuvre une entente horizontale. Les accords portant sur l'octroi de droits ou de zones de distribution exclusive peuvent encourager un plus gros effort de vente du produit du fournisseur ou protéger les distributeurs de la concurrence ou encore empêcher l'entrée d'autres fournisseurs. Selon les circonstances, les accords concernant des combinaisons de produits, tels que ceux obligeant les distributeurs à tenir des lignes entières de produits ou liant différents produits entre eux, peuvent faciliter ou décourager l'introduction de nouveaux produits. La franchise suppose souvent un ensemble d'accords verticaux pouvant être important sur le plan de la concurrence : un accord de franchise peut contenir des dispositions concernant la concurrence dans certaines limites géographiques, un contrat d'approvisionnement exclusif et les droits de propriété intellectuelle, comme les marques de fabrique.

L'**abus de position dominante** ou la **monopolisation** sont des catégories qui concernent essentiellement le comportement et la situation d'entreprises individuelles. Un véritable monopole, qui ne doit faire face à aucune concurrence ou menace de concurrence, pourra appliquer des prix plus élevés et avoir une production plus faible ou de moins bonne qualité. Il sera sans doute aussi moins probable qu'il introduise des méthodes plus efficaces ou des produits novateurs. Les lois contre la monopolisation visent généralement les pratiques d'exclusion par lesquelles les entreprises peuvent essayer d'obtenir ou de préserver des positions de monopole. Les lois contre l'abus de position dominante visent les mêmes problèmes et peuvent aussi essayer de s'attaquer à l'exercice effectif d'un pouvoir de marché. Par exemple, aux termes de certaines de ces lois, il peut y avoir violation en cas d'application de prix trop élevés.

Le **contrôle des fusions** s'efforce d'empêcher la création, par des acquisitions ou d'autres regroupements structurels, d'unités qui seront incitées à exercer un pouvoir de marché et en mesure de le faire. Dans certains cas, le critère de légalité repose sur les dispositions concernant la domination ou les restrictions ; dans d'autres, le critère utilisé est l'effet probable sur la concurrence de manière générale. Le processus analytique généralement appliqué demande que soient caractérisés les produits qui entrent en concurrence, les entreprises qui peuvent exercer une concurrence ainsi que les parts relatives et l'importance stratégique de ces entreprises sur les marchés du produit en question. Un facteur important est la probabilité de nouvelles entrées et l'existence d'obstacles effectifs à ces entrées. La plupart des systèmes appliquent sous une forme ou une autre le critère de la part de marché, soit pour orienter les enquêtes futures, soit comme présomption quant à la légalité ou à l'illégalité de l'opération. Les fusions effectuées sur des marchés exceptionnellement concentrés, ou créant des entreprises qui ont une part exceptionnellement importante du marché, sont généralement considérées comme risquant d'affecter la concurrence. En outre, la plupart des systèmes prévoient la notification préalable aux autorités de la concurrence des opérations les plus grandes et les plus importantes et ils définissent aussi des procédures spéciales d'enquête accélérée, de façon que les problèmes puissent être mis en évidence et résolus avant que la restructuration n'intervienne effectivement.

Accords horizontaux

Les accords conclus pour empêcher ou réduire indûment la concurrence, ou pour élever déraisonnablement les prix, constituent des actes criminels (art. 45). La loi n'établit pas de distinction entre les accords horizontaux et les accords verticaux, mais dans la pratique elle s'est appliquée principalement à la fixation horizontale des prix et au partage des marchés. L'infraction de truquage des offres est définie séparément (art. 47). Un autre article de la loi qui définit les infractions consistant à « faire monter » ou à « maintenir les prix » s'applique également au comportement de concurrents horizontaux (art. 61). Les sanctions prévues en cas de violation des dispositions relatives au complot peuvent être sévères : amende maximale de 10 millions de dollars canadiens ou peine d'emprisonnement maximale de 5 ans. Le tribunal peut également rendre une ordonnance d'interdiction visant à contrôler le comportement futur pendant une période maximale de dix ans ou à empêcher qu'une infraction soit commise (art. 34).

Les termes « indûment » et « déraisonnablement » utilisés dans la loi pour qualifier l'infraction ne facilitent pas l'établissement de la preuve. Il faut prendre en compte le comportement et la structure des entreprises en cause. Le caractère « déraisonnable » d'une augmentation de prix dépend du moyen utilisé et non du montant de cette augmentation. Pour déterminer si la concurrence a été réduite « indûment », les tribunaux se fondent sur le pouvoir de marché. L'explication la plus suivie à cet égard figure dans une décision rendue en 1992 par la Cour suprême du Canada⁶ à la suite d'une plainte selon laquelle l'imprécision de la loi allait à l'encontre de la Charte canadienne des droits et libertés. La Cour suprême a estimé que la conjugaison d'un pouvoir de marché et d'une conduite susceptible d'affecter la concurrence peut être considérée comme « indue ». L'accord doit octroyer aux parties un pouvoir de marché suffisant pour se démarquer du niveau des prix ou tout au moins échapper à la réglementation du marché. Le pouvoir de marché peut être établi ou réfuté en fonction de l'ensemble des facteurs économiques habituellement considérés tels que la concentration, les parts de marché, les barrières à l'entrée, la répartition géographique des acheteurs et des vendeurs, les différents degrés d'intégration, la différenciation des produits, le pouvoir compensatoire et l'élasticité de la demande. Le fait de considérer le pouvoir de marché comme un élément de la violation de la loi donne à penser que la responsabilité pourrait être établie selon le critère de la part de marché, mais il n'existe pas de seuil bien défini. L'accord conclu par les parties doit imposer à la concurrence des limitations « illégitimes, immodérées, excessives ou oppressives ». Il n'est toutefois pas nécessaire que les parties aient eu l'intention subjective d'obtenir un résultat anticoncurrentiel. L'exigence d'intention délictueuse est réputée satisfaite lorsqu'il est prouvé que les parties avaient l'intention de conclure l'accord et qu'un homme d'affaires raisonnable aurait su, dans ces

circonstances, que cet accord risquait de réduire ou d'empêcher la concurrence (Bureau de la concurrence, 2001). L'appréciation s'effectue au moyen d'une double échelle mobile, de sorte que la preuve de l'existence d'un pouvoir de marché est d'autant moins nécessaire que le comportement est flagrant (Chandler, 2000).

La prise en compte d'autres politiques ne rend toutefois pas plus difficile l'établissement de la preuve de la violation de la loi sur la concurrence. Les avantages compensatoires ou les inconvénients qui ne sont pas liés à la concurrence ne sont pas pris en compte et les tribunaux ont indiqué que les « gains d'efficience » ne constituent pas un argument de défense. Cette simplification risque cependant d'être coûteuse, certaines entreprises ayant noté avec inquiétude que la loi entrave les « alliances stratégiques ». La preuve est encore plus simple en cas de truquage des offres, qui constitue une infraction en soi. La preuve des inconvénients causés n'est pas exigée mais la preuve incontestable de l'accord de truquage des offres doit être établie, et les accords portant sur des soumissions en association sont autorisés à la condition que les parties en informent les autorités concernées (Bureau de la concurrence, 2001). Les dispositions concernant l'« augmentation » ou le « maintien » des prix établissent aussi le caractère illicite en soi de ces pratiques, du fait qu'elles ne comportent pas l'élément « indu » (Goldman, 2000). Elles exigent la preuve de la menace ou de la promesse d'influencer les prix d'un compétiteur et l'article en question pourrait donc s'appliquer dans les cas où les auteurs du complot ont tenté de mettre au pas ou de convaincre des concurrents récalcitrants (Chandler, 2000).

Des règles précises s'appliquent à des types spécifiques d'accords horizontaux. L'une de ces règles concerne les ententes internationales conclues hors du Canada. Le fait de donner effet à un accord qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45, constitue une infraction (art. 46). Il n'est pas nécessaire de prouver que les parties qui ont agi au Canada étaient au courant du complot international si elles appliquaient à l'entreprise des directives émanant de l'étranger et ayant pour objet de donner effet à l'accord (Bureau de la concurrence, 2001). Peu d'affaires ont été contestées mais plusieurs plaidoyers de culpabilité ont été inscrits en vertu de cette disposition (Chandler, 2000). Les accords conclus entre des institutions financières fédérales relativement aux taux d'intérêt, aux frais ou aux services ont un caractère d'illicéité en soi (art. 49).⁷ Plusieurs exceptions sont prévues pour que l'interdiction n'affecte pas les activités financières licites. Cette disposition, qui s'appliquait initialement aux banques ; s'étend depuis 1991 aux institutions financières fédérales comme les sociétés de fiducie, de prêt et d'assurances (Bureau de la concurrence, 2001). Aucune affaire n'a été soumise ni aucune poursuite intentée en vertu de cet article (Chandler, 2000). En ce qui concerne les sports professionnels, l'article 48 prévoit qu'une infraction est commise lorsqu'un complot vise à limiter déraisonnablement les possibilités qu'a un joueur de négocier avec l'équipe de son choix et de jouer pour cette équipe. Aucune affaire n'a été soumise ni aucune poursuite intentée en vertu de cette disposition (Bureau de la concurrence, 2001).

Presque toutes les condamnations ont été prononcées à la suite d'un plaidoyer de culpabilité, et bon nombre d'entre elles concernaient des affaires d'ententes internationales. Dans l'affaire relative aux sorbates, deux entreprises ont payé une amende de 3.28 millions de dollars canadiens ; dans celle de la lysine et de l'acide citrique, une entreprise a payé une amende de 16 millions de dollars, soit l'amende la plus élevée infligée en vertu de la loi sur la concurrence (Bureau de la concurrence, 2001). En 1999, les amendes imposées dans des affaires d'ententes internationales se sont élevées à environ 100 millions de dollars (Goldman, 2000). Pendant la période comprise entre janvier 1980 et mai 2000, 32 condamnations ont été prononcées en vertu de l'article 45 et de la disposition qu'il a remplacée, la presque totalité d'entre elles étant intervenues à la suite d'un plaidoyer de culpabilité, pour des amendes totales de 158 millions de dollars. Les amendes imposées dans des affaires d'ententes émanant de l'étranger et de truquage des offres se sont respectivement élevées à 14 et à 8.8 millions de dollars (Chandler, 2000). Dans les négociations des plaidoyers de culpabilité, le Bureau de la

concurrence utilise une formule et les tribunaux suivent les principes généralement applicables en matière d'attribution des peines (Goldman, 2000). Les condamnations sous plusieurs chefs d'accusation peuvent multiplier l'amende de 10 millions de dollars prévue par la loi (Rowley, 1999).

Depuis 1980, même si les poursuites ont visé des agissements anticoncurrentiels injustifiables, seulement trois affaires contestées (sur 20) ont abouti à des condamnations. Dans environ la moitié des cas où il n'y a pas eu de condamnation, la poursuite n'a pas réussi à prouver que la restriction était « indue » (Chandler, 2000). Il est manifestement plus facile d'établir la preuve d'une infraction en soi. Le taux de réussite est beaucoup plus élevé en ce qui concerne les soumissions concertées, la moitié des affaires contestées au titre de ces infractions ayant débouché sur une condamnation (Chandler, 2000). En 1996, la première sentence d'emprisonnement pour une infraction à l'égard des prix était prononcée en vertu de la loi sur la concurrence. L'infraction, qui contrevenait à plusieurs aspects de la loi, avait notamment consisté en tracasseries pour inciter les concurrents à augmenter les prix (Collins, 1997). La formulation des décisions rendues dernièrement par les tribunaux semble indiquer qu'une condamnation pourrait être fondée sur un pouvoir de marché modeste mais aucun verdict n'a encore été rendu en ce sens.⁸ En outre, le fait que les tribunaux acceptent d'imposer des amendes élevées à la suite de plaidoyers de culpabilité porte à croire qu'ils seraient disposés à faire de même dans des affaires contestées le cas échéant, car les tribunaux ont la latitude voulue pour rejeter les accords passés sur plaidoyer de culpabilité.

La marge d'appréciation laissée aux tribunaux freine l'application de la loi. Les efforts déployés par le Bureau de la concurrence afin d'intenter des poursuites dans une affaire d'accord de partage de marché entre des transitaires ferroviaires illustrent bien cet état de fait.⁹ Le tribunal a estimé qu'un accord explicite, qui s'est prolongé pendant 11 ans, ne visait pas à fixer des prix inférieurs à ceux des concurrents pour le groupage de marchandises. Ce type de service a pris de l'importance après la déréglementation, qui a permis d'assouplir les tarifs et autorisé l'expédition de marchandises groupées à des tarifs globaux normalisés. Le juge a estimé que le marché comprenait le camionnage longue distance et le service ferroviaire intermodal, et que par conséquent, le complot n'avait pas un effet « indu ». Le juge n'a pas chiffré les parts de marché et ne s'est pas fondé sur une mesure objective pour définir le marché (et le ministère public n'a pas fourni de preuve quant aux parts de marché établies par le juge). L'« ensemble des éléments de preuve » a conduit le juge à estimer que les clients auraient été disposés à changer de fournisseur s'ils y avaient été incités par un juste prix. Le juge a donné tort à l'accusation pour ne pas avoir démontré que l'entente illicite avait augmenté le prix au-dessus du niveau de la concurrence, c'est-à-dire au point d'élasticité où la substitution est envisageable. Autrement dit, le tribunal demandait que l'accusation prouve l'existence d'une affaire de monopole économique complexe pour prononcer une condamnation pour entente illicite en vue de fixer les prix.

Malgré les succès remportés de temps à autre, la loi sur les accords horizontaux est insuffisante. La loi sur les ententes illicites a une portée à la fois trop large et trop restreinte (Ross, 1997). L'interprétation du terme « indûment » rend illégal un vaste éventail de restrictions qui n'affectent pas toujours véritablement la concurrence lorsque les parties en cause contrôlent un marché. La menace de sanctions pénales peut par conséquent décourager inutilement des coopérations qui pourraient être efficaces. Par ailleurs, des accords manifestement anticoncurrentiels ont été tolérés là où l'entente illicite ne concernait apparemment pas la totalité d'un marché. Lors d'un échange de vues récent, des propositions de réforme de la loi ont été examinées. L'une d'entre elles portait sur l'institution d'une présomption de dommages, sous réserve d'une exemption pour les restrictions secondaires. Il a également été proposé de prévoir un seuil d'exonération minimal correspondant à une part de marché relativement élevée de 25 pour cent. Outre les poursuites pénales, les voies de recours subsidiaires pourraient prendre la forme d'une clause de responsabilité civile qui serait déterminée par le Tribunal de la concurrence plutôt que par les tribunaux à compétence générale, et d'une procédure

de présentation au commissaire d'une demande de décharge, et par conséquent, d'immunité de poursuites. Les parties à cet échange de vues se sont montrées favorables à la création d'un système mixte, ainsi qu'à meilleure harmonisation des approches de l'UE et des Etats-Unis en vue d'éliminer l'évaluation des « incidences » des ententes injustifiables véritables. D'autres échanges de vues se tiendront, les participants craignant également que même après ces modifications, la loi continue de décourager les alliances stratégiques potentiellement efficaces (Bureau de la concurrence, 2001).

Accords verticaux

Les restrictions verticales non liées aux prix sont généralement traitées comme des « affaires pouvant donner lieu à un examen au civil ». Des dispositions particulières couvrent plusieurs problèmes courants concernant la distribution, comme le refus de vendre (art. 75), la vente par voie de consignation (art. 76), ainsi que l'exclusivité, les limitations à l'égard du territoire ou des clients, et les ventes liées (art. 77). Plusieurs dispositions de la loi applicables à l'abus de position dominante concernent les comportements assimilables à des restrictions verticales.

L'article qui porte sur le refus de vendre énonce plusieurs conditions qui, dans les faits, éliminent les litiges strictement commerciaux. L'article portant sur l'exclusivité, la limitation du marché et les ventes liées exige des « effets sur la concurrence » et la loi est donc axée sur les restrictions qui sont imposées par un fournisseur important ou qui sont très largement répandues sur un marché et pouvant réduire considérablement la concurrence en faisant obstacle à l'entrée sur un marché ou d'une autre façon.

L'article 45 visant l'infraction générale de complot pourrait en théorie s'appliquer aux accords verticaux, mais cela se produit rarement. Une restriction verticale, l'imposition du prix de revente, est couverte par le droit pénal et est dans les faits considérée comme illicite en soi. En vertu de la disposition sur le « maintien des prix », constitue une infraction le fait, par entente, menace ou promesse, de tenter de faire monter les prix (ou d'empêcher leur diminution), ou de refuser de vendre un produit à une entreprise ou de prendre une mesure discriminatoire à l'endroit de celle-ci, en raison du régime de bas prix de celle-ci (art. 61). Cette règle, qui date de 1951, visait initialement les menaces ou les contraintes exercées par les vendeurs à l'endroit des revendeurs. Elle a été étendue en 1975 aux tentatives de restrictions horizontales et aux boycotts (Bureau de la concurrence, 2001).

Abus de position dominante

Les termes « abus de position dominante » ne sont pas utilisés dans le texte de la loi, même s'ils figurent dans un sous-titre en marge. L'article qui autorise le Tribunal de la concurrence à interdire l'« abus » comporte trois alinéas où sont cités comme éléments de l'abus de position dominante le pouvoir de marché, les agissements anticoncurrentiels et leurs effets (art. 79). Premièrement, un « contrôle » sensible ou complet doit s'exercer sur une catégorie d'entreprises à l'échelle du Canada ou d'une de ses régions. Le Tribunal a statué que « contrôle » avait le sens de « pouvoir de marché ». Le contrôle peut être le fait d'une ou de plusieurs entreprises. Deuxièmement, il doit y avoir une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Troisièmement, la pratique a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer « sensiblement » la concurrence. Selon le Bureau de la concurrence, la position dominante ou puissance commerciale peut être définie comme étant la possibilité de maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels ou de restreindre de façon similaire d'autres aspects de la concurrence sur une période prolongée, habituellement un an (Bureau de la concurrence, 2001a, p. 12) (Bureau de la concurrence, 2001). Aucun critère n'est fixé quant à la part de marché, mais dans la pratique, une entreprise détenant une part de marché inférieure

à 35 pour cent et un groupement d'entreprises possédant une part de marché collective de moins de 60 pour cent sont peu susceptibles d'être considérés comme dominants (Bureau de la concurrence, 2001). Les cas de position dominante, dans toutes les affaires contestées, concernaient des parts de marché monopolistique, et la part de marché la plus faible était de 87 pour cent.

Certains types de comportements réputés anticoncurrentiels sont énumérés : compression verticale de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré, acquisition de la source d'approvisionnement ou de l'installation de substitution potentielle d'un client ou d'un fournisseur, péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement du concurrent, utilisation de « marques de combat », préemption d'installations rares, achat de produits pour empêcher l'érosion des prix, adoption de normes incompatibles avec les produits fabriqués, exclusivité, et vente à un prix inférieur au coût d'acquisition. Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres comportements peuvent être considérés comme des abus de position dominante (Bureau de la concurrence, 2001). La liste comprend les pratiques d'éviction ou d'exclusion mais non le simple exercice d'un pouvoir de marché par le biais de prix élevés ou d'un retrait de l'offre. La jurisprudence canadienne ne considère pas comme un abus de position dominante le fait de tirer ainsi avantage d'un pouvoir de marché. L'« abus » est plutôt l'agissement qui tend à accroître ou à consolider un pouvoir de marché ou à en faciliter l'exercice en excluant, en menaçant ou en mettant au pas les concurrents.

La « compression » verticale de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré est spécifiquement définie comme un abus de position dominante. Mais comme les autres types d'agissements « abusifs », elle n'est illégale que si elle « a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ». Cette disposition énoncée dans la loi de 1986 a été jugée insuffisante par les stations services non intégrées, lesquelles ont exercé des pressions pour qu'une règle impose aux entreprises intégrées d'agir de manière à protéger les profits de leurs concurrents. Le Bureau de la concurrence s'est opposé à cette proposition en invoquant le fait qu'elle va diamétralement à l'encontre de l'objet de la loi (Bureau de la concurrence, 2001).

En 15 ans, le Tribunal de la concurrence a rendu six décisions statuant sur l'abus de position dominante, dont quatre ont été contestées. Les lignes directrices définitives pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante, qui ont été publiées dans le courant de 2001, recensent et expliquent les principes qui se dégagent de ces affaires et de quelques affaires antérieures (Bureau de la concurrence, 2001*a*). Elles décrivent l'analyse fondée sur des données économiques réalisée par le Bureau de la concurrence ainsi que des principes en vertu desquels les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de statuer. Par exemple, pour déterminer l'existence de prix d'éviction, le Bureau vérifie si les coûts sont inférieurs aux coûts évitables et s'il existe des obstacles à l'entrée qui permettent à l'entreprise se livrant à des pratiques d'éviction d'exercer un pouvoir de marché si ses agissements portent fruits. Les principes énoncés dans les lignes directrices générales pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante étaient également mentionnés dans les lignes directrices préliminaires concernant les pratiques d'éviction dans l'industrie aérienne, une question d'intérêt capital en raison du litige en instance relativement aux pratiques d'éviction de la compagnie aérienne régulière nationale occupant une position dominante.

Le Bureau de la concurrence estime que la loi sur la concurrence n'est pas adaptée à la surveillance des industries dont les activités, après avoir été sous monopole réglementé, effectuent la transition vers la concurrence. La loi sur la concurrence n'interdit pas la possession ou l'exercice d'un pouvoir de marché et ne peut donc pas s'appliquer à la réglementation des niveaux des prix ou des services. En outre, même si la préemption d'installations ou de ressources rares dans le but de faire obstacle à l'entrée serait considérée comme un abus de position dominante, le Bureau estime que des règles et des contrôles applicables sur une base sectorielle, compte tenu des aspects techniques souvent différents selon les secteurs, permettraient de mieux déterminer l'existence d'un refus d'accès à des

installations essentielles. Enfin, il arrive souvent que cette mission soit étroitement liée à la tarification et la procédure d'application de la loi sur la concurrence vise à éviter la réglementation des prix (Bureau de la concurrence, 2001).

Fusions

Les fusions qui sont susceptibles d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence peuvent être interdites. Le critère établi par la loi ne repose pas sur l'existence d'une position dominante. Le Bureau interprète le fait de « diminuer sensiblement la concurrence » aussi bien du point de vue du pouvoir de marché d'une entreprise prise isolément que de l'action concertée. Le Bureau est fondé à intervenir si la fusion doit permettre à la nouvelle entité d'augmenter les prix au-dessus des niveaux de la concurrence pendant une période prolongée, généralement de deux ans. Le critère appliqué pour évaluer les effets anticoncurrentiels d'une fusion est plus strict que le critère du pouvoir de marché de un an qui sert à vérifier l'existence d'une position dominante.

L'analyse repose sur l'évaluation de la part de marché présumée, en fonction de seuils d'« exonération ». En général, une fusion n'est pas remise en question lorsque la part de marché prévue des entreprises concernées est inférieure à 35 pour cent. Lorsque le risque d'action concertée pose problème, la fusion n'est pas contestée s'il est prévu que la part de marché détenue par quatre entreprises sera inférieure à 65 pour cent et que la part de marché de l'entité fusionnée sera inférieure à 10 pour cent. Les marchés sont définis au moyen d'une analyse économique de la substitution du côté de la demande et de la substitution du côté de l'offre. La règle généralement suivie consiste à prendre en compte les produits ou les sources d'approvisionnement de substitution qui seraient accessibles pendant un an advenant une augmentation de prix de 5 pour cent. Outre la part de marché, les autres facteurs pris en compte sont les obstacles à l'entrée, la survie effective des concurrents (ou le risque d'élimination d'un concurrent particulièrement efficace), et l'innovation. Pour la définition des marchés, il est parfois plus simple, pour les besoins de l'analyse, d'inclure parmi les « autres facteurs » des éléments comme la concurrence étrangère, les barrières commerciales internationales ou interprovinciales, et l'introduction de produits de substitution. Le Bureau étudie tout autre facteur qui pourrait affecter la possibilité d'action concertée ou d'exercice d'un pouvoir de marché. Une évaluation visant à déterminer si une entreprise est « en train de périlcliter » peut être réalisée pour permettre l'acquisition d'une entreprise insolvable procédant à une sortie de marché, à la condition qu'il n'y ait pas d'acheteur plus offrant et que l'acquisition génère, pour la concurrence, un meilleur résultat que la restructuration ou la liquidation (Bureau de la concurrence, 2001).

ENCADRE 3 : GAINS D'EFFICIENCE : UNE QUESTION EPINEUSE

Le traitement des gains d'efficacité, dans le contexte des fusions et, plus généralement, dans celui de la politique de la concurrence, a suscité beaucoup d'intérêt. La loi sur les fusions adoptée par le Canada en 1986 se situe dans le courant de pensée économique de l'école de Chicago, et prend nettement position à l'égard des gains d'efficacité. Une fusion qui diminue la concurrence peut être réalisée si la perte de concurrence est compensée par des gains d'efficacité. Les lignes directrices sur les fusions énoncées par le Bureau en 1991 s'inscrivaient dans la tradition des économistes de Chicago et interprétaient cet équilibre selon le critère souple de l'« excédent total ». En effet, la loi autorisait une fusion si les gains d'efficacité productive, qui rendent des ressources accessibles pour d'autres applications, excédaient la perte d'efficacité résultant de la réduction de la production imputable au pouvoir de marché.

En 1998, cette position a été abruptement remise en question par la transaction de *Superieur Propane*. La fusion, qui créait un quasi-monopole, devait engendrer une perte d'efficacité et d'autres facteurs d'inefficacité s'établissant à environ 6 millions de dollars au total, mais devait permettre aux entreprises fusionnées d'épargner environ 30 millions de dollars. Le pouvoir de marché devait également entraîner une hausse des prix à la consommation d'environ 40 millions de dollars, soit de près de 10 pour cent, du propane en bouteilles, produit presque entièrement vendu à des utilisateurs ruraux à faible revenu et à des petites entreprises. Le Bureau de la concurrence a contesté la fusion, allant de ce fait à l'encontre des lignes directrices qu'il avait lui-même énoncées.

Le Tribunal de la concurrence n'a pris en compte que les pertes d'efficacité et estimé que l'acquisition pouvait se faire parce que ces pertes étaient largement compensées par les économies qui seraient réalisées sur les coûts. La Cour d'appel fédérale n'a pas suivi le Tribunal, estimant qu'il n'avait pas correctement limité l'équilibre des effets et des pertes d'efficacité. Elle a demandé au Tribunal de vérifier si d'autres effets anticoncurrentiels, comme le transfert de richesse des consommateurs vers les producteurs ou les incidences sur les petites entreprises, devaient être évalués au regard des gains d'efficacité présumés. Notant que la loi initiale sur la concurrence avait été justifiée comme étant une mesure visant à protéger les consommateurs, les juges n'étaient pas convaincus qu'il fallait autoriser une transaction qui avait pour effet d'augmenter sensiblement les prix à la consommation. Ils mettaient en doute les garanties de « protection du consommateur » qu'offrait une décision cautionnant l'opportunité d'autoriser que les hausses de prix les plus fortes s'appliquent aux consommateurs les moins en mesure de les éviter en changeant de produit.

Le Tribunal de la concurrence a rouvert l'affaire après le rejet de l'appel interjeté devant la Cour suprême par les parties à la fusion et au début de 2002, a rendu une autre décision, dans laquelle il parvenait en substance à la même conclusion que la première fois. Il y a tout lieu de croire que cette décision sera elle aussi portée en appel. Le principe général qui sera suivi à l'avenir a toutefois été modifié. Le commissaire de la concurrence a annoncé en mai 2001 que l'équilibre des facteurs d'efficacité prévu par la loi prendrait en compte d'autres facteurs que les pertes nettes d'excédent total et que les gains d'efficacité productive.

Les entreprises qui veulent réaliser une fusion doivent en informer à l'avance le Bureau de la concurrence en cas de dépassement de deux seuils, à savoir si la taille conjuguée des parties, c'est-à-dire leur actif total au Canada (ou le produit des ventes réalisées au Canada, à partir du Canada ou à destination de ce pays), dépasse 400 millions de dollars canadiens ou si la taille de l'entité acquise, c'est-à-dire son actif ou ses ventes annuelles réalisées au Canada ou à partir du Canada dépassent 35 millions de dollars canadiens (70 millions de dollars canadiens s'il s'agit d'une fusion). Tous les types d'association d'intérêts ou d'acquisitions sont couverts¹⁰. Le préavis est déposé soit sous forme de déclaration abrégée, soit sous forme de déclaration détaillée. Les parties doivent attendre 14 jours avant de réaliser les transactions dans le cas d'une déclaration abrégée. Le commissaire de la concurrence peut leur demander de soumettre une déclaration détaillée. Pour les déclarations détaillées, le délai d'attente est de 42 jours¹¹. Le Bureau de la concurrence a mis au point des normes internes de service pour le délai dont dispose le commissaire pour contester une fusion. Ce délai varie selon la complexité des transactions et l'importance des problèmes susceptibles de se poser du point de vue de la concurrence : il est de 14 jours pour les transactions simples, de 70 jours (10 semaines) pour les opérations complexes, et de cinq mois pour les transactions très complexes. Pour les cas complexes et très complexes, le Bureau doit convaincre les parties de s'abstenir de conclure la transaction, demander au Tribunal d'accorder un délai supplémentaire (art. 100(1)), ou recourir à des mesures correctives qui seront prises après la transaction. Aux termes de l'article 100, le commissaire de la concurrence est fondé à rendre une ordonnance provisoire d'une durée ne dépassant pas 30 jours ; il peut également demander au Tribunal d'ordonner une prorogation du délai de 30 jours. Le fait de ne pas déposer de préavis dans les délais impartis ou de conclure une transaction avant la fin du délai constitue une infraction punissable, par poursuite sommaire ou sur condamnation, d'une amende maximale de 50 000 dollars canadiens. Les parties peuvent obtenir une sécurité juridique et s'abstenir de déposer un préavis en adressant à cet effet au commissaire de la concurrence une demande de certificat de décision préalable (art. 102) (Bureau de la concurrence, 2001). Le nombre de fusions qui doivent faire l'objet d'une enquête ou d'une intervention est peu élevé. Pendant la période comprise

entre 1995 et 2000, des mesures correctives ou en vue de l'application de la loi ont concerné seulement 28 fusions, soit environ 1.7 pour cent des 1 685 transactions examinées (Bureau de la concurrence, 2001). Le Bureau examine environ 25 à 30 % de l'ensemble des fusions faisant l'objet d'une déclaration publique¹².

D'autres organismes examinent les fusions réalisées dans certains secteurs ou dans certaines situations, mais selon des critères différents. Dans les domaines des transports, des télécommunications et de la radiodiffusion, l'Office des transports du Canada et le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) veillent à l'application des lois prescrivant un contrôle canadien. Le ministre des Finances et le ministre des Transports ont respectivement le pouvoir d'approuver ou non les fusions d'institutions financières fédérales et de compagnies aériennes. Ces deux régimes, qui coexistent avec la loi sur la concurrence, sont examinés plus loin (Bureau de la concurrence, 2001). Investissement Canada, qui a succédé à l'Agence d'examen de l'investissement étranger créée dans les années 70, a une double fonction, qui est de promouvoir l'investissement étranger au Canada, et d'étudier et approuver les acquisitions étrangères suivant qu'elles présentent un avantage net pour le Canada. Les seuils et les critères applicables à cet égard diffèrent de ceux qui sont généralement prévus pour les fusions. Les interventions sont cependant beaucoup plus rares aujourd'hui qu'il y a 20 ans. Depuis sa création dans les années 80, Investissement Canada ne s'est opposé à aucun investissement. L'organisme a plutôt tenté de négocier avec les parties afin qu'elles prennent des engagements. Héritage Canada a également pour mandat d'examiner les investissements et fusions effectués dans des industries réputées à caractère culturel et s'efforce aussi d'obtenir des engagements auprès des parties concernées. Il n'y a pas de procédure officielle de consultation interministérielle relativement aux fusions, mais les ministères peuvent exprimer leur intérêt ou leur préoccupation par le biais de leurs administrations respectives, ou s'adresser directement au Bureau de la concurrence.

Le commissaire peut porter une action en bonne et due forme devant le Tribunal ou demander une ordonnance par consentement à des fins d'examen et d'autorisation (art. 105). La plupart des affaires de fusion qui posent problème sont résolues par des règlements négociés, qui peuvent comporter des ordonnances par consentement. Les solutions retenues sont par exemple des exigences relatives aux pratiques ou des désinvestissements structurels. Dans certaines affaires importantes, l'approche strictement structurelle s'est révélée impossible du fait que les lois prescrivant un contrôle canadien éliminaient du même coup la plupart des acquéreurs de substitution envisageables. Par exemple, le Bureau et le Tribunal ont approuvé le regroupement des deux seules chaînes nationales de librairies du pays, sous réserve d'une ordonnance par consentement. L'entreprise acquise, qui éprouvait des difficultés financières, était la cible d'une offre d'achat hostile de l'autre grande chaîne mais l'interdiction concernant la participation étrangère dans les librairies empêchait toute fusion avec un partenaire américain ou européen. Les mesures correctives portant sur la pratique comprennent notamment l'adoption d'un « code de conduite » d'application volontaire qui régit les relations des entreprises fusionnées avec les éditeurs. L'ordonnance demandait également aux parties d'offrir à la vente un ensemble d'établissements de vente au détail et d'autres éléments d'actif et, pour faciliter l'accès et l'expansion, restreignait la possibilité de croissance des parties. Une autre mesure visant la pratique a consisté à encourager la concurrence entre les systèmes de réservation informatisés des compagnies aériennes après la fusion d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien international.

La procédure d'ordonnance par consentement suivie par le Tribunal de la concurrence a posé problème. Toutes les ordonnances, notamment celles qui résultent de règlements négociés, doivent être rendues par le Tribunal, qui est l'organe de décision de première instance. La procédure d'examen d'une ordonnance par consentement dure au moins 60 jours afin de permettre la publication d'une notification et une intervention, etc. Elle peut toutefois demander jusqu'à six mois. En outre, le

Tribunal de la concurrence a parfois exigé que des modifications soient apportées à un règlement sur lequel s'étaient entendus le Bureau et les parties. Les risques d'incertitude et de retard ont semble-t-il incité les entreprises à rechercher des règlements amiables plutôt que des ordonnances par consentement. Le commissaire conserverait un certain pouvoir pour veiller au respect d'un engagement informel pendant la période de trois ans qui suit une fusion, avant qu'il devienne impossible de la remettre en question pour cause de prescription. Un règlement par voie d'arbitrage ayant force exécutoire pourrait aussi constituer un moyen de faire appliquer ces engagements informels, mais le pouvoir légal du commissaire de conclure des ententes à cet égard n'a pas encore été confirmé par les tribunaux. Il est envisagé d'amender la loi de manière qu'une ordonnance par consentement prenne effet aussitôt prononcée.

Concurrence déloyale

Certaines parties de la loi sur la concurrence visent à protéger les petites entreprises dans leurs relations avec les fournisseurs et les clients importants en réprimant plusieurs formes de discrimination. L'article 50(1(a)) interdit de manière générale la discrimination entre des acheteurs sur les prix ou d'autres conditions à l'égard d'une vente d'articles de qualité et de quantité similaires. Cette interdiction n'est pas subordonnée à l'établissement de la preuve que la discrimination a eu des effets anticoncurrentiels, et il ne peut être invoqué comme argument de défense le fait que l'écart de prix est justifié par un écart de coûts. Les réductions en raison de la quantité sont toutefois autorisées même si elles ne sont pas justifiées par les coûts. Les remises accordées à des fins de réclame ou de publicité non offertes à des conditions proportionnées sont interdites, indépendamment du fait, là encore, qu'il y ait un effet anticoncurrentiel (art. 51). La discrimination géographique sur les prix et la vente « à des prix déraisonnablement bas » ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou d'éliminer un concurrent ou destinées à avoir un semblable effet sont interdites (art. 50(1(b) et (c))). Les violations de toutes ces dispositions constituent des infractions pénales punissables d'une peine d'emprisonnement maximale de 2 ans. Ces dispositions ont été adoptées en 1935 à la suite d'un rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix, qui avait fait craindre que des acheteurs importants obtiennent des remises déraisonnablement importantes auprès des fournisseurs, notamment dans le secteur de l'alimentation. Ces dispositions visaient manifestement à protéger les petites entreprises contre les chaînes d'alimentation¹³.

Le Bureau de la concurrence a énoncé des lignes directrices afin de limiter le risque que ces dispositions empêchent inutilement la concurrence de s'exercer. La responsabilité est établie en fonction de l'existence d'une « pratique » ou d'une « politique » de discrimination ou de tarification exagérément basse. L'interprétation du Bureau, sur ce point, autorise les entreprises à s'aligner sur le prix plus bas pratiqué par un concurrent pour conquérir un nouveau client, entrer dans un nouveau marché ou participer à une manifestation particulière de vente au détail (Ross, 1997). On a tenté d'abroger ces dispositions, mais sans succès, car les petites entreprises estiment qu'elles offrent une certaine protection. De fait, certaines petites entreprises souhaitent être protégées davantage. Les stations-services et les magasins d'alimentation indépendants estiment par exemple que les lois ne les protègent pas bien et demandent que les dispositions de la loi à l'égard de l'abus de position dominante les protègent contre les pratiques alléguées de « compression des marges » des entreprises intégrées verticalement et d'octroi exclusif d'espace d'étalage dans l'alimentation de détail. Le Bureau veille à l'application de ces interdictions. Depuis 1994, les trois affaires de poursuites qui ont été jugées ont toutes débouché sur une condamnation (une condamnation prononcée par un jury et plusieurs plaidoyers de culpabilité) (VanDuzer, 1999).

Protection des consommateurs

Le Bureau de la concurrence assure également le respect des lois sur les pratiques commerciales dommageables pour les consommateurs. Cette fonction occupe environ la moitié de l'effectif chargé de faire respecter la loi. Le Bureau n'est cependant pas un organisme central de protection des consommateurs. C'est aux gouvernements des provinces qu'il incombe au premier chef de veiller à la protection des consommateurs relativement au caractère loyal des pratiques commerciales et des conditions contractuelles, des garanties, des conditions de ventes et des licences commerciales (Bureau de la concurrence, 2001).

La loi sur la concurrence interdit les indications trompeuses (art. 52 et 74), les ventes au-dessus du prix annoncé (art. 74.05), les systèmes de vente pyramidale (art. 55.1), certains concours publicitaires (art. 74.06), et les ventes à prix d'appel (art. 74.04). Sont également interdites les indications fausses ou trompeuses sur un point important pouvant inciter un consommateur à acheter un article. L'examen conduit dans le cadre d'une poursuite prend en compte l'impression générale et le sens littéral des indications (Bureau de la concurrence, 2001). Le commissaire doit également assurer le respect de plusieurs lois exigeant un étiquetage précis (et dans certains cas, obligatoire), à savoir la loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, la loi sur l'étiquetage des textiles et la loi sur le poinçonnage des métaux précieux. Ces lois peuvent toutes donner lieu à l'application du droit pénal. Des amendements apportés en 1999 prévoient des procédures de règlement civil pour mettre fin à la publicité trompeuse, aux ventes au-dessus du prix annoncé, aux concours promotionnels et aux ventes à prix d'appel. Les sanctions (pénales) imposées pour les indications trompeuses fournies de manière délibérée ou insouciance ont également été augmentées. La procédure civile devrait cependant permettre d'obtenir des résultats plus rapidement (Bureau de la concurrence, 2001).

Les amendements apportés à la loi en 1999 comportent des règles détaillées sur le télémarketing, un secteur où les pratiques trompeuses et la fraude caractérisée ont posé de graves problèmes. L'infraction de télémarketing trompeur a été instituée et le Bureau de la concurrence est doté de pouvoirs d'enquête étendus à cet égard (Bureau de la concurrence, 2001). La loi prévoit la formulation des pratiques acceptables de télémarketing de sorte que les entreprises de télémarketing légitimes soient soumises à des règles claires, et le Bureau peut intenter des poursuites en cas de pratiques contrevenant aux règles. Le télémarketing trompeur, qui a été l'une des principales priorités du Bureau, a donné lieu à la coordination des moyens d'application de la loi. C'est ainsi qu'en 1997, les efforts conjoints du Bureau de la concurrence, de la Police provinciale de l'Ontario et du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal ont abouti à la mise en accusation de 17 sociétés et de 18 personnes. Canshare, autre initiative axée sur la coopération, est un système intranet national mis sur pied pour regrouper les données sur les plaintes des consommateurs utilisé par les services fédéraux, provinciaux et territoriaux chargés de faire respecter la loi (il comprend notamment la Direction des pratiques loyales des affaires du Bureau de la concurrence). Citons également l'existence d'un groupe de travail mixte Canada-Etats-Unis sur les pratiques commerciales trompeuses, créé en vertu d'un accord entre les gouvernements nationaux, et d'une entreprise conjointe formée de l'US FTC et du Service de vérification postale, des services de police de la ville de Toronto, et du ministère de la Consommation et du commerce de l'Ontario (Bureau de la concurrence, 2001).

Même si leurs intérêts sont protégés par des dispositifs législatifs forts, les consommateurs n'ont pas tellement voix au chapitre dans le débat public sur la concurrence dans le marché. Les associations nationales de consommateurs sont inégalement réparties, mais certaines associations provinciales sont actives. Le Bureau de la consommation d'Industrie Canada fournit un soutien financier public et des organismes de réglementation accordent une aide financière aux intervenants.

Le faible taux d'intervention des consommateurs ne tient cependant pas au manque de financement mais à l'incertitude quant au message. D'une part, les représentants des associations de consommateurs admettent que la création d'un monopole national dans un service important comme le transport aérien aura pour effet d'augmenter les prix et de diminuer la qualité des services. D'autre part, ils ont plus ou moins reconnu que ces pertes évidentes pourraient être compensées, sur le plan psychologique, par la satisfaction de voir une entreprise de ce secteur arborer une « marque » nationale.

Questions institutionnelles : structures et pratiques d'application

En théorie, le Canada a un double système d'application de la loi sur la concurrence. Le Bureau de la concurrence, officiellement intégré au ministère de l'Industrie, mène des enquêtes, et le commissaire de la concurrence recommande des poursuites (lesquelles sont intentées par un procureur indépendant dans les affaires pénales), et les décisions sont rendues par des tribunaux indépendants et par le Tribunal de la concurrence. Dans la pratique, le système se simplifie progressivement et le commissaire de la concurrence joue un rôle essentiel. Il apparaît de plus en plus important de préciser la relation qui existe entre Industrie Canada et le commissaire de la concurrence, car le fait que les décisions semblent être dictées par le calcul et des considérations politiques mine la crédibilité de ce dernier.

Autorités de la concurrence

Le commissaire de la concurrence est le principal responsable officiel de la politique de la concurrence. Le commissaire est une personne indépendante nommée en vertu de la loi par le gouverneur en Conseil. Dans la pratique, le commissaire est désigné par le Premier ministre, sur la recommandation du ministre de l'Industrie. Les décisions rendues par le commissaire ne sont cependant pas définitives. Le commissaire peut, dans les affaires pénales, transmettre des éléments de preuve au procureur général au titre de toute mesure que ce dernier estime appropriée et, dans les affaires civiles ou de fusion, demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance. Le Bureau de la concurrence est le secrétariat du commissaire. Il relève d'Industrie Canada et est soumis au contrôle et aux régimes de ce ministère en matière de personnel et de budget.

Le ministère de l'Industrie est chargé de la politique et de la législation élaborées par le Bureau. Le ministère de l'Industrie est également chargé de l'application de quelque 60 autres lois, dont bon nombre ont des effets directs ou indirects sur la concurrence, notamment les lois sur la faillite et la propriété intellectuelle. Industrie Canada a généralement appuyé les politiques adoptées pour favoriser la concurrence et la compétitivité sur le plan international, mais son avis peut diverger de celui du commissaire en ce qui concerne certains programmes ou mandats, et, parfois, certaines considérations intéressant l'action des pouvoirs publics (Doern, 1996).

Les dispositions qui portent sur l'indépendance en matière de prise de décision ne définissent pas clairement le statut du commissaire. Le commissaire de la concurrence est nommé par le gouverneur en conseil pour faire appliquer la loi (Bureau de la concurrence, 2001). Lors d'un remaniement effectué en 1993, le Bureau de la concurrence a été intégré à Industrie Canada.¹⁴ Le commissaire a le rang de sous-ministre adjoint. Sur les questions d'ordre administratif, le commissaire fait rapport au ministre par le biais du sous-ministre d'Industrie Canada ; sur les questions de fond, il remet un Rapport annuel au ministre de l'Industrie, qui le dépose devant le Parlement (Bureau de la concurrence, 2001). A cet égard, le commissaire semble moins indépendant comparativement à d'autres organes d'application des lois de nombreux autres pays Membres de l'OCDE. Le ministre a le

pouvoir de charger le commissaire d'ouvrir une enquête officielle ou de réexaminer une décision de clore une enquête, mais fait rarement usage de ce pouvoir. Le ministre n'a pas le pouvoir de classer une affaire ou de prescrire un résultat spécifique. Les relations du commissaire de la concurrence et du ministre de l'Industrie, officielles et rares, ont généralement pour but de préparer le ministre à répondre devant le Parlement aux questions portant sur les initiatives du Bureau, ou à prendre un avis sur des amendements législatifs. L'indépendance des décisions finales est favorisée par l'exigence que toutes les affaires, aussi bien pénales que civiles, débouchent sur une décision en première instance d'un tribunal ou du Tribunal de la concurrence. Mais le statut du Bureau de la concurrence au sein du ministère alimente l'opinion répandue dans les médias selon laquelle des pressions politiques affectent le traitement des affaires sujettes à controverse.

Le Bureau de la concurrence est à l'origine des propositions d'action et de la législation concernant tout particulièrement les problèmes de concurrence. En général, pour remplir cette fonction (et étudier les autres lois qui sont susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence), le Bureau exerce ses activités dans le cadre de la procédure d'examen de la loi mise en place au ministère. D'autres représentants du ministère expriment à l'occasion un avis sur la législation de la concurrence. Ces avis concernent souvent des problèmes sectoriels dont sont chargées les autres directions du ministère. Les représentants du Bureau, qui peuvent fournir des informations et des conseils aux autres ministères, interviennent souvent devant les comités du Parlement pour formuler des observations sur des questions de concurrence. Le commissaire peut de droit comparaître ou intervenir dans les poursuites engagées devant d'autres organismes du gouvernement fédéral. Pour les affaires ou les fusions qui intéressent le Bureau de la concurrence, il n'existe pas de procédure de consultation interministérielle, mais les ministères trouvent les moyens de faire connaître leur point de vue.

Les poursuites pénales sont intentées par le ministère public. Les avocats chargés des affaires civiles devant le Tribunal de la concurrence sont des salariés du ministère (fédéral) de la Justice. En d'autres termes, Industrie Canada et le Bureau de la concurrence sont clients et non employeurs des avocats. Ce mode d'attribution des responsabilités fournit une perspective utile. Même s'ils accusent régulièrement Industrie Canada de donner des instructions au Bureau de la concurrence dans les affaires civiles, les médias n'ont pas porté d'accusations similaires quant aux motivations politiques du ministère public dans les affaires pénales.

Le commissaire a énoncé les cinq principes directeurs qui guident l'application de la politique de la concurrence : transparence, équité, diligence, prévisibilité et confidentialité. La transparence caractérise l'information des parties prenantes et du public. L'équité dans la recherche d'un équilibre entre l'exigence de conformité et l'application sous-tend une approche générale moins interventionniste de la mise en œuvre de la loi. La diligence permet que les décisions soient rendues le plus rapidement possible. La prévisibilité se traduit par la diffusion de renseignements de base et d'instructions afin de favoriser la conformité. La confidentialité est assurée dans toute la mesure du possible afin d'encourager la coopération (Bureau de la concurrence, 2001). Ces principes ne sont pas que de pure forme ; dans tous les cas, le Bureau s'efforce de s'y conformer dans la pratique et réussit en général à respecter ses normes de service pour les délais, agissant avec diligence et protégeant rigoureusement la confidentialité. La position du commissaire sur la prise en compte des gains d'efficacité en vertu des principes directeurs du Bureau de la concurrence pour les fusions a cependant attiré des critiques concernant la prévisibilité.

Le Bureau de la concurrence a énoncé des principes directeurs, lesquels n'ont pas de caractère obligatoire juridiquement parlant, pour l'application de la loi par le biais d'un processus de consultations publiques sur les avant-projets. Certains de ces principes directeurs sont adaptés à des industries spécifiques. En août 2001, un principe général sur l'abus de position dominante a été diffusé sous sa forme définitive. Un principe directeur proposé pour l'application de la loi à l'industrie

aérienne a également été diffusé. Il existe un principe général pour l'application de la loi aux fusions ainsi qu'aux fusions dans le secteur bancaire. Les principes directeurs applicables spécifiquement aux compagnies aériennes et aux institutions bancaires ont été diffusés en rapport avec des affaires importantes et complexes dans ces secteurs. D'autres principes généraux portent sur la propriété industrielle, les prix d'éviction, la discrimination par les prix et la publicité trompeuse. Les principes directeurs sont utiles et même nécessaires mais sont toujours susceptibles de poser des problèmes. Dans l'affaire *Superior Propane*, le commissaire a adopté une position qui se démarquait des principes directeurs applicables aux fusions énoncés en 1991. La Cour d'appel a entériné cette position en principe mais a fait observer que le manque de cohérence ne contribuera sans doute pas à susciter la confiance du public dans l'administration de la loi. Un principe directeur visant un secteur spécifique peut cependant entraîner un risque du point de vue de la Constitution s'il est considéré comme exécutoire, puisqu'il porterait préjudice au statut de loi-cadre d'application générale qui est celui de la loi sur la concurrence. En tout état de cause, les principes directeurs énoncés par le commissaire ne seraient contraignants que pour ce dernier, et il n'est pas le véritable responsable de la prise de décision dans le régime canadien.

Le Tribunal de la concurrence est l'organe de décision de première instance pour les affaires susceptibles d'un examen au civil, notamment les fusions et les abus de position dominante. Il peut compter jusqu'à quatre membres du secteur judiciaire, à savoir des juges ayant d'autres fonctions judiciaires, et huit membres profanes. Les membres sont nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de la Justice, pour des mandats renouvelables de sept ans. Pour obtenir des conseils sur la nomination des membres non professionnels, le ministre peut désigner un conseil consultatif constitué de membres du secteur des affaires et du secteur judiciaire, des groupes de consommateurs et des syndicats ; le conseil consultatif a toutefois été supprimé il y a environ huit ans pour des raisons budgétaires. Un des membres du secteur judiciaire est nommé président par le gouverneur en conseil.

Le Tribunal de la concurrence devait être un « tribunal » spécialisé, composé de membres du secteur judiciaire, pour assurer l'équité des procédures, et de membres profanes pour fournir une expertise sur le plan de l'économie et des affaires. Il a été créé par la loi de 1986 en remplacement de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, dont les pouvoirs étaient plus limités. Le Tribunal siège en collège de trois à cinq membres comprenant au minimum un membre occupant des fonctions judiciaires et un membre profane. Le président est toujours issu du secteur judiciaire. Un économiste permanent à temps plein siège au Tribunal. L'étude des points de droit est réservée aux membres du secteur judiciaire. Les décisions et les délibérations du Tribunal de la concurrence sont diffusées et accessibles sur son site Web.¹⁵

Application de la loi sur la concurrence

La mise en oeuvre de la politique de la concurrence a reposé sur un éventail d'activités axées sur la « conformité » à la loi davantage que sur son application classique. Avant 1986, cette formule aurait été incontournable, étant donné que le seul mécanisme d'application, la poursuite pénale, n'était pas crédible. Il ne s'est toutefois présenté depuis que relativement peu d'affaires en bonne et due forme ou même d'ordonnances par consentement. Les règlements se font plutôt par le biais de visites aux bureaux des intéressés et de ce que l'on pourrait appeler des assurances de conformité volontaire (Goldman, 2000). L'approche axée sur la conformité peut être efficace, ou tout au moins incontournable en raison de l'aversion connue des Canadiens pour la confrontation, pour des raisons culturelles.

La mise en application de la loi par le biais de la conformité repose sur la conviction que les entreprises assujetties à la loi souhaitent s'y conformer en partie pour éviter les coûts et les complications qu'engendrent les procédures en bonne et due forme. C'est pourquoi le « continuum d'observation de la loi » mis en place par le Bureau de la concurrence comporte un volet éducation et met l'accent sur les procédures de consultation, de conformité volontaire et de consentement (Bureau de la concurrence, 2001). En cas de non-observation de la loi, le Bureau de la concurrence choisit l'instrument approprié parmi une gamme de moyens comme la persuasion, les mesures de consentement et les mesures « accusatoires ». Le Bureau de la concurrence prévoit des mesures d'application des avis consultatifs et des décisions et a adopté des normes de délai de traitement pour les pratiques commerciales (huit jours, ou 30 jours pour les affaires complexes) et pour les problèmes de concurrence (quatre semaines, ou huit semaines pour les affaires complexes) (Bureau de la concurrence, 2001). Le Bureau perçoit toutefois des honoraires (à concurrence de 4 000 dollars canadiens) pour dispenser des avis consultatifs. Les délais et les honoraires perçus pour les avis sur les fusions sont différents.¹⁶

ENCADRE 4 : LE CONTINUUM D'OBSERVATION DE LA LOI

L'approche intégrée et équilibrée qui vise à favoriser un comportement conforme à la loi comporte les volets éducation, conformité et mesures d'application. L'accent porte notamment sur l'éducation et l'observation volontaire, ce qui limite le recours à des mesures accusatoires.

Mesures générales

Ces mesures sont destinées au grand public et au marché en général et visent à encourager l'observation de la loi :

Education:

- Publications (bulletins d'information, lignes directrices portant sur l'application de la loi, rapports annuels, communiqués, documents de travail, rapports, dépliants)
- Communications (allocutions, conférences, foires commerciales, site Web, rapports avec les médias, vidéos)
- Promotion de la concurrence (interventions, représentations, promotion de la politique de la concurrence, liaison, partenariats, recherche)

Moyens favorisant l'observation de la loi :

- Surveillance (Centre des renseignements, préavis, inspections ciblées, rapports avec les acteurs du marché, consultations).

Mesures particulières

Les mesures suivantes visent à réagir à des initiatives isolées ou à des cas spécifiques de non-observation de la loi :

Facilitation :

- Conformité volontaire (avis consultatifs, évaluations préalables à la mise en marché, certificats de décision préalable, programmes de conformité des entreprises, codes de conformité volontaires)

Réactions à des cas de non-observation de la loi :

- Persuasion (information par prise de contact, lettres d'information, lettres d'avertissement, réunions sur la conformité)
- Mesures par consentement (règlements négociés, ordonnances par consentement, ordonnances d'interdiction par consentement, engagements, avis correctifs, retraits volontaires de produits)

- Mesures accusatoires (poursuites, demandes soumises au Tribunal, saisies de produits, ordonnances d'interdiction contestées, injonctions).

Tout en s'efforçant de plus en plus d'informer le milieu des affaires et de lui fournir les moyens de se conformer à la loi, le Bureau de la concurrence ne considère pas les mesures d'application de la loi comme des mesures de dernier recours. Au besoin, il peut prendre des mesures de mise en application immédiates sans avoir auparavant épuisé les autres possibilités. L'objectif recherché est de choisir la mesure la plus efficace et la plus appropriée dans une situation donnée afin de faire respecter la loi de façon durable. Les facteurs pris en compte sont l'incidence économique, la durée de la pratique, la puissance commerciale des entreprises en cause, et leurs antécédents. Ainsi, des mesures accusatoires sont parfois indiquées dans les cas de récidive ou de non-respect d'une ordonnance. Le choix de l'instrument sera en partie fonction de son aptitude à créer l'effet dissuasif général et ponctuel recherché.

Source : Bureau de la concurrence, Bulletin d'information sur le continuum d'observation de la loi

Trois situations peuvent donner lieu à l'ouverture d'une enquête. Dans la plupart des cas, le commissaire de la concurrence a des « raisons de croire » qu'il existe des motifs justifiant des poursuites civiles ou pénales. Plus rarement, des instructions sont reçues du ministre. Le commissaire peut également ouvrir une enquête sur déposition d'une plainte par six résidents canadiens pour infraction à la loi sur la concurrence (Bureau de la concurrence, 2001) (art. 9 et 10). Le commissaire peut clore une enquête à tout moment, en fournissant toutefois des explications au ministre et, le cas échéant, aux six citoyens dont la plainte est à l'origine de l'enquête. Le ministre a le pouvoir d'ordonner au commissaire de poursuivre l'enquête (art. 22), mais il se peut très bien que le commissaire aboutisse à nouveau aux mêmes conclusions. Pour obtenir des informations dans le cadre d'une enquête du Bureau de la concurrence, le commissaire peut demander à un tribunal d'ordonner à une personne de comparaître sous serment, de produire des documents, ou de fournir des renseignements (art. 11(1)). La possibilité d'en appeler de cette ordonnance au motif de sa pertinence ou de sa portée est faible et n'a pas été confirmée.

Dans les affaires pouvant donner lieu à un examen au civil, les seules sanctions qui peuvent être prononcées sont des ordonnances (exception faite des amendes administratives, qui peuvent également être imposées dans les affaires de pratiques trompeuses). En vertu de certains amendements récents, les tribunaux peuvent prononcer des injonctions et des ordonnances d'interdiction (Bureau de la concurrence, 2001). Dans des affaires concernant des compagnies aériennes, le commissaire a le pouvoir d'ordonner une interdiction préliminaire en attendant la décision finale et s'en est prévalu récemment dans l'affaire *Canjet*.¹⁷ L'utilisation de la propriété intellectuelle pour monopoliser un marché plus grand peut être assujettie à une ordonnance réglementant ou prescrivant l'octroi de licences (art. 32). Cet article qui remonte aux années 30 n'a jamais été appliqué. Dans les *Lignes directrices pour l'application de la loi : propriété intellectuelle*, le Bureau fait observer que ces mesures pourraient s'appliquer aux « industries reposant sur des réseaux ».

Le Tribunal de la concurrence statue sur les dossiers d'affaires civiles dont il est saisi. Les procédures contestées sont souvent onéreuses et longues. Un exemple connu est celui de l'affaire *Southam*, qui concernait une transaction effectuée en 1990 ; après avoir entendu 46 témoins et examiné 520 documents constituant des éléments de preuve, le Tribunal a mis 22 mois avant de rendre une décision finale de démantèlement et les procédures d'appel n'ont pris fin qu'en 1997. Plus récemment, dans l'affaire *Superior Propane*, le commissaire a fait comparaître 72 témoins profanes et obtenu des déclarations écrites sous serment auprès de neuf témoins experts (Wetston, 2001, pp. 25 et 27). Les spécialistes soutiennent qu'une procédure contestée coûte environ 1 million de dollars canadiens. Les problèmes de fond dans ces affaires sont certes complexes mais l'une des raisons pour lesquelles les affaires font l'objet d'un examen « excessivement pointilleux » tient peut-être au fait que le Bureau et le Tribunal compensent par la prudence leur manque de connaissance de la procédure. Pendant ses 15 ans d'existence, le Tribunal n'a statué que sur environ une douzaine d'affaires

contestées. Les audiences sont parfois retardées parce que les membres, notamment les juges, ont de la difficulté à concilier leur mandat et leurs autres engagements. Le Tribunal a proposé d'autres règles¹⁸ de manière à rendre la procédure plus efficace, notamment en réduisant la communication préalable au procès.

Pour éviter les coûts, les retards et l'incertitude, les parties peuvent négocier des règlements. La procédure de règlement par consentement est toutefois elle-même alourdie par les retards et l'incertitude car la plupart des ordonnances par consentement négociées (sauf dans les affaires de pratiques commerciales trompeuses) doivent être renvoyées devant le Tribunal, qui rend l'ordonnance. Le commissaire n'a pas le pouvoir d'accepter les engagements contraignants pour régler un différend et le Tribunal estime que la responsabilité qui lui incombe à l'égard de l'intérêt public exige qu'il examine les conditions des règlements. Le critère d'acceptation du Tribunal repose sur le point de savoir si l'ordonnance remédie à la limitation substantielle de la concurrence, et non si elle constitue le meilleur moyen d'y parvenir. Le Tribunal a cependant déjà refusé ou modifié des ordonnances négociées.

Des observateurs au Canada, dont certains sont membres du Tribunal, estiment que ces difficultés ont relégué le Tribunal au second plan. Les procédures suivies par le Tribunal sont presque unanimement critiquées pour leur coût, leur complexité, leur imprécision et leur longueur. Des amendements visant à remédier à ces problèmes ont été soumis au Parlement (Bureau de la concurrence, 2001). Ces amendements simplifieraient la procédure en autorisant le Tribunal à adjuger les dépens afin de prévenir les manœuvres dilatoires et les recours abusifs, à rendre des ordonnances en référé, à connaître d'une affaire à un stade peu avancé et à rendre des ordonnances provisoires (avant que le Bureau de la concurrence ait terminé son enquête) afin d'empêcher des dommages irréversibles à la concurrence, l'élimination d'un concurrent, ou une perte importante qui ne pourrait être compensée d'une autre manière (Bureau de la concurrence, 2001). La loi proposée définirait également la procédure d'ordonnance par consentement,¹⁹ en stipulant qu'un « règlement négocié pourrait être présenté devant le tribunal en vue d'une inscription immédiate » et aurait une portée et un effet identiques à ceux d'une ordonnance prononcée par un tribunal. Les conditions qu'un tribunal n'aurait pas le pouvoir d'imposer seraient couvertes. On ne sait pas vraiment si la non-observation de ces conditions pourrait faire l'objet de mesures applicables au non-respect d'une ordonnance du Tribunal ou du règlement intervenu entre le commissaire et le défendeur.

Dans les affaires d'ententes et d'autres affaires pénales, le principal moyen d'enquête est le mandat de perquisition, habituellement exécuté sans préavis par les représentants du Bureau de la concurrence (parfois avec l'aide des services de police) (Goldman, 2000). Les tribunaux peuvent délivrer des mandats de perquisition lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou est sur le point de l'être (art. 15). Le Bureau de la concurrence peut dorénavant adresser à un tribunal une demande d'autorisation de mise sous écoute dans les enquêtes sur la fixation des prix, le partage du marché, le truquage des offres ou le télémarketing trompeur (Bureau de la concurrence, 2001). Les affaires pénales sont déférées au procureur général du Canada accompagnées d'une recommandation d'instituer des poursuites. La décision d'intenter des poursuites (et d'éventuelles négociations de règlement par consentement dans le cas d'une affaire pénale) incombe au procureur général. Les sanctions pénales imposées en cas de complot sont une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou une amende maximale de 10 millions de dollars canadiens.

Les décisions du Tribunal sont portées en appel devant la Cour d'appel fédérale, comme les jugements de la Section de première instance de cette cour (art. 13, loi sur le Tribunal de la concurrence). L'appel sur les questions de droit et sur les questions de droit et de fait peut être formé de droit tandis que l'appel sur les questions de fait seulement doit être autorisé (art. 13, loi sur le

Tribunal de la concurrence). Les questions de droit sont examinées selon le critère du « caractère correct » et les autres questions selon le critère moins sévère, davantage lié au respect, du « caractère raisonnable ».

Autres méthodes d'application de la loi

Les affaires examinées par le commissaire peuvent aussi donner lieu à des poursuites privées. Des parties privées peuvent instituer des poursuites en dommages-intérêts pour comportement contraire aux dispositions pénales de la loi sur la concurrence ou défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence ou un autre tribunal (art. 36). Les poursuites privées ne sont pas subordonnées à une condamnation préalable effective (Collins, 1997) (Goldman, 2000). Des poursuites privées peuvent être intentées même pour des comportements que le Bureau de la concurrence ne considérerait probablement pas comme une infraction pénale. Dans une décision qu'elle a rendue récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a autorisé que des poursuites soient intentées contre un accord principalement vertical et qui avait des effets horizontaux allégués. La partie plaignante peut également recouvrer une partie des dépens. Dans une action en dommages-intérêts, les sommes recouvrées peuvent comprendre les dépens et les honoraires d'avocat. En cas de condamnation pénale ou d'ordonnance civile antérieure, le dossier de la procédure antérieure peut être admis à titre de commencement de preuve de la contravention et de son effet. La partie plaignante peut aussi obtenir des renseignements et des reconnaissances utiles dans l'exposé des faits qui accompagne une ordonnance d'interdiction rendue aux termes de l'article 34 (Goldman, 2000). Le nombre de poursuites privées intentées en vertu de l'article 36 est très faible.

Il est actuellement envisagé d'élargir la portée des poursuites privées. Actuellement, un plaignant ne peut intenter de poursuite qu'en cas de comportement contrevenant au droit pénal ou après que le commissaire a déjà obtenu une ordonnance d'un tribunal à l'égard d'un comportement pouvant donner lieu à un examen au civil, et que les parties contreviennent à cette ordonnance. Le fait d'autoriser des poursuites civiles relatives à d'autres questions pouvant donner lieu à un examen au civil sans exiger qu'une ordonnance ait déjà été prononcée dans le cadre d'une action intentée par le commissaire de la concurrence—ni, à plus forte raison, qu'il y ait eu violation de cette ordonnance—aurait pour effet d'étendre la gamme de mesures correctives au refus de vendre, à l'exclusivité, à la restriction du marché et aux ventes liées. Cela risquerait d'autre part d'encourager les litiges injustifiés ou abusifs. Il a été proposé, dans une série d'amendements qu'examine en ce moment le Parlement, d'autoriser les parties privées à porter ces affaires devant le Tribunal de la concurrence, afin de bénéficier de son expérience et de son savoir-faire présumés pour établir une distinction entre les problèmes graves et ceux qui le sont moins. Le Tribunal aurait le pouvoir de rejeter les plaintes, d'adjudger les dépens ou de prononcer d'autres sanctions afin de décourager les actions dénuées de tout fondement et les manœuvres dilatoires (Bureau de la concurrence, 2001). Cette procédure fournirait une voie de sortie si le Bureau rejette une plainte. Les possibilités qui s'offrent actuellement aux plaignants déboutés sont limitées. Le Bureau motive ses décisions, y compris lorsqu'il décide de ne pas mener une enquête ou des recherches. Le plaignant insatisfait peut en « appeler » au ministre (Bureau de la concurrence, 2001), lequel ne peut cependant que demander au Bureau de la concurrence de réexaminer l'affaire.

Les actions collectives sont possibles en vertu des lois provinciales. Leur portée n'est pas restreinte par les dispositions de l'article 36, qui prévoit des recours civils qui complètent mais ne remplacent pas les autres droits de poursuite au civil. Au moins 10 actions collectives ont été inscrites dans les affaires de complots internationaux relatifs aux vitamines, et des plaidoyers de culpabilité ont été inscrits dans les affaires de la lysine et des électrodes au graphite. Il semblerait qu'un défendeur, dans l'affaire des électrodes, ait conclu un règlement de 19 millions de dollars (en plus d'une amende

pénale de 11 millions de dollars) (Goldman, 2000). Un tribunal de l'Ontario a validé une importante action collective introduite par des consommateurs dans une affaire de fixation des prix d'un pigment utilisé dans les matériaux de construction, pour des dommages s'élevant à 150 millions de dollars au total (Rowley, 1999).

Un autre moyen de recours rarement utilisé consiste à saisir le procureur général provincial. En principe, ces représentants peuvent appliquer les dispositions pénales de la loi sur la concurrence, parce que les procureurs généraux des provinces peuvent tenter des poursuites pour des infractions fédérales si le procureur général fédéral ne l'a pas fait. Les procureurs généraux provinciaux sont intervenus dans des affaires pénales de publicité et de pratiques commerciales trompeuses, mais non dans des poursuites concernant la réglementation de la concurrence (Goldman, 2000). Citons enfin une autre procédure, les poursuites privées au pénal. Au moins une infraction pénale à la réglementation de la concurrence a fait l'objet de poursuites privées.

Problèmes de commerce international liés à la politique de la concurrence et à son application

Le Canada fait valoir sa compétence extraterritoriale sur les comportements hors du Canada, notamment sur les ententes anticoncurrentielles et l'exercice de pressions en vue d'un boycott qui ont un effet réel et substantiel sur la concurrence au Canada (en d'autres termes, qui auraient constitué une infraction à la règle fondamentale sur les ententes si les parties avaient conclu l'entente au Canada). Ce principe de compétence qui relève de la *common law* ne s'est pas appliqué dans les affaires contestées, mais il a donné lieu à plusieurs plaidoyers de culpabilité. Le Canada s'oppose à l'affirmation de la compétence extraterritoriale d'autres pays lorsque celle-ci contredit une loi ou une politique canadienne. Par le passé, ce principe a été invoqué pour faire face aux procédures découlant de la réglementation de la concurrence des Etats-Unis, aussi bien dans des affaires publiques que privées. Il y a 50 ans, l'Ontario et le Québec ont adopté des lois destinées à empêcher le ministère de la Justice des Etats-Unis de mener des enquêtes au Canada. En 1976, des réglementations fédérales ont mis obstacle à l'observation des dispositions concernant la production de documents dans l'affaire du cartel de l'uranium aux Etats-Unis. La disposition de blocage auparavant contenue dans la loi relative aux enquêtes sur les coalitions figure maintenant dans la loi sur la concurrence (art. 82 et 83). L'application d'une ordonnance, d'un décret ou d'une décision rendue à l'étranger peut être bloquée par ordonnance du Tribunal de la concurrence si cette application risque d'entraver la concurrence, l'efficacité ou le commerce extérieur au Canada. L'objet affirmé de cette disposition est d'assurer que des filiales canadiennes de sociétés multinationales prennent en compte les lois et les politiques canadiennes (Bureau de la concurrence, 2001). En 1985 était adoptée la législation fédérale générale, la loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, laquelle habilite le procureur général à prononcer des ordonnances de blocage lorsqu'un tribunal étranger cherche à exercer sa compétence ou son pouvoir d'une manière susceptible d'avoir des effets nuisibles sur des intérêts canadiens significatifs dans le commerce international ou d'empiéter sur la souveraineté canadienne. Ces ordonnances peuvent bloquer l'observation des dispositions concernant la production de documents dans des procédures intentées à l'étranger. La loi prévoit en outre la « récupération » intégrale des dommages-intérêts attribués à l'étranger (Waller, 1997, §§4.17-18). La plupart de ces moyens de défense semblent avoir pour but de protéger les entreprises canadiennes des effets des actions en dommages-intérêts au triple intentées aux Etats-Unis et n'ont pas été utilisés depuis les affaires de l'uranium.

Au cours des 10 dernières années, la coopération croissante avec d'autres autorités chargées de l'application de la loi a remplacé cette attitude défensive à l'égard des parties privées étrangères. Le Bureau de la concurrence a mobilisé ses ressources en pratiquant l'entraide avec les organismes d'application de la loi, principalement aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. La coopération a surtout été axée sur la poursuite des pratiques commerciales trompeuses. Dans ces affaires, le Bureau

de la concurrence et les enquêteurs canadiens travaillent de concert avec les services de police, les inspecteurs des postes et d'autres organismes d'application de la loi. Il y a également eu plusieurs cas importants de coopération internationale dans l'application de la réglementation de la concurrence, notamment le recours aux conventions d'entraide judiciaire dans les enquêtes sur les ententes relatives au papier de télécopie thermique, à la vaisselle de plastique, à l'acide sulfurique, et à la tuyauterie en fonte ductile. Les demandes concernant les trois premières affaires émanaient des Etats-Unis et la dernière, du Canada. Les représentants du Bureau de la concurrence ont assisté à des audiences de l'UE et examiné des documents avec les responsables de l'application de la loi des Etats-Unis et de l'UE dans plusieurs enquêtes sur des fusions importantes, comme celles de Dow et de Union Carbide, de Guinness et de Grand Metropolitan, et d'Alcoa et de Reynolds (Bureau de la concurrence, 2001).

Le Canada a conclu plusieurs accords de coopération au titre de l'application de la législation sur la concurrence. Un accord bilatéral officiel conclu avec les Etats-Unis en 1995 couvre la concurrence et les pratiques commerciales trompeuses. En 1999, le Canada a conclu avec la CE un accord analogue sur les affaires concernant la concurrence. En 2001, le Bureau de la concurrence concluait un accord trilatéral avec les organismes de la concurrence respectifs de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. L'accord de libre-échange conclu récemment avec le Costa Rica comporte un chapitre sur la concurrence dans lequel est défini un cadre de coopération pour la politique de la concurrence et son application. Un accord de courtoisie internationale avec les Etats-Unis et un accord de coopération avec le Mexique devraient être mis en place en 2002. Le Canada est partie à des conventions d'entraide judiciaire en matière pénale (en vertu de la loi d'application intitulée loi sur l'entraide juridique en matière criminelle). En 2001, une loi a été introduite en vue d'autoriser des conventions similaires d'entraide juridique dans les affaires civiles. La protection de la confidentialité des informations échangées avec les organismes d'application étrangers est au premier rang des préoccupations (Bureau de la concurrence, 2001). La loi proposée assurera la coopération entre les organismes d'application de la loi et contiendra des dispositions sur l'opposition aux demandes de tiers, par exemple en ce qui concerne l'assistance fournie dans les poursuites privées. Les progrès réalisés à cet égard ont été ralentis quelque peu par une décision judiciaire canadienne dans laquelle il était sous-entendu que l'intervention et l'autorisation en matière judiciaire devraient être fondées sur ce qu'on pourrait appeler un critère de caractère raisonnable. La disposition de la loi relative à la protection de la confidentialité (art. 29) pourrait empêcher les échanges de renseignements. Cette disposition a jusqu'ici été interprétée en fonction de l'importance des contraintes, mais le Bureau de la concurrence tente maintenant de faire plus ample usage de la disposition qui autorise l'échange de renseignements entre les autorités chargées de l'application de la loi. Le Canada a bénéficié du partage de renseignements avec d'autres pays et estime avoir intérêt à promouvoir la coopération dans les deux sens. Le Bureau de la concurrence a déjà pris l'initiative de négocier des dispositions relatives à la concurrence dans les accords commerciaux, et ce sont les négociateurs canadiens qui ont suggéré d'inclure un chapitre sur la concurrence dans l'Accord de libre-échange nord-américain.

ENCADRE 5 : COOPERATION INTERNATIONALE

Au cours des 10 dernières années, le nombre d'affaires à caractère international traitées par le Bureau de la concurrence s'est considérablement accru. La coopération internationale peut contribuer notablement à l'application efficace et effective de la loi. Le Bureau bénéficie presque quotidiennement de la communication et de la coopération avec les organismes étrangers, en particulier ceux des Etats-Unis et de l'UE. Les échanges, à caractère officiel ou non, couvrent des affaires de consommation ou de concurrence et des problèmes spécifiques ou généraux. La coopération internationale est particulièrement importante lors de l'examen des fusions et des enquêtes sur les complots et le télémarketing trompeur.

Un exemple connu de coopération dans une affaire de complot est celui de l'entente conclue par des sociétés situées au Canada, aux Etats-Unis et au Japon en vue d'augmenter le prix du papier de télécopie thermique en Amérique du Nord. Le complot a été d'abord mis au jour par le Bureau de la concurrence. Il affectait les marchés canadien et américain et la plupart des preuves se trouvaient aux Etats-Unis. Conformément aux dispositions de l'Accord de coopération de 1995 et de l'instrument qui l'a précédé, le protocole d'entente de 1984, le Bureau de la concurrence a notifié le complot au ministère de la Justice des Etats-Unis et a invoqué le Traité d'entraide juridique et sa législation d'application pour demander l'aide du ministère de la Justice américain à la réunion des preuves aux Etats-Unis. En 1996 et 1997, les deux organismes chargés de l'application de la loi ont coordonné leur planification et leur stratégie en matière de perquisitions et d'interrogatoires. Les sociétés japonaise et américaine ont plaidé coupables aux termes de l'article 45 de la loi sur la concurrence et la société japonaise et sa filiale canadienne ont également plaidé coupables aux termes de l'article 46, pour avoir exécuté un complot dirigé vers l'étranger. Les amendes imposées au Canada se sont élevées à 3.45 millions de dollars canadiens au total.

La coopération dans les affaires de fusions s'est concrétisée en 2000-2001 dans l'affaire de l'acquisition par Lafarge de Blue Circle. Le Bureau de la concurrence partageait l'avis de la US Federal Trade Commission sur des questions de fond comme la définition du marché et les conditions d'entrée. La coopération s'est révélée particulièrement efficace au stade des mesures correctives. Le Bureau de la concurrence et la FTC ont élaboré des ordonnances de désinvestissement et des ordonnances par consentement afin d'assurer des mesures correctives effectives de part et d'autre de la frontière. Le 11 avril 2001, le Bureau de la concurrence a annoncé qu'il ne contesterait pas l'acquisition proposée après que Lafarge eut accepté de vendre la majorité des éléments d'actif et des entreprises de Blue Circle au Canada de même que les avoirs liés à la distribution de ciment aux Etats-Unis.

La coopération dans la lutte contre les pratiques commerciales trompeuses fait souvent intervenir différentes autorités. En 2000, le Bureau de la concurrence a mené une enquête sur une entreprise qui promettait aux consommateurs au Canada et aux Etats-Unis des récompenses ou primes de valeur moyennant l'achat de produits promotionnels dont le prix était très élevé. En vertu du Traité d'entraide juridique, le Bureau de la concurrence a obtenu l'aide des services correctionnels américains pour que soient réunies les preuves situées aux Etats-Unis. Ces preuves ont incité la société établie à Montréal et son directeur à plaider coupables pour pratiques trompeuses de télémarketing et de publipostage.

Les accords internationaux relatifs au commerce ont donné aux entreprises étrangères un autre instrument pour canaliser leurs plaintes, comme en témoigne l'exemple d'une affaire en instance portant sur la livraison de petits colis. En 1998, le Bureau a conclu à l'absence de preuve de l'existence de subventions croisées entre les opérations monopolistiques de Postes Canada et ses services de courrier Poste prioritaire et Purolator. La société UPS poursuit cependant une action en vertu de la section 11 de l'ALENA, alléguant entre autres que le Canada avait contrevenu à son obligation aux termes de la section 15 de l'ALENA en omettant de surveiller et de superviser Postes Canada.²⁰

Le Bureau de la concurrence a appuyé des interprétations en faveur de la concurrence de lois relatives au commerce et à l'investissement international. Investissement Canada, organisme chargé de la promotion de l'investissement étranger, examine et autorise les acquisitions étrangères afin de déterminer si elles constituent ou non un avantage net pour le pays. Les seuils et les normes fixés pour cet examen ne sont pas les mêmes que ceux qui sont généralement appliqués aux fusions. Investissement Canada n'a en règle générale pas empêché les investissements mais, dans certains cas, a négocié des conditions. L'investissement étranger est limité ou contrôlé dans plusieurs domaines, notamment dans le transport aérien, les télécommunications et les médias, manifestement pour assurer un service universel accessible et promouvoir le contenu canadien et la culture canadienne. Le Bureau estime que ces restrictions constituent des obstacles à la concurrence et a plaidé en faveur de l'adoption de mesures moins restrictives pour atteindre ces objectifs (Bureau de la concurrence, 2001). Les effets sur la concurrence des lois antidumping et sur les filiales, qui sont appliquées par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE), ont été une source de préoccupation. Un représentant du Bureau de la concurrence a plaidé avec un certain succès devant un sous-comité du

Parlement en faveur d'un remaniement de la loi sur les mesures spéciales d'importation de manière à ce que l'examen de l'intérêt public prévoit explicitement la prise en compte de l'incidence des droits de dumping sur la concurrence intérieure (Bureau de la concurrence, 2001).

Ressources, actions et priorités implicites de l'organisme

L'effectif et les niveaux budgétaires sont stables depuis plusieurs années. Ils sont définis par Industrie Canada. Les honoraires perçus au titre des notifications de fusions, des certificats de décision préalable, des avis consultatifs et des copies engendrent un certain revenu que le Bureau peut conserver jusqu'à concurrence de 7.5 millions de dollars. Le revenu du tout dernier exercice s'est élevé à environ 8.5 millions de dollars au total. Le Bureau de la concurrence a dû demander au ministère et au Conseil du Trésor de consentir un financement additionnel pour appuyer les initiatives d'exploitation extraordinaires, notamment les grandes enquêtes sur les fusions. Ces montants expliquent l'augmentation des dépenses pour l'exercice entre 1998 et 2001 (Bureau de la concurrence, 2001).

Le Bureau de la concurrence est organisé par fonction plutôt que par industrie (comme cela était le cas jusqu'en 1990). Les directions chargées de l'application de la législation sur la concurrence sont la Direction des fusionnements, la Direction des affaires civiles (qui traite aussi les interventions devant les organismes réglementaires), la Direction des pratiques loyales des affaires et la Direction des affaires criminelles. La Direction des affaires criminelles, qui s'occupe des affaires d'ententes, de maintien des prix et de truquage des offres, a un effectif total de 38 personnes. En outre, la Direction des pratiques loyales des affaires, qui regroupe environ la moitié de l'effectif du Bureau de la concurrence affecté à l'application des lois, est chargée des affaires aussi bien civiles que pénales d'indications fausses et trompeuses et de plusieurs dispositions spéciales des lois sur l'étiquetage des produits. Les directions chargées des affaires pénales échangent souvent leur personnel et leur savoir-faire et tirent parti de la similarité de leurs aptitudes professionnelles pertinentes. Ces directions utilisent au mieux la politique de rotation officielle du Bureau de la concurrence et les désignations au sort pour encourager les échanges. Les autres directions fournissent un appui sur les plans administratif, juridique et en ce qui concerne les orientations générales (Bureau de la concurrence, 2001). L'effectif permanent est complété par le recours généralisé à des avocats extérieurs dont les services sont retenus en qualité d'agents du procureur général. Le Bureau de la concurrence consacre entre 700 000 et un million de dollars par année à ces services juridiques.

Tableau 1 : Evolution des ressources de la politique de la concurrence

	Personnel (ETP)	Dépenses (en millions de \$CDN)
2000-01	383	36.9
1999-2000	382	36.1
1998-99	382	36.2
1997-98	382	30.1
1996-97	368	28.4

Source : Bureau de la concurrence, 2001

Tableau 2 : Evolution de l'action liée à la politique de la concurrence

	Affaires criminelles	Affaires civiles	Fusionnements	Pratiques loyales des affaires
2000-01 : dossiers ouverts ¹	60	46	373	329
Infractions potentielles ²	6			8
Réparation imposée ³	13	4	3	129
Sanctions totales imposées, en millions de dollars canadiens	17,6			0,8
1999-2000 : dossiers ouverts ¹	41	48	361	140
Infractions potentielles ²	9			13
Réparation imposée ³	21	5	10	3
Sanctions totales imposées, en millions de dollars canadiens	102,8			1,2
1998-99 : dossiers ouverts ¹	56	33	309	163
Infractions potentielles ²	7			4
Réparation imposée ³	16	3	8	5
Sanctions totales imposées, en millions de dollars canadiens	40,6			1,4
1997-98 : dossiers ouverts ¹	43	44	320	397
Infractions potentielles ²	3			7
Réparation imposée ³	48	8	6	7
Sanctions totales imposées, en millions de dollars canadiens	2,7			0,6
1996-97 : dossiers ouverts ¹	54	33	262	383
Infractions potentielles ²	0			7
Réparation imposée ³	22	4	3	8
Sanctions totales imposées, en millions de dollars canadiens	9,9			0,2

	Affaires criminelles	Affaires civiles	Fusionnements	Pratiques loyales des affaires
1995-96 : dossiers ouverts ¹			s/o	
Infractions potentielles ²				
Réparation imposée ³			5	
Sanctions totales imposées, en millions de dollars canadiens				
<p>1. Sont compris les examens de deux jours ou plus et les demandes d'enquête aux termes de l'article 9 (moyenne annuelle : cinq affaires pénales et trois affaires civiles) ; sont exclus les avis consultatifs fournis par la Direction des affaires civiles et la Direction des affaires criminelles ; sont compris les examens réalisés par la Direction des pratiques loyales des affaires.</p> <p>2. Dans les affaires pénales, renvois au procureur général (dans deux affaires, en 1997-98 et en 1999-2000, le procureur général a refusé d'instituer des poursuites ou a levé l'inculpation) ; dans les affaires civiles et les fusions, instances introduites devant le Tribunal de la concurrence ; Direction des pratiques loyales des affaires : renvois au procureur général ou ordonnances par consentement déposées au Tribunal de la concurrence.</p> <p>3. Dans les affaires pénales, sont compris tous les dispositifs, dont les relaxes et les déclarations et plaidoyers de culpabilité ; dans une même affaire, les dispositifs ne sont pas nécessairement les mêmes pour tous les défendeurs. Dans les affaires civiles, sont comprises la résolution par voie subsidiaire et la restructuration d'une ordonnance par consentement, et dans les fusions, sont comprises les transactions abandonnées en raison de l'objection du commissaire de la concurrence. Direction des pratiques loyales des affaires : prises d'engagement, condamnations et ordonnances par consentement.</p> <p>Source : Bureau de la concurrence, 2001</p>				

Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux

La longue liste des régimes spéciaux et des exemptions trouve son explication dans le souci depuis toujours présent de soutenir les entreprises nationales et une structure fédérale forte. Des controverses récentes qui ont mis en lumière les effets anticoncurrentiels de ces traditions ont suscité l'intérêt du grand public pour la politique de la concurrence. L'un de ces débats a placé le Bureau de la concurrence dans une position plutôt inconfortable puisqu'il devait tenter de réglementer des prix et des services monopolistiques par le biais d'un litige en appliquant des règles spéciales en vertu de la loi sur la concurrence.

Exemptions ou traitements spéciaux à l'échelle macro-économique

Les sociétés d'Etat sont assujetties à la loi sur la concurrence à l'égard des activités commerciales qu'elles exercent (art. 2.1). Les amendements apportés en 1986 visaient à assurer que la loi s'appliquerait aux sociétés d'Etat qui faisaient ou étaient susceptibles de faire concurrence à des sociétés privées (Anderson, 1998). Dans une affaire qui s'est présentée peu après, en 1987, une société d'Etat a été reconnue coupable de pratiques commerciales trompeuses et de vente à prix d'appel, et condamnée à verser une amende de 15 000 dollars canadiens (Bureau de la concurrence, 2001). Plus récemment, le Bureau de la concurrence, à l'issue d'un examen, autorisait la Société canadienne des postes, une société d'Etat, à acquérir une participation dans Courrier Purolator. Le Bureau a également mené une enquête à la suite de plaintes selon lesquelles les membres du consortium d'électricité de l'Alberta, dont fait partie la British Columbia Power Exchange Corporation (Powerex) une société d'Etat, truquaient des offres.

La « doctrine du comportement réglementé » exempte des conséquences de la réglementation antitrust un comportement donné exigé par un programme de réglementation national ou provincial dont l'observation suppose une contravention aux dispositions de la loi sur la concurrence. Le cas de figure courant, dans les provinces, est celui des offices de commercialisation et des commissions tarifaires. Cette doctrine s'annonçait clairement en 1960 dans une affaire où il a été fait preuve d'indulgence à l'égard d'un défendeur qui, grâce à une série d'acquisitions de brasseries locales, détenait une part de marché nationale supérieure à 60 pour cent. Le tribunal a rattaché les effets de cette concentration au contrôle qu'exerçaient les provinces sur le prix de la bière. Le tribunal a en effet indiqué qu'il ne pourrait être interdite une fusion entre brasseurs que si cette fusion était susceptible d'empêcher les organismes provinciaux d'exécuter leurs fonctions de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (Bureau de la concurrence, 2001).

Les tribunaux n'ont pas transposé la doctrine générale du comportement réglementé dans des règles spécifiques, mais les politiques d'application du Bureau s'en inspirent vraisemblablement. La responsabilité d'une partie ne peut être engagée à l'égard de la loi sur la concurrence si le pouvoir législatif provincial a dévolu à une autorité de réglementation le pouvoir d'ordonner une action contraire à la loi sur la concurrence, que l'autorité de réglementation a exercé ce pouvoir et que la partie n'a pas empêché l'exercice de ce pouvoir (Bureau de la concurrence, 2001).²¹ La réglementation en cause doit relever de la compétence du législateur. Le comportement doit être spécifiquement autorisé par la réglementation et non être simplement compris dans son objet. L'autorité de réglementation doit user activement de son pouvoir à cet égard, et ne pas se borner à une acceptation passive ou à une autorisation tacite. Le comportement doit enfin correspondre à l'objet de la réglementation. Le problème serait plus complexe si le comportement ayant contrevenu à la réglementation était aussi exonéré de la loi sur la concurrence.

La doctrine du comportement réglementé a été appliquée dans une affaire civile même si elle a d'abord été mise au point en tant que défense dans des affaires pénales. Le Bureau de la concurrence a soutenu que son application devrait se limiter aux affaires pénales, et que la réglementation et la loi sur la concurrence devraient par ailleurs s'appliquer simultanément (Anderson, 1998). Le Bureau estime également que la décision d'une autorité de réglementation économique de s'abstenir d'appliquer une réglementation parce qu'un marché est devenu concurrentiel rend nécessairement non avenue la défense axée sur la doctrine du comportement réglementé ; la question n'a pas encore été tranchée (Anderson, 1998). Au cours des 20 dernières années, la doctrine du comportement réglementé a été invoquée dans environ cinq affaires dont la plupart ont donné lieu à l'intervention des avocats ou d'autres services. Bien que peu de décisions aient été fondées sur cette doctrine, de nombreuses plaintes n'ont tout simplement pas été retenues parce qu'il était évident que les réglementations protégeaient le comportement anticoncurrentiel.

La répartition des pouvoirs entre les institutions fédérales et provinciales inscrite dans la constitution canadienne autorise de fait les provinces à adopter des lois qui freinent la concurrence dans les marchés locaux ainsi que le commerce et la concurrence sur le plan interprovincial. Le Parlement du Canada a le pouvoir exclusif de légiférer sur « la réglementation du trafic et du commerce » (loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2)). Mais les organes législatifs provinciaux ont également le pouvoir exclusif de légiférer, dans leur province, sur les licences commerciales et « la propriété et les droits civils » (loi constitutionnelle de 1867, art. 92(9) et 92(13)). Les gouvernements provinciaux détiennent en outre un pouvoir législatif exclusif en matière de ressources non renouvelables, de forêts, et de production d'électricité (sous réserve de l'obligation, exécutoire, aux termes de la législation nationale, de non-discrimination dans le commerce avec les autres provinces) (loi constitutionnelle de 1867, art. 92A). Les organes législatifs nationaux et provinciaux exercent des pouvoirs communs sur l'agriculture (et l'immigration) (loi constitutionnelle de 1867, art. 95). Les interprétations et les applications de ces conditions ont conféré aux gouvernements provinciaux un pouvoir substantiel en matière de réglementation des entreprises et de commerce.

Le partage des compétences peut mener à une concurrence en matière de réglementation. Dans le domaine des valeurs mobilières, le gouvernement national a tenté en vain d'instituer un organe de réglementation national. La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario est donc l'organisme de réglementation national de fait.²² La concurrence territoriale peut entraîner des réformes. Dans les années 80, le Québec a procédé à une refonte de sa réglementation en matière financière qui aurait risqué d'attirer l'industrie au Québec à moins que le gouvernement fédéral et l'Ontario n'engagent aussi des changements similaires. D'autre part, les réglementations disparates sur les produits pharmaceutiques, qui traduisaient les intérêts divergents des fabricants de produits génériques et des fabricants de produits de marque présents dans différentes provinces, ont entraîné des problèmes qui ont dû être portés devant l'OMC.

La protection du pouvoir d'appréciation des provinces a entravé la concurrence au Canada. En 1995, les provinces et le gouvernement national ont conclu une entente globale afin de promouvoir un marché intérieur ouvert, efficient et stable et de réduire et supprimer les barrières au commerce et à l'investissement dans la mesure du possible (Entente sur le commerce intérieur, 1995, art. 100 ; préambule). Il s'agit cependant d'une entente négociée et non d'un ensemble d'engagements exécutoires. L'entente comprend des règles sur les marchés et les appels d'offres publics, l'investissement, la mobilité de la main-d'œuvre, les mesures et les normes en matière de consommation, l'agriculture et les produits alimentaires, les boissons alcooliques, les ressources naturelles, les communications, les transports et la protection de l'environnement. Des dispositions relatives à l'énergie restent à négocier. La portée de cette entente donne une idée de l'ampleur des problèmes que pourrait soulever la limitation du commerce interprovincial, ainsi que des enjeux des négociations. Les groupements d'entreprises déplorent que les barrières au commerce intérieur et les coûts qu'elles engendrent freinent la croissance, étant donné que les petites entreprises ne peuvent étendre leurs activités dans le marché canadien, et que les grandes entreprises se tournent de préférence vers les marchés extérieurs pour se développer. Le commerce interprovincial s'accroît mais le commerce international progresse plus rapidement.

L'Entente sur le commerce intérieur, qui vise notamment à supprimer les entraves à la concurrence, n'est pas assortie de mesures effectives ou rationnelles de mise en application. Elle définit un processus de règlement des litiges essentiellement axé sur la négociation, depuis l'étape des consultations jusqu'à celle de l'examen par un comité de haut niveau composé de représentants du gouvernement en passant par la nomination d'un groupe d'étude. Il est prévu que les différends seront généralement réglés par les gouvernements. Les entités privées ont certains droits en matière de plaintes mais ces droits ne sont pas de première importance. Il semble que la principale sanction prévue en cas de non-conformité soit la publicité négative. L'entente autorise le gouvernement qui porte plainte à imposer des contraintes de rétorsion au gouvernement qui ne retirerait pas une barrière à la fin de la procédure. Mais même si cette menace était bien réelle, sa mise à exécution pourrait demander du temps. D'après le calendrier et les délais prévus dans l'entente, il ressort qu'il peut s'écouler deux ans ou plus entre le moment de la plainte et la prise de mesures. Les procédures de consultation complexes ne s'appliquent pas aux contestations liées aux marchés et aux appels d'offres. Il n'est peut-être pas étonnant de constater que la plupart des plaintes en bonne et due forme ont concerné les points sur lesquels la procédure s'avère la plus efficace. Des progrès ont par ailleurs été signalés en ce qui a trait à la mobilité de la main-d'oeuvre. Il a été indiqué que la plupart des professions qui s'autorégulent (42 sur 51) s'étaient en bonne partie conformées aux exigences de l'Entente au 1^{er} juillet 2001, date limite qui avait été fixée pour l'élaboration d'ententes de reconnaissance mutuelle ou de protocoles semblables.

Il n'existe pas de liste exhaustive des réglementations provinciales et fédérales qui se substituent à la loi sur la concurrence, et qui concernent aussi bien la fixation des prix des produits par les offices de commercialisation que les contrôles exercés sur les prix et l'entrée des professions et des services. Il serait difficile de porter un jugement général, puisque l'orientation des politiques n'est pas cohérente d'une province à l'autre voire, dans certains cas, dans une même province. Le Québec fixe les prix minimums de l'essence mais n'exerce plus de contrôle sur les honoraires professionnels.

ENCADRE 6 : REFORME D'UNE ADMINISTRATION FEDERALE : L'EXEMPLE DE L'AUSTRALIE

Dans les pays à régime fédéral, l'action constitutionnelle et le recoupement potentiel des autorités fédérales et des Etats ou provinces ajoutent à une vaste panoplie de réglementations et de politiques, notamment en matière de concurrence, une complexité et un risque de conflits qui justifient un réaménagement. En Australie, la réforme nationale de la politique de la concurrence (*National Competition Policy Reform*) menée au milieu des années 90 s'est attachée explicitement à résoudre plusieurs de ces problèmes typiques des régimes fédéraux.

Auparavant, la loi fédérale sur la concurrence (le *Trade Practices Act*) ne s'appliquait que dans les limites définies du pouvoir constitutionnel fédéral. Le secteur des entreprises, le commerce entre les Etats et les entités commerciales du gouvernement fédéral étaient assujettis à cette loi alors que le secteur des entreprises non constituées en sociétés et les entités commerciales du gouvernement des Etats ne l'étaient pas. La loi ne couvrait pas les professions, non plus que des pans importants des industries de réseaux d'infrastructure, qui étaient administrés par les Etats (comme le secteur de l'électricité). En outre, on ignorait quelle était la véritable portée des exclusions réglementaires du droit de la concurrence, aussi bien au niveau des Etats qu'au niveau fédéral.

En 1995, pour aborder ces problèmes (et certains autres), les neuf gouvernements compétents aux niveaux fédéral, territorial et des Etats sont convenus de réaliser une série de réformes importantes :

- Les Etats et les territoires ont adopté une législation d'application des règles fédérales en matière de comportement concurrentiel et de fusions relativement à des questions sur lesquelles la Constitution leur conférerait des compétences. Ces lois renvoyaient l'application de la loi devant une nouvelle et unique autorité nationale de la concurrence, l'*Australian Competition and Consumer Commission*. Cela permettait l'application uniforme des lois courantes sur la concurrence à toute l'activité économique (après une période de transition).
- La loi fédérale a été amendée afin de retirer au ministre fédéral compétent le droit d'intervenir à titre officiel dans l'exécution des lois fédérales et, par conséquent, des lois des Etats et des territoires.
- Le mécanisme de dérogation à la loi sur la concurrence a été considérablement renforcé. Plutôt que d'être englobées dans une doctrine générale d'intervention de l'Etat, les dérogations doivent être explicites. Une loi ne peut porter dérogation à la législation fédérale des Etats ou des territoires sur la concurrence à l'égard de comportements ou de fusions à moins que la loi d'exception ne spécifie expressément que le comportement considéré a fait l'objet d'une dérogation. Le gouvernement fédéral a conservé un droit de veto sur les dérogations consenties par les Etats ou les territoires à la législation fédérale, des Etats ou des territoires sur la concurrence.

En plus des modifications apportées au droit de la concurrence, les neuf gouvernements se sont mis d'accord pour entreprendre un examen systématique des lois qui avaient eu des effets anticoncurrentiels, même s'il n'y avait pas de contradiction manifeste entre les lois en cause et la loi sur la concurrence. L'examen a porté sur les lois fixant des barrières à l'entrée, comme des régimes de licences, ou qui réglementent le comportement en définissant ou en contrôlant les qualifications, les heures d'ouverture, les prix, les spécifications techniques et les accords de commercialisation. Quelque 1700 textes distincts, la plupart au niveau des Etats, ont été identifiés comme nécessitant un examen. Le délai nécessaire pour mener cette tâche à bien a été évalué à cinq ans, mais a été plus long dans les faits. Le critère d'examen était que la restriction imposée à la concurrence devait se justifier par la nécessité d'atteindre les objectifs de la réglementation et que les avantages de la restriction devaient être supérieurs aux coûts afférents. Les lois nouvelles doivent être soumises à une analyse d'impact sur la réglementation fondée sur ce même critère.

En outre, un régime d'accès à l'infrastructure réglementaire a été créé en marge d'une panoplie de réformes dans les secteurs de l'énergie et des transports. Ces réformes visaient à mieux intégrer les marchés antérieurement centrés sur les Etats.

Le gouvernement fédéral a accepté de verser une série de paiements au titre de la concurrence aux Etats et territoires, afin de répartir les bénéfices issus des réformes. En l'absence de ces paiements au titre de la concurrence, les bénéfices retirés par les gouvernements à la faveur des réformes auraient été acheminés de façon disproportionnée au gouvernement fédéral sous forme d'augmentation des paiements de l'impôt sur le revenu. Les paiements au titre de la concurrence ont été effectués en fonction de la performance réelle des réformes engagées par les Etats et les territoires. Certains paiements ont été retenus dans l'attente d'une amélioration de la performance.

Exclusions, règles et dérogations sectorielles spécifiques

Plusieurs grands secteurs sont soumis à une surveillance réglementaire spécifique. Le Bureau de la concurrence a encouragé l'adoption de principes généraux bien fondés relativement à l'articulation de la politique de la concurrence et de la réforme de la réglementation sectorielle (Bureau de la concurrence, 2001):

Mettre en place une structure de marché concurrentielle dès que possible ;

Charger explicitement les autorités réglementaires de promouvoir la concurrence ;

Contrôler la puissance commerciale des opérateurs historiques en réglementant les prix ;

Assurer l'accès aux installations essentielles au moyen d'interventions réglementaires ;

Contrôler les autres pratiques anticoncurrentielles par le biais de la loi sur la concurrence sauf si la réglementation est manifestement plus efficace ;

Instaurer un mécanisme de retrait de la réglementation si les coûts dépassent les avantages ; et

Assurer la coordination nécessaire pour limiter le chevauchement.

Une voie possible pour l'application des principes généraux de la concurrence dans un régime sectoriel est l'« abstention », qui intervient lorsque l'autorité de réglementation estime qu'un secteur est suffisamment concurrentiel pour qu'elle s'abstienne d'exercer ses pouvoirs à l'égard d'un problème (Bureau de la concurrence, 2001). Certains dispositifs réglementaires nationaux et provinciaux contiennent des dispositions relatives à l'abstention. En général, les principes du Bureau de la concurrence ne sont pas mis en pratique de façon uniforme. Plusieurs dérogations techniques semblent constituer une protection contre le risque théorique de sanctions pénales. Enfin, quelques règles sectorielles visent à donner suite à des décisions de mise en application particulières ou à les annuler.

Services financiers

Le traitement des fusions de grandes banques a marqué la maturité de la politique du Canada en matière de fusions. La fusion des institutions financières peut être exonérée du préavis et de la surveillance prévus par la loi sur la concurrence si le ministre des Finances certifie au commissaire de la concurrence que la fusion envisagée s'effectuera dans l'intérêt bien compris du système financier du Canada (Bureau de la concurrence, 2001). Le ministre des Finances a annoncé l'adoption, s'agissant des fusions qui seront proposées dans l'avenir, d'une politique intégrant les préoccupations du Bureau de la concurrence à l'égard de la concurrence et les objectifs de saine gestion établis par le régulateur sectoriel aux préoccupations du point de vue de l'action des pouvoirs publics (Bureau de la concurrence, 2001).

Deux affaires datant de 1998 illustrent la coordination du Bureau de la concurrence et du ministère des Finances ainsi que l'importance grandissante des problèmes de concurrence. Deux fusions majeures de banques (fusion des première et troisième et des deuxième et quatrième banques) ont été annoncées, peu après la publication par le Bureau de la concurrence d'une ébauche de lignes directrices indiquant les modalités d'analyse des fusions dans le secteur bancaire. La législation bancaire exigeait que les fusions soient approuvées par le ministre des Finances. Le ministre des Finances a décidé de mener une évaluation approfondie de l'impact de ces fusions sur l'« intérêt public », dans le cadre de laquelle l'examen de leurs incidences sur la concurrence par le Bureau de la concurrence devait revêtir une importance « cruciale ». Le Bureau de la concurrence a entrepris la plus vaste enquête qu'il avait jamais menée sur des fusions, et, au bout de 10 mois, a rendu sa décision finale, dans laquelle il concluait que les transactions menaçaient de diminuer la concurrence dans les services bancaires en succursale, de cartes de crédit et de valeurs mobilières. Le Bureau de la concurrence a fait part de ses préoccupations au ministère des Finances ainsi qu'aux parties, sans proposer toutefois de mesures correctives particulières. Les parties ont renoncé à leur projet après que le ministre eut rendu publiques ses objections, fondées sur les risques pruden­tiels liés à des fusions aussi importantes, sur les menaces qu'elles présentaient pour le maintien de la concurrence et sur la concentration du pouvoir de prise de décision en matière de répartition du crédit dans l'économie canadienne (Bureau de la concurrence, 2001).

La loi adoptée en juin 2001 modifie nettement le système de réglementation des banques. De nouvelles lignes directrices définissent le processus d'examen des fusions des grandes banques (capitaux propres supérieurs à cinq milliards de dollars canadiens). L'examen des fusions de banques fait maintenant intervenir cinq parties — le Bureau de la concurrence, l'autorité de réglementation du secteur bancaire, deux comités du Parlement, et le ministre—et se fait en trois étapes—analyse de la concurrence, examen prudentiel et évaluation de la fusion au regard de l'intérêt public.²³ La décision finale incombe toujours au ministre des Finances. Les lignes directrices indiquent que sous réserve des prérogatives du Parlement, le gouvernement cherchera à rendre une décision dans les cinq mois suivant la réception d'une demande. Une fois que le ministre a rendu sa décision, des mesures correctives sont envisagées. Lorsque le ministre a statué sur la manière de réaliser un équilibre avec l'intérêt public, l'autorité de réglementation et le ministre des Finances travaillent de concert pour définir un ensemble d'actions correctives à même de satisfaire les exigences qui ont été définies. Dans les affaires de fusions bancaires, les actions correctives ont sans doute été limitées par le fait que selon la loi, la part des actions d'une banque détenue par un seul actionnaire ne doit pas dépasser un seuil de 10 pour cent. Cette règle a contribué à dissuader les banques étrangères d'investir dans des banques canadiennes. La nouvelle loi assouplit quelque peu cette contrainte en élevant le seuil de participation à 20 pour cent. Les dispositions qui réglementent la participation étrangère dans les banques et les succursales sont néanmoins contenues dans un document de 50 pages.

Une dérogation limitée s'applique à la formation et à l'exploitation de groupes de souscripteurs à forfait. Les accords ou arrangements entre les personnes qui font le commerce de valeurs et les émetteurs ou les vendeurs relativement à une valeur particulière ne sont pas soumis aux interdictions de la loi sur la concurrence concernant les accords entraînant une restriction et les efforts pour influencer la détermination d'un prix (art. 5(1), 45 et 61). En dépit du fait que les actions concernant les prix dans un syndicat financier seraient probablement considérées comme « raisonnables » aux termes de l'article 45 (et que les dérogations sont subordonnées au rapport « raisonnable » avec la souscription de l'émission d'une valeur particulière (art. 5(1)), il peut exister des risques aux termes des articles de la loi qui n'incluent pas cette qualification.

Compagnies aériennes

Dans les services de compagnies aériennes, un secteur qui a aussi été marqué par la récente polémique sur la concurrence, l'équilibre entre la réglementation et la concurrence n'est pas véritablement atteint. En 1984, le Canada a assoupli les contrôles à l'entrée, mis fin aux restrictions de licences liées à la fréquence des vols et au type d'avion, et autorisé la vente au rabais. L'autorité de réglementation, le ministre des Transports, a ensuite procédé pendant une certaine période à une « déréglementation administrative » qui s'est traduite par des interprétations de plus en plus libérales des restrictions existantes. La loi nationale sur les transports de 1987 a confirmé ces changements. Dans les marchés à volume plus élevé du sud du Canada, les critères d'attribution de permis datés et restrictifs de commodité et de nécessité publiques ont fait place à une exigence plus souple consistant à être « prêt et disposé » à offrir le service. Même pour les services dispensés dans le nord du pays, la charge de la preuve incombait à ceux qui s'opposaient à un nouveau service plutôt qu'aux candidats ; finalement, en 1996, le critère distinctif d'attribution de permis dans le nord a été retiré. La loi adoptée en 1987 a également assoupli le dépôt de tarif et autorisé les contrats confidentiels (Anderson, 1998).

Dix ans de concurrence ont cependant eu pour effet de miner passablement les deux principales compagnies aériennes, Air Canada et Lignes aériennes Canadien international. En 1999, plutôt que d'autoriser la fusion de la société la moins vigoureuse avec une compagnie américaine (ce qui aurait nécessité l'assouplissement des restrictions sur le cabotage ou la participation étrangère), le gouvernement a décidé d'autoriser l'autre transporteur, Air Canada, à en faire l'acquisition. A cette fin, le gouvernement a suspendu la loi sur la concurrence de manière à ce que les deux sociétés puissent mener des négociations. La loi nationale sur les transports contient des dispositions prévoyant la suspension de la loi sur la concurrence pendant une période de 90 jours pour permettre au gouverneur en conseil de mener une action jugée « essentielle à la stabilisation du réseau national des transports » (art. 47)—cela malgré le fait que dans la même loi, aucune action engagée aux termes de la loi sur les transports n'affecte l'application de la loi sur la concurrence (art. 4(2)).²⁴ Cette ordonnance n'a jamais été rendue publique et le délai a expiré avant que les deux parties ne parviennent à s'entendre. Le projet de fusion a été examiné et approuvé sous réserve de certaines conditions, parce que le Bureau de la concurrence estimait que les Lignes aériennes Canadien international étaient au bord du dépôt de bilan. Les restrictions imposées par la loi en matière de participation étrangère ont considérablement limité le recours à d'autres actions correctives. Il en est résulté un quasi-monopole. La société qui est née de la fusion d'Air Canada et de Lignes aériennes Canadien international transporte plus de 80 pour cent des passagers intérieurs et gagne près de 90 pour cent des revenus attribuables aux passagers intérieurs (Bureau de la concurrence, 2001).

La polémique a mené à l'adoption de règles sectorielles visant à traiter la puissance commerciale qui s'est ensuivie. Le ministre des Transports a demandé au Bureau de la concurrence d'exprimer son avis sur la mesure qu'il convenait d'adopter. Le Bureau a d'une part décrit les types de conditions qui devraient être posées au comportement d'un transporteur occupant une position dominante afin de favoriser les nouvelles entrées. Le comportement qu'il faudrait contrôler ou prescrire pourrait concerner l'accès à des créneaux et à des portes dans les aéroports, l'accès au programme de fidélité de l'opérateur historique, et, pour les nouveaux entrants et les petits transporteurs, l'annulation des commissions aux agents de voyages, l'accès aux appareils excédentaires, les échanges intercompagnies et le partage de codes, et le démantèlement des transporteurs régionaux. Le Bureau de la concurrence a également attiré l'attention sur des modifications de la politique qui devraient être envisagées pour traiter avec la nouvelle structure, en ce qui concerne l'accès aux aéroports, l'utilisation de créneaux, les charters internationaux, et les systèmes informatisés de réservation. Les modifications touchant les services internationaux pourraient comprendre l'autorisation accordée aux transporteurs américains de commercialiser aux États-Unis des trajets entre des points situés au Canada et des franchises qui permettraient à un

transporteur canadien d'utiliser une identification de marque étrangère établie. Le fait d'autoriser une part plus élevée de participation étrangère (49 pour cent au lieu de 25 pour cent), ou de permettre à des entreprises étrangères d'établir des filiales au Canada seulement pourrait accroître le nombre de concurrents. Mais le ministre a écarté expressément les façons les plus simples et plus évidentes de favoriser rapidement l'entrée de nouveaux concurrents, en permettant notamment que des sociétés aériennes sous contrôle étranger assurent des liaisons au Canada, ainsi que le cabotage. Le Bureau de la concurrence a fait remarquer dans sa réponse que les deux points sur lesquels il ne lui a pas été demandé de mener un examen ou de formuler de observations concernaient les obstacles réglementaires les plus flagrants à l'entrée dans le marché canadien. Le commissaire de la concurrence a recommandé dans d'autres cadres que ces politiques soient modifiées. Récemment, le comité de révision de la Loi sur les transports au Canada a également recommandé que le gouvernement entame des négociations afin de créer un espace aérien nord-américain commun.

La législation qui s'est ensuivie a ajouté des règles sectorielles à la loi sur la concurrence. Les plus importantes sont la définition d'« agissements anticoncurrentiels » spécifiques pour les compagnies aériennes, comme l'abus de position dominante, et d'un nouveau pouvoir d'interdire la pratique de certains tarifs réduits (Bureau de la concurrence, 2001). Les amendements autorisent l'élaboration de règles spécifiques à l'intention des compagnie aériennes (art. 78(1)(j)), et font expressément référence à l'agissement anticoncurrentiel que constitue, de la part d'une compagnie aérienne intérieure, le fait de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions (art. 78(1)(k)). Ces installations ou services « essentiels » sont décrits plus précisément dans la réglementation et comprennent les créneaux d'exploitation, les accords intercompagnies, les portes d'embarquement et les installations connexes, les services de maintenance et la manutention des bagages. La réglementation décrit également le comportement qui serait considéré comme un abus ou une pratique d'éviction. Le concept qui sous-tend ces règles est celui du « coût évitable » ; il sera considéré comme anticoncurrentiel de la part d'une compagnie aérienne occupant une position dominante de mener ses activités ou d'étendre sa capacité sur une liaison à des tarifs ne couvrant pas les coûts évitables du service (ou d'avoir recours à un transporteur affilié pour parvenir au même résultat). Les autres types de comportement anticoncurrentiel décrits dans la réglementation sont l'accaparement des créneaux ou des installations afin de les retirer du marché et l'utilisation de commissions, de stimulants, de programmes de fidélité ou de changements d'horaires ou d'infrastructure destinés à mettre au pas ou à éliminer un concurrent ou à empêcher son entrée. En vertu de ces amendements, le commissaire de la concurrence, et non le ministre des Transports, est chargé de l'application de ces règles sectorielles ; les amendements donnent en outre au commissaire le pouvoir extraordinaire d'émettre des ordonnances provisoires afin de protéger la concurrence avant qu'une affaire soit portée devant le Tribunal de la concurrence. Un comité du Parlement a récemment proposé des amendements qui permettraient au Tribunal de la concurrence d'imposer une amende administrative pécuniaire maximale de 15 millions de dollars à une compagnie aérienne reconnue coupable d'abus de position dominante. Cette dernière proposition est en cours d'examen par le Parlement.

Les nouvelles règles et lignes directrices qui définissent les coûts considérés comme évitables par le Bureau de la concurrence font actuellement l'objet d'un examen devant le Tribunal, dans le cadre d'une remise en question des circonstances dans lesquelles Air Canada a réagi à l'arrivée d'un nouveau transporteur dans les provinces maritimes. Le Bureau de la concurrence tente de démontrer qu'Air Canada a opposé aux nouveaux entrants des tarifs inférieurs à la mesure pertinente du coût et qu'elle ne visait pas uniquement à renoncer à réaliser des bénéfices. Les dossiers litigieux ont trait à la fixation d'une période pendant laquelle les coûts fixes d'exploitation d'un service doivent être considérés comme évitables. Le Tribunal doit prendre connaissance de cette affaire à la fin de 2002. Ce litige fournira l'occasion de définir un principe d'application plus général quant au

comportement stratégique qui sera considéré comme étant une pratique d'exclusion. Le concept de « coût évitable » comme mesure pertinente est maintenant intégré aux lignes directrices générales du Bureau de la concurrence sur l'abus de position dominante ainsi qu'aux lignes directrices spécifiques pour l'industrie du transport aérien.

Un régime spécial d'examen des fusions a été adopté à la suite de la fusion d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien international, et appliqué rétroactivement afin de conférer un caractère exécutoire aux conditions de l'accord du point de vue légal. Une double échelle est utilisée pour les transactions qui doivent faire l'objet d'une notification. Le ministre des Transports peut chercher à prendre avis auprès du Bureau de la concurrence et de l'Office des transports du Canada, lorsqu'une fusion soumise à préavis soulève des préoccupations liées à la politique nationale des transports quant à l'intérêt public. Le ministre ferait dans ce cas une recommandation au gouverneur en conseil sur la question de savoir s'il faut autoriser la fusion (Bureau de la concurrence, 2001). Seul le Bureau de la concurrence a compétence sur les transactions dont l'importance ne justifie pas un préavis.

Autres secteurs du transport

L'Office des transports du Canada a déjà eu une autorité plus étendue sur les fusions, et parallèlement à l'examen du Bureau de la concurrence, menait un examen afin de déterminer si les fusions dans les secteurs du transport étaient conformes à l'intérêt public. Sauf pour ce qui concerne le régime spécial pour les compagnies aériennes, ces dispositions ont été abandonnées en 1996. Lorsque, dans une affaire de fusion dans le domaine du transport maritime, les deux organismes ne sont pas parvenus à s'entendre, c'est le Tribunal de la concurrence qui a pris le relais.

Les accords de conférences de lignes dans le transport maritime océanique sont exonérés depuis le milieu des années 60. A cette époque, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce avait estimé que les accords fixant les tarifs et établissant une discrimination à l'égard des non-membres, qui auraient clairement enfreint la loi sur la concurrence même avant les remaniements de 1986, étaient nécessaires pour le traitement efficace des exportations et des importations.

Les modes de transport de surface ont été libéralisés, particulièrement le transport par camion à l'échelle nationale. La loi sur le transport par véhicule à moteur de 1987 a mis fin au contrôle des taux et facilité l'entrée en établissant un critère national uniforme, administré par les provinces en vertu d'une délégation de pouvoir. Depuis 1993, le fait d'être « prêt et disposé » à offrir le service est le seul critère d'attribution de licence, et les limites portant sur les itinéraires et les produits ont été éliminées des permis existants (Anderson, 1998). Des contraintes peuvent cependant subsister au niveau intra-provincial, même si toutes les provinces se sont engagées, du moins jusqu'à un certain point, sur la voie de la déréglementation—exception faite de l'Alberta, qui n'avait jamais imposé de réglementation économique (Anderson, 1998).

Dans le secteur du service ferroviaire, également, la loi nationale sur les transports de 1987 s'acheminait vers la libéralisation et la mise en concurrence. Elle autorisait des contrats confidentiels avec des chargeurs, supprimait la tarification collective, contenait des dispositions sur l'accès concurrentiel, simplifiait le processus d'abandon de lignes ferroviaires et prévoyait un mécanisme de règlement des litiges. Mais le processus de cession des lignes excédentaires à des nouveaux opérateurs n'a pas été instauré sur une base commerciale plus réaliste avant 1996 (Anderson, 1998). Ces évolutions sont survenues en même temps que celles qui se sont produites aux Etats-Unis pendant la même période. Toujours en ce qui concerne le parallèle avec la préoccupation manifestée aux Etats-Unis relativement aux fusions dans le secteur du rail, il est préconisé actuellement d'établir une réglementation spéciale pour les fusions des compagnies ferroviaires canadiennes, auxquelles le Bureau est en principe opposé.

Produits agricoles

La loi sur les offices des produits agricoles²⁵ autorise une exemption manifestement très étendue. La loi sur la concurrence ne s'applique pas à un contrat ou à un arrangement conclu par des parties soumises à l'autorité d'un organisme de réglementation en vertu de cette loi ou d'une autre loi (Bureau de la concurrence, 2001). La législation provinciale autorise la fixation de prix collectifs par des catégories très diverses de producteurs agricoles.

Le principal exemple à ce titre, assez important pour être régi par sa propre loi, est celui de la Commission canadienne du blé. En vertu de la loi sur la Commission canadienne du blé, cet organisme jouit d'un monopole légal sur la vente sur place et à l'étranger du blé et de l'orge produits dans l'Ouest du Canada.²⁶ Cette société en gouvernance partagée existe sous sa forme actuelle depuis 1935 ; la création d'organismes de ce type ayant des pouvoirs analogues remonte à 1917. Les règles de la Commission canadienne du blé ont force exécutoire depuis 1943. Elle figure parmi les plus gros exportateurs du Canada et les principaux commerçants de blé et d'orge du monde. Le tiers de ses administrateurs est nommé par le gouvernement et les deux tiers sont élus par les producteurs. La Commission canadienne du blé négocie les prix sur les marchés mondiaux et paie aux agriculteurs des prix fondés sur la moyenne de la récolte d'une année. Dans le marché des exportations, les produits canadiens font concurrence à ceux des autres grands producteurs comme les Etats-Unis, l'Australie, l'Argentine et l'Union européenne et depuis 1998, les fournisseurs américains ont un accès illimité en franchise au marché canadien. Les activités de la Commission canadienne du blé qui pourraient être considérées comme des entraves à la concurrence sont exemptes de la responsabilité au titre de la doctrine du comportement réglementé.

La Commission canadienne du blé a aussi un pouvoir sur le transport des produits du grain des provinces de l'ouest vers les ports. Ce pouvoir n'a cependant pas souvent été exercé. La loi qui régit le transport du grain produit dans les provinces de l'ouest a récemment été amendée. Une limite imposée sur les revenus a réduit de 18 pour cent les revenus des compagnies ferroviaires sur les mouvements de grains réglementés et le délai d'acquisition des embranchements a été étendu. Les appels d'offres pour les services logistiques devaient être mis en œuvre progressivement dans certains ports, par le biais d'un accord entre le gouvernement et la Commission canadienne du blé. Le Bureau de la concurrence a recommandé l'adoption d'un système de transport plus concurrentiel et axé sur les marchés (Bureau de la concurrence, 2001). Le gouvernement a reporté l'examen de l'accès concurrentiel au transport ferroviaire après l'examen général de la loi sur les transports. L'examen s'est terminé en juin 2001, a été rendu public en juillet 2001 et ses recommandations sont actuellement à l'étude.

Pêcheries

Les contrats ou les arrangements entre pêcheurs et acheteurs ou transformateurs sur les prix ou les conditions sont exemptés de la loi sur la concurrence (art. 4(1)(b)). Cette exemption fait suite à une enquête réalisée à la fin des années 50 et aux résultats d'une enquête menée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce relative à un complot de pêcheurs en Colombie-Britannique. Des entreprises de conditionnement refusaient de négocier des prix avec les organisations de pêcheurs. Pour dénouer l'impasse commerciale, une loi spéciale a exempté ces accords en Colombie-Britannique pendant un an. La loi spéciale a été renouvelée chaque année et est devenue permanente et générale en 1976.

Services professionnels

L'attribution de licences et, par voie de conséquence, le contrôle de l'entrée, dans le secteur des services professionnels et autres, est de compétence provinciale. En vertu de l'Accord sur le commerce intérieur, les accords de reconnaissance mutuelle des professions ou des protocoles analogues devaient être négociés pour permettre une plus grande mobilité entre les provinces, et favoriser ainsi la concurrence dans les marchés locaux. Le délai fixé pour la conclusion de ces accords était le 1^{er} juillet 2001 (OCDE, 2000, p. 101) A cette date, 42 des 51 professions réglementées à l'échelle nationale avaient conclu un accord sur les conditions qui faciliteraient la mobilité professionnelle. Dans certains cas, les parties avaient négocié un accord important bien que non final, et la plupart des accords établissaient la reconnaissance mutuelle. Le neuf autres professions continuaient leurs négociations en vue de résoudre des questions en suspens.

Certaines provinces autorisent la fixation collective des tarifs par les professionnels. Les litiges engagés pour promouvoir une réforme se sont heurtés à la doctrine du comportement réglementé. Les tribunaux se sont montrés sensibles à l'équilibre des intérêts mais semblent statuer en fonction de l'identité des parties. Dans une de ses décisions, la Cour suprême de la Colombie-Britannique exprime des réserves à l'égard de l'autorégulation privée mais estime en même temps que la loi sur la concurrence ne pourrait en elle-même y remédier. Examinant l'objection d'une victime à une « condamnation » pour infraction à la règle des honoraires minimums de l'association provinciale des arpenteurs, la Cour a suivi la loi provinciale qui autorise l'action collective mais l'a interprétée de façon restrictive pour éviter l'effet anticoncurrentiel. Cette loi était moins explicite que certaines lois applicables à d'autres professions et le tribunal s'est appuyé sur cette ambiguïté et sur la politique générale de la loi sur la concurrence ainsi que sur un soupçon global de monopole en vertu de la *common law* pour conclure que l'organe législatif provincial n'avait probablement voulu autoriser qu'un accord sur des honoraires suggérés. En se fondant sur cette interprétation, le tribunal a rejeté la « condamnation ». ²⁷ Par comparaison, les tribunaux ont tenu à protéger la profession juridique des effets de la loi sur la concurrence. Par exemple, la loi ontarienne qui autorise l'organisme de réglementation de la profession à élaborer un mécanisme d'assurance-responsabilité et à définir des règles pour les contributions des membres a fait l'objet d'une interprétation selon laquelle un monopole géré par le barreau est autorisé. ²⁸ Ces décisions impliquent que la doctrine du comportement réglementé peut garantir l'immunité relativement à une pratique qui n'est pas demandée mais seulement autorisée par une autre loi, même dans des circonstances où le fait d'obéir aux deux lois soulève un conflit inutile.

Gaz naturel

Le marché de gros du gaz naturel a été ouvert entièrement à la concurrence en 1986. Le Bureau de la concurrence est intervenu à plusieurs reprises, à l'Office national de l'énergie et dans le cadre d'audiences réglementaires provinciales, sur des points comme la libéralisation de la vente de gros et l'accès aux gazoducs. Dernièrement, le Bureau de la concurrence a fourni beaucoup de conseils sur le marché de détail du gaz, qui est de compétence provinciale. L'Office national de l'énergie et les autorités de réglementation provinciales appuient en général le développement du marché. En Alberta, par exemple, les chargeurs ont été autorisés à construire un gazoduc pour contourner le monopole en place et à exporter du gaz à forte teneur en éthane.

Electricité

En vertu de l'Acte constitutionnel de 1867, la production d'électricité relève de la compétence des provinces. La réglementation et la réforme sont par conséquent du ressort des gouvernements provinciaux. Le commerce interprovincial est limité. Il existe plus de lignes de transport entre les provinces et le marché américain qu'entre les provinces elles-mêmes. L'élément moteur de la réforme est l'atteinte des critères d'accès pour la vente aux Etats-Unis. En 1993, l'Office national de l'énergie a entrepris un examen du commerce de l'électricité entre les services publics auquel le Bureau de la concurrence a participé (Bureau de la concurrence, 2001). Le Bureau a pris part à des examens et à des audiences publiques relativement à la restructuration dans plusieurs provinces, soit l'Ontario, l'Alberta, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Ecosse.

L'Ontario, qui possède le plus gros marché de l'électricité du Canada, a aussi les projets de réforme les plus ambitieux. Cette province crée des sociétés d'électricité et encourage la production d'électricité par des sociétés privées, et vise à amener la déconcentration de la production à un niveau comparable à ceux qui sont énoncés dans les lignes directrices pour les fusions. Les marchés de gros comme de détail doivent s'ouvrir pleinement à la concurrence au printemps 2002. La réforme prévoit la création d'un opérateur indépendant, la séparation des structures de la production de celles du transport et de la distribution, l'élaboration de règles et de codes de bonne conduite pour éviter les subventions croisées des affiliés des services publics non réglementés, la création d'une autorité de réglementation indépendante des prix et de l'accès au système de transport, la restructuration du marché de la production, une disposition d'abstention de réglementer exigeant que l'autorité de réglementation s'abstienne de réglementer lorsque la concurrence est suffisamment forte pour protéger l'intérêt public, la fixation de prix axés sur les marchés pour les clients qui conservent le fournisseur historique, la vente au comptant et le commerce bilatéral, et la création de lignes de transport entre l'Ontario et les systèmes voisins (Bureau de la concurrence, 2001). Le Bureau de la concurrence a participé au processus d'élaboration de ce programme et travaille maintenant de concert avec le régulateur provincial à l'élaboration d'un document d'interface pour préciser les responsabilités respectives.

L'industrie de l'électricité de l'Alberta appartient pour l'essentiel au secteur privé. Cette province s'est dotée en 1996 du premier marché de l'électricité au comptant mais ne s'est pas pleinement ouverte à la concurrence pour la vente en gros avant 2001. L'Alberta procède actuellement à l'examen de la situation et de son programme (Bureau de la concurrence, 2001). Certains problèmes liés à l'application se sont déjà posés dans la nouvelle organisation du marché. Une enquête sur le truquage des offres a été ouverte et le Bureau de la concurrence a entrepris l'examen d'une acquisition d'actif par deux sociétés de services publics.

Télécommunications

La réforme engagée dans le secteur des télécommunications s'est faite en douceur. La procédure a été simplifiée par une décision rendue en 1989 par la Cour suprême, faisant de la réforme une affaire nettement fédérale, et le nombre d'entités qui doivent être consultées s'en est donc trouvé réduit. Le Bureau de la concurrence et l'autorité de réglementation du secteur, le CRTC (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), ont conclu en 1999 une « entente bipartite » définissant les compétences des deux organismes et les secteurs où ces compétences s'exercent séparément et conjointement (Bureau de la concurrence, 2001). La loi sur les télécommunications prévoit l'abstention de réglementer et par conséquent la pleine application de la loi sur la concurrence lorsque l'autorité de réglementation estime que la concurrence est assez solide pour supprimer l'exercice de contrôles spéciaux sur une entreprise qui disposait autrefois d'une position dominante

(Bureau de la concurrence, 2001). Le Bureau de la concurrence pourrait jouer un rôle plus important à l'occasion de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications, si le CRTC avait davantage recours à l'abstention inconditionnelle. Le CRTC conserve sa compétence sur les questions techniques relatives à l'interconnexion et à l'accès aux réseaux et sur les objectifs de politique sociale comme le caractère abordable et la radiodiffusion.

Les deux organismes examinent les projets de fusion. Le Bureau de la concurrence applique la loi sur la concurrence. Le CRTC exécute un mandat de vérification du contrôle canadien des entreprises. La participation étrangère ne peut dépasser le tiers des actions avec droit de vote d'une société de télécommunications ou de radiodiffusion. Le Bureau de la concurrence a formulé une recommandation voulant que ce seuil soit assoupli, du moins pour les infrastructures, afin de faciliter l'entrée dans le marché (Bureau de la concurrence, 2001).

Radiodiffusion

Le CRTC réglemente également la radiodiffusion. Ses responsabilités comprennent l'attribution de licences de programmation radio et de télévision et de radiodiffusion. La loi sur la radiodiffusion ne contient pas de clause d'abstention et l'application de la loi sur la concurrence peut dépendre davantage de l'activité en cause. Les objectifs principaux du CRTC sont de promouvoir le contenu culturel canadien et la diversité de la programmation. La radiodiffusion a été ouverte à la concurrence en 1997, de sorte que les sociétés de câblodistribution doivent maintenant faire face à la concurrence des systèmes de diffusion directe par satellite et des systèmes multipoints. En 1999, les politiques ont fait l'objet d'un examen afin de favoriser une plus grande diversité et un plus grand choix pour les consommateurs. Enfin, en décembre 2000, le CRTC a attribué près de 300 licences de services spécialisés, de télévision à la carte et de vidéo à la demande. Ces licences n'ont toutefois pas été émises en concurrence avec des services existants (Bureau de la concurrence, 2001). La réglementation de la radiodiffusion sous toutes ses formes —télévision, câble, diffusion directe par satellite et télédistribution sans fil— a été soumise aux exigences relatives au contenu canadien, principalement pour résister à l'influence des entreprises américaines et pour soutenir une identité culturelle distincte. La réglementation a aussi pour effet de réduire les revenus des radiodiffuseurs et d'augmenter leurs coûts ainsi que de subventionner indirectement les fournisseurs de contenu canadien (Anderson, 1998).

Dans le secteur de la radiodiffusion, les fusions sont soumises à des règles spéciales relatives à la concentration et à la participation appliquées par le CRTC, ainsi qu'à une surveillance en vertu de la loi sur la concurrence. Dans le secteur de la radio, un propriétaire peut détenir jusqu'à quatre stations dans un marché (deux AM et deux FM). Dans le secteur de la télévision, la possession de plus d'une station est autorisée dans quelques marchés, par exemple dans celui de Vancouver-Victoria. Depuis juin 2001, les câblodiffuseurs peuvent détenir un nombre illimité de services de programmation par câble analogique, mais un nombre restreint de chaînes thématiques numériques câblodiffusées. Le CRTC mène actuellement un processus de consultation sur les règles relatives au contrôle de la télévision numérique. La participation étrangère dans les sociétés de radiodiffusion ne peut dépasser le tiers des actions avec droit de vote (Bureau de la concurrence, 2001). Les règles spéciales ayant trait à la participation sont motivées par le souci d'assurer la concurrence, la diversité des points de vue et la promotion de la culture canadienne. En 1999, le Bureau de la concurrence a soutenu devant le CRTC que la politique de l'autorité de réglementation relative aux contrats d'administration des stations de radio devrait reposer uniquement sur des principes autres que celui de la concurrence et que la loi sur la concurrence devrait traiter les effets sur les marchés locaux de publicité. Mais le CRTC n'a pas voulu tenir compte de cet avis et a décidé d'appliquer les mêmes seuils aux accords de gestion et à la participation dans les stations (Bureau de la concurrence, 2000).

Edition

Les préoccupations suscitées par la préservation des sources culturelles canadiennes freinent la concurrence dans les médias écrits. En plus de verser des subventions au secteur canadien de l'édition, le gouvernement limite la participation étrangère dans les librairies et les journaux. La participation étrangère dans une librairie doit être autorisée par Héritage Canada. En outre, la participation étrangère dans les journaux est limitée aux actions sans contrôle. Les règles aux termes de la loi sur le droit d'auteur empêchent les libraires de commander des livres auprès d'un distributeur non autorisé au Canada. Cette réglementation a pour effet pervers d'encourager les consommateurs à effectuer leurs achats directement par Internet. L'effet des seuils de participation étrangère sur la concurrence est illustré par une décision récente à propos de la fusion de deux librairies. Les chaînes de librairies situées à l'étranger ne pouvaient pas réagir à une OPA inamicale et cela a entraîné une situation de quasi-monopole étant donné qu'aucune autre société canadienne n'a pu ou voulu égaler l'offre qui avait été faite pour la chaîne cible.

Sports

Les accords entre équipes, clubs et ligues de sport amateur sont exempts de l'application de la loi sur la concurrence (art. 6(1)). Cette protection pour les organisateurs de sports pour lesquels les participants ne sont pas rémunérés date des amendements des années 70. On ne sait pas bien si l'exemption s'applique seulement aux accords relatifs aux conditions de la concurrence au sein des ligues ou entre elles ou si elle pourrait aussi s'étendre aux accords ayant des implications sur le plan commercial, comme ceux qui affectent la valeur des droits de radiodiffusion. On peut supposer que d'autres parties à ces accords (par exemple, sociétés de promotion ou médias) jouiraient d'une exemption en cas d'effet anticoncurrentiel, même si cela n'engageait pas la responsabilité des équipes, des clubs ou des ligues.

Arts d'interprétation

L'exemption générale applicable aux négociations collectives (art. 4(1)) est renforcée par une autre exemption visée expressément dans la loi sur le statut de l'artiste qui couvre certaines associations d'artistes (Bureau de la concurrence, 2001).

Commerce à l'exportation

Les accords sur le commerce à l'exportation sont exemptés de l'application de la disposition de la loi sur la concurrence relative à l'interdiction de complot (art. 45(5)). L'effet de ces accords sur la concurrence à l'extérieur du Canada n'est pas pris en compte. L'exemption n'est pas applicable si l'accord affecte la concurrence au Canada en diminuant la valeur réelle des exportations, restreint l'entrée dans le secteur des exportations ou entrave la concurrence dans les services visant à promouvoir les exportations (art. 45(6)).

Promotion de la concurrence et réforme de la réglementation

Le Bureau de la concurrence a étudié attentivement la restructuration de monopoles réglementés de la manière classique et les autres contraintes réglementaires qui pèsent sur la concurrence. Le Bureau établit une distinction entre les « interventions » ou comparutions à titre officiel devant d'autres agences ou organismes et la « promotion » c'est-à-dire l'analyse et l'aide à la formulation des politiques pour le compte d'agences et de ministères ayant engagé un processus d'élaboration de règles et de décisions (Bureau de la concurrence, 2001).

Au début des années 80, le Bureau a accordé à l'intervention et à la promotion une importance considérable, qui s'explique en partie par une volonté de faire échec au sentiment d'impuissance né de l'impossibilité de faire appliquer la loi sur la concurrence d'avant 1986 (Doern, 1996, p. 87). De 1975 à 1996, le Bureau de la concurrence et l'agence qui l'a précédé ont présenté, dans le cadre de leurs travaux réglementaires, 208 interventions dont les deux tiers concernaient les télécommunications et les transports (Anderson, 1998). Le Bureau de la concurrence a effectué en moyenne 13 interventions et représentations par année au cours des dernières années (pour un total de 40 pendant les trois années comprises entre 1997-2000). Les principaux thèmes abordés demeurent les communications (16) et les transports (7), auxquels s'ajoute maintenant l'énergie (10) (Bureau de la concurrence, 2001).

Jusqu'en 1976, l'agence chargée de l'application de la loi sur la concurrence n'était fondée par aucune loi à participer aux délibérations des autres agences. En 1969, le *Rapport provisoire sur la politique de la concurrence* publié par le Conseil économique du Canada, préfigurant les réformes qui allaient se tenir au cours des deux décennies suivantes, avait montré à quel point les structures réglementaires freinaient la concurrence. Les amendements apportés à la loi en 1976 ont autorisé le commissaire de la concurrence à agir en justice, à plaider et à présenter des preuves dans les procédures engagées par d'autres conseils de réglementation ou tribunaux du gouvernement fédéral. Le commissaire peut agir sur invitation, de sa propre initiative ou suivant les instructions du ministre de l'Industrie. Ce pouvoir a été limité dans les conditions qui lui sont propres aux organismes fédéraux. Après que le Bureau de la concurrence eut tenté en vain, en 1981, d'agir au niveau provincial, la loi de 1986 a ajouté l'article 126, qui indique clairement que le commissaire de la concurrence peut aussi agir devant des organismes provinciaux mais seulement à leur demande ou avec leur consentement.

Dans certains cas, la promotion de la concurrence n'a pas été sans difficultés. La position de monopole occupée par le Conseil canadien du blé est inchangée. Dans le secteur du transport ferroviaire, l'opinion du Bureau de la concurrence n'a été prise en compte que partiellement. Dans celui des compagnies aériennes, le ministère des Transports a accepté bon nombre des recommandations du Bureau pour atténuer le pouvoir de marché du quasi-monopole qu'il a créé, mais a refusé d'envisager la possibilité d'engager la réforme la plus essentielle, à savoir réduire les barrières à l'entrée des sociétés étrangères.

Dans le commerce international, la politique de la concurrence a enregistré quelques succès modestes. Les efforts déployés par le Bureau de la concurrence pour empêcher le recours à la loi sur les mesures spéciales d'importation pour établir ou protéger des monopoles intérieurs ont en général été vains, le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) ayant de manière générale soutenu que son objectif était de protéger une industrie nationale contre les importations déloyales et n'ayant donc pas adopté, en ce qui concerne l'évaluation de l'intérêt public au regard de la loi, une interprétation plus axée sur les consommateurs (Bureau de la concurrence, 2001). L'ouverture d'une procédure visant à prendre en compte d'autres aspects exigeait des preuves de raisons impérieuses et

particulières. En 1999, un faisceau de preuves convaincantes montrait les ravages possibles d'une interprétation trop restrictive. Le droit exigé sur les aliments d'importation en petit pot pour bébés était si élevé—30 cents canadiens pièce—que le produit d'importation (en provenance des Etats-Unis) a été évincé du marché, et que le Canada s'est retrouvé avec un fournisseur en position de monopole. Le Bureau de la concurrence et d'autres intervenants, y compris l'importateur, ont obtenu auprès du TCCE qu'une enquête sur l'intérêt public soit menée et invoqué le fait que le droit ne devait pas être à ce point supérieur au niveau de dommage causé au producteur canadien (4 cents pièce). Le TCCE s'est presque entièrement rangé de l'avis des opposants au droit et a recommandé qu'il soit réduit des deux tiers, c'est-à-dire à 10 cents, dans l'intérêt des consommateurs et des services de puériculture (Bureau de la concurrence, 2000).

Sur cette lancée, la loi sur les importations amendée est entrée en vigueur en avril 2000, afin de permettre que d'autres problèmes soient plus facilement soulevés dans le cadre des procédures engagées par le TCCE. Dorénavant, l'existence de « motifs raisonnables » peut suffire à justifier l'ouverture sous les auspices du TCCE d'une enquête pouvant déboucher sur la réduction ou l'élimination des droits exigés. Les facteurs qui doivent être pris en considération dans cette enquête portent sur le point de savoir s'il existe des produits concurrentiels qu'il est possible de se procurer auprès d'autres exportateurs auxquels d'autres droits ne s'appliquent pas, et, de manière plus générale, si le fait d'imposer le plein droit d'anti-dumping ou de contrepartie est susceptible d'éliminer ou de réduire substantiellement la concurrence dans le marché intérieur canadien. Les représentants du Bureau de la concurrence auront plus facilement accès aux renseignements confidentiels lorsqu'ils interviendront dans des dossiers du TCCE, et pourront par conséquent faire des interventions plus efficaces (Bureau de la concurrence, 2001).

Ce sont les nombreuses interventions effectuées dans le secteur des télécommunications qui semblent avoir été les plus fructueuses. La Direction des affaires civiles du Bureau de la concurrence a joué un rôle de premier plan dans les interventions en rapport avec les télécommunications car le rôle qui lui incombait était de veiller à l'application de la loi à mesure que la concurrence s'accroissait dans le secteur. Dans le secteur de la radiodiffusion, le Bureau de la concurrence a participé à des procédures touchant la nécessité de réglementer Internet et les « nouveaux médias », l'autorisation de la concurrence dans la radiodiffusion, les politiques relatives aux stations de radio commerciales, la distribution de programmes radiodiffusés directement par satellite, la concurrence et la culture, et le cadre d'attribution de licences pour les télévisions payante et spécialisée.

De nombreuses interventions ont été recensées dans le secteur des transports, mais leurs résultats sont inégaux. Le Bureau de la concurrence a effectué en tout 61 interventions et observations relativement aux transports aérien, routier, ferroviaire et maritime. La plupart des dispositifs de réglementation économique portant sur les prix et l'entrée, s'agissant de ces modes de transport, ont été retirés à la fin des années 80. Les efforts portent maintenant sur la correction des conséquences indésirables des réformes antérieures. En 1999, le Bureau a dû traiter la question de la création imminente d'un nouveau monopole dans le marché du transport aérien qui avait été libéralisé. En novembre 2000, le Bureau a plaidé en faveur de la suppression de l'exemption des conférences des chargeurs maritimes, plaidoyer resté jusqu'ici sans effet (Bureau de la concurrence, 2001).

L'efficacité des interventions réalisées dans le secteur du gaz naturel a fourni la base de l'actuel programme de travail sur l'électricité réalisé de concert avec les autorités de réglementation provinciales. Le marché du gaz naturel en gros a été mis en pleine concurrence en 1986. Le Bureau de la concurrence a fait plusieurs interventions devant le Conseil national de l'énergie et dans des audiences réglementaires provinciales sur la libéralisation de la vente en gros et l'accès aux pipelines. Plus récemment, l'attention s'est portée sur la concurrence dans le secteur de la vente au détail, et le Bureau a poursuivi ses interventions au niveau provincial. Les conditions varient selon les provinces.

Dans celles où l'offre de gaz existe depuis longtemps, comme le Manitoba et l'Ontario, les problèmes consistent à dissocier les distributeurs réglementés des affiliés non réglementés, et à effectuer la transition vers la concurrence, sans perdre de vue la protection des consommateurs. Dans d'autres provinces où l'offre de gaz est récente, à la faveur du développement de l'exploitation au large des côtes, il s'agit de créer les conditions propices à une offre concurrentielle de même qu'à la protection des consommateurs, au moyen notamment de réductions promotionnelles destinées à favoriser le changement de carburant et de subventions croisées aux producteurs et aux vendeurs d'appareils fonctionnant au gaz (Bureau de la concurrence, 2001).

Au Canada, les observateurs, et notamment les groupes représentant l'intérêt général, ont trouvé très utile la participation du Bureau de la concurrence aux processus d'élaboration des réglementations, parce que celui-ci apportait une opinion crédible appuyée par des ressources qui font défaut aux groupes de défense de l'intérêt public. La promotion et les interventions, souvent motivées par l'impossibilité de faire appliquer la politique de la concurrence par suite des initiatives prises par le gouvernement pour protéger un monopole, ont attiré l'attention sur l'un des problèmes de concurrence les plus graves auxquels se trouve confronté le pays.

Conclusions et possibilités d'action

Dans les années 70, la politique canadienne de la concurrence a repris vie après avoir été mise en veilleuse pendant près d'un siècle. Dans certains secteurs, les réformes engagées en faveur de la concurrence ont permis d'atteindre des résultats réels et de surmonter l'ambivalence, voire même l'indifférence traditionnellement manifestées à l'égard de la politique de la concurrence. Au début des années 70, environ 29 pour cent de l'économie canadienne était soumise à la réglementation économique directe des prix ou de la production (ou des deux). La déréglementation et les réformes substantielles menées dans les transports, l'énergie, les télécommunications et les services financiers ont considérablement réduit cette part (Anderson, 1998).

Des affaires très médiatisées ont stimulé un nouveau débat sur la priorité qu'il faut accorder à la politique de la concurrence. Ces affaires ont abouti à des résultats moyens. La création d'une compagnie aérienne jouissant d'un quasi-monopole équivaut à un net recul, mais la décision d'attendre que la structure réglementaire soit mieux adaptée pour autoriser la consolidation du secteur bancaire est pertinente. En suspendant la loi sur la concurrence pour permettre aux compagnies aériennes de négocier, le gouvernement a du moins indiqué qu'il prenait la loi au sérieux. Le Bureau de la concurrence a participé activement à la prise de décision qui a débouché sur l'autorisation de la fusion. L'issue de ces importantes affaires explique en partie l'intérêt accru suscité par les problèmes de la concurrence. Les efforts déployés récemment pour élaborer un système destiné à traiter plusieurs aspects de la politique dans le secteur financier témoignent de l'intérêt porté aux questions de concurrence, même si la procédure établie, complexe, risque d'être contournée.

Les positions prises dans le débat sur la politiques de la concurrence évoluent. Malgré une intégration plus grande aux marchés nord-américains, le niveau de vie du Canada ne suit pas. Certaines entreprises ont affirmé que cela s'explique en partie par le fait que la réglementation ne s'attache pas suffisamment à promouvoir la concurrence intérieure. Des groupes représentant l'intérêt général font état d'une concurrence inadaptée dans les secteurs où il existe un monopole, tout en soulignant que la politique de la concurrence devrait s'articuler sur d'autres protections sociales — notamment le souci de maintenir des chefs de file nationaux dans les industries clés.

L'impact de la réforme de la réglementation sur la politique de la concurrence est atténué par la bienveillance traditionnelle à l'endroit des chefs de file nationaux, qui vise explicitement à contrebalancer l'influence considérable du pays voisin ou à y résister. Cette bienveillance se manifeste souvent sous forme de règlements concernant la participation ou le contrôle canadiens des entreprises dans un secteur donné. Ces règlements peuvent rendre inopérante la politique de la concurrence. Dans deux secteurs, à savoir les services aériens et le commerce de livres au détail, le Canada tolère maintenant un quasi-monopole parce qu'aucun investisseur canadien valable ne s'est présenté. Dans chaque cas, les responsables de l'élaboration des politiques ont dû se contenter de la meilleure solution de rechange ponctuelle pour essayer de protéger le public contre le monopole.

Les raisons qui motivent cette protection méritent un examen attentif. Que rapportent et que coûtent les règles particulières sur la propriété et les autres avantages ? Plus précisément, qui supporte les coûts et qui retire les avantages de la protection du pouvoir de marché au Canada ? C'est la question que soulève le projet de fusion de *Superior Propane* (cette affaire n'a cependant pas débouché sur une réglementation empêchant l'entrée). Le Tribunal de la concurrence et les autres tribunaux devaient estimer que les intérêts des actionnaires des entreprises candidates à la fusion primaient sur ceux des consommateurs qui achetaient leur produit. Ils ont renvoyé le dossier et exigé que l'analyse prenne sérieusement en compte les intérêts des consommateurs. Les enseignements tirés de cette affaire devraient également s'appliquer pour les réglementations qui font obstacle à l'entrée. Un des arguments invoqués dans l'affaire de la fusion était que le choix pourrait dépendre de l'identité des actionnaires et des consommateurs. Qu'il faille ou non mener cette enquête dans le cadre de l'application de la loi, il reste que l'identification des parties prenantes est certainement pertinente dans le cadre de la politique de la concurrence. Les entreprises et les consommateurs canadiens supportent les coûts qu'engendrent les monopoles. Les principaux bénéficiaires sont-ils les fonds de pension, les travailleurs ou investisseurs canadiens, ou d'autres parties prenantes ? 29

Depuis les amendements apportés en 1986, la loi sur la concurrence s'est appliquée de façon plus rigoureuse, mais le « taux de réussite » reste décevant. L'approche spécifique retenue par le Bureau de la concurrence pour l'application de la loi sur la concurrence, à savoir le « continuum de la conformité », est un apport original. Le continuum de la conformité expose en bonne et due forme l'éventail et la séquence des moyens que bon nombre de responsables de l'application de la loi mettent en œuvre de manière non explicite. Il traduit concrètement les pouvoirs du Bureau et la culture des entreprises et de l'administration canadiennes. L'une des raisons pour lesquelles la stratégie canadienne de la « conformité » semble prometteuse tient à ce qui paraît être un trait culturel national, l'aversion pour la confrontation et les litiges. En optant pour cette approche, le Bureau montre au milieu des affaires, qui est sceptique, qu'il souhaite être raisonnable. Mais ce caractère prometteur tient peut-être aussi à la capacité dorénavant limitée de s'engager dans des litiges coûteux et complexes. Le nombre de juristes spécialisés est relativement restreint. Ni le Bureau ni les avocats du secteur privé ne peuvent de manière crédible menacer de mener plus d'un litige à la fois, notamment parce que le Bureau a confié au secteur privé le soin de le représenter dans les affaires complexes. Ces conditions pourraient être modifiées si le Bureau est mieux connu et traite un plus grand nombre d'affaires. La tradition consensuelle est peut-être en voie d'être remise en cause par la non-coopération des parties soumises aux enquêtes sur les fusions, qui présentent parfois des informations fausses ou incomplètes. Pour faire échec à cette attitude, le Bureau de la concurrence envisage de mener systématiquement une enquête en bonne et due forme sur les projets de fusion désignés comme étant « très complexes ».

Une partie des problèmes que pose l'application de la loi —notamment l'enregistrement des pertes dans les affaires contestées de complot—tient à l'inexpérience des spécialistes en litiges du Bureau de la concurrence aussi bien que des tribunaux. Les tribunaux, ne statuant que très rarement sur des affaires de concurrence, ne se familiarisent pas avec les problèmes et la réglementation. Le

Tribunal de la concurrence lui-même n'a rendu qu'une décision par année environ. Le personnel du Bureau de la concurrence a semble-t-il examiné les affaires avec une « attention excessive », sans cibler l'analyse et en différant la procédure. Par comparaison, les examens des fusions seraient mieux réalisés, bien que des affaires importantes, plus complexes, poussent à l'extrême limite les capacités du système. Les affaires importantes nécessitent des demandes de financement extraordinaires pour payer les honoraires des avocats extérieurs. Les affaires confiées à des consultants extérieurs se sont apparemment mieux déroulées.

Le bilan contrasté de l'application de la loi s'explique également par la complexité de la loi sur la concurrence. L'évaluation des « effets » imbriquée dans la jurisprudence sur les termes qualifiants de la loi, « indûment » et « déraisonnable », empêche l'application rigoureuse de la loi à l'endroit des cartels. Le Bureau de la concurrence doit prendre en compte les frais inhérents à la préparation d'une preuve élaborée de pouvoir de marché dans toutes les affaires de complot afin de montrer que la concurrence est entravée de façon « indue », une tâche dont l'ampleur décourage par conséquent la mise en application. Il s'ensuit vraisemblablement que la loi ne dissuade pas suffisamment la pratique du cartel. Par ailleurs, les interprétations trop formelles des tribunaux risquent de dissuader les entreprises de s'engager dans une coopération qui ne saurait être considérée comme allant à l'encontre de la loi sur la concurrence. Le Tribunal de la concurrence est également aux prises avec une autre incertitude en ce qui concerne l'ampleur des avantages qui peuvent faire contrepoids aux effets anticoncurrentiels des fusions. La première décision rendue par le Tribunal était plus conforme à l'approche classique du Canada en matière de politique de la concurrence, qui favorise les intérêts des producteurs. Le fait que la Cour d'appel du Canada se soit rangée aux arguments du commissaire de la concurrence a marqué un important virage et pourrait avoir des incidences plus grandes sur la politique de la concurrence. Les complexités de l'analyse des effets et des avantages pourraient rendre l'application de la loi plus cohérente sur le plan économique, mais la cohérence n'est pas garantie lorsque les décisions sont rendues par des juges non spécialisés.

Options envisagées

- ***Utiliser des mesures directes au lieu de contrôler l'entrée de concurrents afin de protéger les intérêts distinctifs.***

Les lois et les règles relatives à la participation et au contrôle canadiens dans plusieurs secteurs ont empêché la politique de la concurrence de traiter adéquatement les problèmes de pouvoir de marché et de monopoles. Le Bureau de la concurrence a déjà attiré l'attention sur ce point, s'agissant notamment des compagnies aériennes. Des contraintes analogues, dans l'affaire de l'acquisition d'une librairie, ont également empêché d'aboutir à un règlement simple caractérisé par une meilleure prise en compte de la concurrence. Les règles devraient viser la réalisation de l'objectif d'action identifié, au moyen de normes de service qui n'encouragent ni ne protègent les monopoles nationaux.

- ***Revoir la portée des restrictions imposées par les gouvernements provinciaux sur les marchés concurrentiels.***

L'impact de la législation provinciale sur les pratiques anticoncurrentielles est un sujet de préoccupation. Les gouvernements provinciaux, tout comme le gouvernement national, peuvent choisir de protéger leurs producteurs plutôt que leurs consommateurs, par le biais, par exemple, de la réglementation intraprovinciale sur le transport par camion dans certaines provinces, des règles qui empêchent la concurrence entre professionnels, et des restrictions sur le commerce et les services entre les provinces. Il faudrait entreprendre une étude approfondie pour évaluer les effets sur la concurrence

des lois et réglementations provinciales et identifier les secteurs où une réforme s'impose le plus. Ce type d'étude, dans un contexte fédéral, pourrait prendre comme modèle l'examen des contraintes imposées à la concurrence au niveau des Etats en Australie. Les cibles principales d'action seraient les lois et les décisions provinciales qui restreignent le commerce entre les provinces, qui autorisent les associations commerciales et professionnelles à restreindre la concurrence par les prix et sous d'autres formes entre leurs membres, et qui protègent les fournisseurs et les distributeurs contre les nouveaux concurrents ou interdisent la tarification agressive et d'autres méthodes de commercialisation. Le résultat aurait un impact plus marqué sur la promotion de la concurrence que l'action directe. Le respect des prérogatives des gouvernements provinciaux est imbriqué dans le cadre constitutionnel du Canada.

- ***Clarifier le degré d'indépendance des décisions du commissaire de la concurrence***

Le statut incertain de la concurrence dans la politique canadienne de la concurrence se reflète dans la situation des institutions qui encadrent cette politique. Le commissaire est officiellement indépendant dans sa prise de décision en vertu de la loi sur la concurrence, mais sur le plan administratif, le Bureau de la concurrence relève d'un sous-ministre. Les perceptions quant à l'indépendance du commissaire ont changé depuis que le Bureau, anciennement rattaché à l'ex-ministère de la Consommation et des affaires commerciales, relève d'Industrie Canada. Ce changement s'explique en partie par les doutes quant à l'à-propos de placer sous une même direction les fonctions de promotion et d'administration de l'industrie. La nécessité d'un responsable indépendant pourrait cependant s'avérer moins pressante puisque la loi s'en remet à des organismes indépendants pour les décisions de première instance. Mais le Tribunal de la concurrence et les autres tribunaux sont sous-utilisés et manquent de cohérence. La perception dans le public du degré d'indépendance du commissaire de la concurrence est peut-être attribuable à une impression plus générale selon laquelle les décisions du gouvernement sont motivées autant par des pressions politiques que par les qualités intrinsèques de la politique de la concurrence. Le fait d'accorder une indépendance accrue au commissaire de la concurrence montrerait que la politique de la concurrence, au moins, ne correspond pas à ce schéma. Ce serait faire un petit pas dans cette direction que d'élever le statut du commissaire de la concurrence en faisant du Bureau de la concurrence un organisme indépendant relevant du Parlement par l'intermédiaire du ministre de l'Industrie, mais responsable de ses finances et de son effectif. Actuellement, le Bureau de la concurrence est une direction du ministère et relève du sous-ministre pour ce qui concerne les ressources et l'administration (Goldman, 2001)). Plus radicalement, une autre possibilité serait de situer le commissaire et le Bureau de la concurrence ailleurs dans la structure gouvernementale de manière à ce qu'ils soient moins identifiés aux intérêts des producteurs. Les suggestions allant dans le sens de la création d'un organisme de décision composé de plusieurs membres au sein de l'organisme responsable de l'application de la loi semblent par ailleurs moins prometteuses. Il faudrait tout au moins qu'avant de poser la question de savoir s'il y a lieu de créer un « conseil » au Bureau de la concurrence, le cas échéant, des efforts soient déployés pour améliorer la procédure au Tribunal de la concurrence.

- ***Accroître les ressources du Bureau de la concurrence.***

Le Bureau de la concurrence a besoin de ressources nouvelles ou améliorées pour mieux préparer ses actions en justice et obtenir plus souvent gain de cause. Un plus grand nombre de victoires dans les affaires contestées devant les tribunaux rehausserait la confiance du public dans l'indépendance du commissaire et du Bureau de la concurrence. Le Bureau doit faire appel à des avocats du secteur privé pour obtenir de l'aide, moyennant un coût financier considérable. Les avocats du secteur privé ont appuyé une augmentation substantielle des ressources du Bureau de la concurrence, geste qui n'est peut-être pas désintéressé. Cependant, le fait que le Bureau se repose sur des avocats du secteur privé pourrait saper la confiance du public dans la fonction de mise en

application de la loi, s'il semble exister une communauté d'intérêts entre la poursuite et la défense. Une étude des coûts d'exploitation du Bureau de la concurrence fait ressortir la nécessité de créer une troisième direction affectée aux fusions et d'augmenter de 30 pour cent l'effectif de la Direction des affaires civiles et de 12 pour cent celui de la Direction des pratiques loyales des affaires. Il faudrait aussi augmenter l'effectif de la Direction des affaires criminelles, à la fois pour traiter les affaires de cartels et pour veiller à l'application des lois contre les prix discriminatoires après une période de dix ans. Il faudrait en tout demander un octroi de 15 millions de dollars supplémentaires, ce qui représente une augmentation budgétaire de 50 pour cent.

- ***L'élargissement du droit d'action privée permettrait une utilisation plus efficiente des institutions.***

Les actions privées sont actuellement subordonnées à une ordonnance antérieure dans une affaire engagée par le commissaire, sauf dans les poursuites pour une éventuelle infraction pénale. L'indépendance du commissaire de la concurrence susciterait moins de questions si les particuliers pouvaient porter devant le Tribunal de la concurrence les affaires susceptibles de faire l'objet d'un examen au civil. Un plaignant insatisfait de la décision du Bureau de la concurrence pourrait porter l'affaire devant l'organe de décision neutre. On ignore s'il existe une forte demande pour ce moyen correctif, mais rien ne s'y opposerait, sous réserve, bien entendu, de l'adoption de mesures visant à dissuader les litiges abusifs ou dilatoires. Les actions privées permettraient en outre au Tribunal, actuellement sous-utilisé, de prendre une part accrue dans l'élaboration de la politique.

- ***Améliorer le processus d'ordonnance par consentement.***

Le Tribunal de la concurrence, en raison peut-être du faible nombre de décisions qu'il est appelé à rendre dans des affaires contestées, s'est activement attaché à l'examen et à la révision des conditions des ordonnances par consentement qui lui sont présentées. Les parties concernées par ces ordonnances ont critiqué l'intervention du Tribunal de la concurrence. D'une part, le Tribunal estime que cet examen est requis dans l'intérêt public. D'autre part, les parties ont recours aux règlements pour alléger les procédures, réduire les coûts et obtenir une certitude. Ces objectifs ne sont pas atteints si le Tribunal de la concurrence rouvre et réexamine les conditions des règlements. Pour éviter les retards et l'incertitude découlant de l'intervention du Tribunal, les parties aux fusions ont improvisé d'autres moyens de règlement qui ne sont pas entièrement satisfaisants. Des accords officieux pourraient être conclus avec le commissaire, à défaut de quoi des accusations seraient portées pendant le délai de trois ans qui précède la prescription prévu par la loi. Mais cette menace ne serait peut-être pas crédible, car il faudrait convaincre le Tribunal des mérites d'une affaire que le commissaire de la concurrence décide de ne pas lui soumettre. Le Parlement étudie actuellement des propositions d'amendements en vertu desquels les procédures par consentement entre le commissaire et les parties à une poursuite privée, par exemple, pourraient être enregistrées sans être examinées par le Tribunal. Une autre approche possible consisterait à conclure un accord d'arbitrage contraignant, mais l'autorité légale du commissaire de la concurrence de conclure ce type d'accord n'a pas été confirmée par les tribunaux. Pour réaliser un équilibre, il serait possible de mettre en place une procédure plus formelle de prise en compte des demandes d'ordonnance par consentement, qui définirait précisément les délais impartis au Tribunal de la concurrence et délimiterait nettement son pouvoir d'apprécier *a posteriori* les décisions du commissaire de la concurrence.

- ***Améliorer le processus décisionnel en renforçant le Tribunal de la concurrence ou en optant pour une structure unique.***

Le Tribunal de la concurrence n'a pas fonctionné comme prévu. Conçu comme un organisme spécialisé, il est apparu plus comme un tribunal ordinaire et ses procédures ont engendré des retards, des coûts et des incertitudes. Il remplit désormais un rôle de second rang comparativement au commissaire et au Bureau de la concurrence. Si le Tribunal de la concurrence n'est pas repensé et restructuré, le modèle d'application de la politique canadienne de la concurrence sera unifié et non dédoublé. Certains observateurs pensent que malgré ses faiblesses, le Tribunal de la concurrence, du simple fait de son existence, confère un pouvoir au commissaire de la concurrence. Mais ce pouvoir provient de la crainte des retards et de l'absence de prévisibilité du Tribunal. La perspective d'être soumis aux décisions des tribunaux non spécialisés susciterait des craintes analogues.

Il serait possible de cesser de considérer que les affaires de concurrence sont tellement spécialisées qu'il faut des spécialistes pour les trancher. Confier la responsabilité de la prise de décision à des tribunaux à compétence générale permet de soutenir une conception large et générale de la politique de la concurrence et d'assurer qu'elle évolue dans le même sens que les autres politiques. Mais si les juges n'ont que rarement à connaître d'affaires relevant de la législation antitrust, la fiabilité des tribunaux de première instance sera minée par l'inexpérience et les jugements au cas par cas. Le fait de s'en remettre à des tribunaux généralistes pourrait aussi accentuer, plutôt que corriger, la tendance du Bureau de la concurrence à faire preuve d'une prudence excessive dans ses jugements. Les difficultés éprouvées par le Bureau de la concurrence lorsqu'il s'agit d'établir la preuve dans les affaires pénales, qui sont très similaires à celles rencontrées dans les affaires civiles complexes en raison de l'exigence liée au caractère « indu », indiquent que ce risque est bien réel. Si le Tribunal de la concurrence est supprimé, il conviendrait d'envisager de restructurer le Bureau du commissaire de la concurrence. L'incertitude liée à la procédure du Tribunal de la concurrence incite déjà les parties à conclure des arrangements et dans les faits, la décision du commissaire est définitive. L'incertitude sur l'issue des affaires portées devant le Tribunal n'en sera que plus grande, et la décision du commissaire n'en sera que plus vraisemblablement dispositive. Par conséquent, il serait peut-être important d'assurer une prise de décision collégiale afin d'accroître l'uniformité des résultats.

L'autre possibilité serait d'améliorer le fonctionnement du Tribunal de la concurrence. Si le Tribunal fonctionnait mieux et s'il traitait plus d'affaires, les législateurs auraient peut-être moins tendance à essayer de résoudre ponctuellement les problèmes de concurrence. Le Tribunal a suggéré que ses règles soient quelque peu modifiées afin d'améliorer sa procédure. Les modifications consisteraient à supprimer la communication de documents dans les affaires qui ne concernent pas les fusions et autoriseraient une utilisation plus efficiente des preuves réunies lors des enquêtes du Bureau de la concurrence. Il a également été proposé d'allonger les mandats des membres qui ne proviennent pas du secteur judiciaire afin d'accroître leur indépendance, et d'augmenter le nombre de juges afin d'éviter les problèmes d'emploi du temps. Il ne fait aucun doute que le Tribunal doit fixer des délais pour ses audiences et ses décisions, et les respecter. L'ensemble de modifications à l'étude au Parlement donnerait au Tribunal le pouvoir d'accorder les dépens. Ce changement est largement appuyé mais on ne sait pas bien ce qui le justifierait, sauf, principalement, à mettre au pas les parties en ce qui concerne les demandes excessives de communication de documents.

- ***Clarifier le principe anti-cartel dans le droit positif.***

La règle actuellement contenue dans la loi en ce qui a trait aux cartels est inefficace tant que les décisions qui visent son application sont rendues par des tribunaux pénaux à compétence générale. La règle applicable aux cartels horizontaux injustifiables ne devrait pas être autant tributaire de distinctions subtiles dans l'analyse économique de marchés particuliers. Une approche moins stricte

et des moyens d'application subsidiaires à caractère civil devraient être possibles pour les comportements ambigus que les tribunaux hésitent à condamner en tant qu'infractions pénales.

- ***Prévoir des sanctions civiles plus fortes contre les abus de position dominante.***

Les seuls recours applicables actuellement dans les affaires de concurrence examinées sous l'angle du droit civil sont les ordonnances visant à contrôler le comportement dans l'avenir et, dans les affaires d'abus de position dominante, les ordonnances à caractère structurel, portant notamment sur le désinvestissement. Des amendes administratives peuvent être imposées par une ordonnance du tribunal à l'encontre des pratiques trompeuses. Pour renforcer l'effet dissuasif de l'interdiction des pratiques abusives par les entreprises en position dominante qui entravent la concurrence, il faudrait également envisager de punir ces pratiques par des amendes administratives.

ENCADRÉ 7: REFORMES ENGAGÉES PAR LE PARLEMENT

Le Parlement du Canada a étudié l'adoption du projet de loi C-23, qui mettrait en œuvre certaines des options proposées ici ainsi que d'autres options. Le projet de loi, qui a été adopté par la Chambre des communes, est actuellement examiné par le Sénat. Il traite des sujets suivants :

- Poursuites privées : des parties privées pourront présenter des demandes de réparation directement au Tribunal de la concurrence, ce qui était autrefois réservé au commissaire. Ces poursuites se limiteraient aux affaires d'exclusivité, de ventes liées, de restriction du marché et de refus de vendre. Le Tribunal serait habilité à éliminer les poursuites non fondées et les poursuites stratégiques.
- Procédures et pouvoirs du Tribunal : (possibilité d'adjuger des dépens, de rendre des jugements sommaires et d'entendre des renvois) : le Tribunal pourrait adjuger des dépens en conformité avec les Règles de la Cour fédérale du Canada. Il pourrait également classer sommairement les affaires qu'il juge sans fondement. Enfin, les parties en présence, notamment le commissaire et les parties privées, pourraient soumettre des problèmes de droit ou de compétence au Tribunal, qu'une demande ait ou non été formellement présentée à ce dernier.
- Ordonnance provisoire : le commissaire pourra demander au Tribunal de prononcer une ordonnance provisoire dans un éventail plus grand d'affaires ; ce pouvoir est actuellement limité aux affaires de fusion.
- Peines pour abus de position dominante dans le secteur du transport aérien : le Tribunal pourrait imposer des amendes administratives maximales de 15 millions de dollars canadiens à un transporteur aérien intérieur qui a abusé de sa position dominante en ayant recours à des « marques de bataille » ou à la tarification abusive.
- Entraide juridique internationale : un long article technique énonce plusieurs dispositions visant la mise en place d'accords de coopération en matière d'établissement de la preuve dans les affaires civiles liées à l'application de la loi.
- Pratiques trompeuses en matière de prix : une nouvelle infraction pénale serait définie et ajoutée aux règles existantes sur le télémarketing trompeur.

NOTES

- ¹ L'année qui a suivi l'adoption de la loi sur les coalitions par le Canada, les Etats-Unis ont également institué une loi fédérale, le Sherman Act, qui pour certains visait un but similaire, à savoir transposer dans un cadre fédéral la jurisprudence issue de la *common law* relative aux limitations du commerce. Certains observateurs, aux Etats-Unis, n'y ont également vu qu'un geste symbolique faisant suite aux protestations contre les tarifs protectionnistes élevés.
- ² Weidmann c. Shragge, [1912] 2 D.L.R. 734, 46 R.C.S. 1.
- ³ Le parallèle avec l'expérience des Etats-Unis est riche d'enseignements dans ce cas également. Toujours pendant cette période « progressiste » les dispositions visant à faire respecter la loi ont été renforcées par l'intermédiaire du *Clayton Act* et du *Federal Trade Commission Act* de 1914. Pendant les années 20, les tribunaux ont également semblé faire marche arrière par rapport à une application vigoureuse. La création de méthodes non pénales viables a toutefois favorisé un programme de mise en œuvre effective malgré le scepticisme du milieu judiciaire.
- ⁴ General Motors du Canada c. City Nat'l Leasing, [1989] 58 D.L.R. 4th 255 ; Ross, 1997.
- ⁵ Commissaire de la concurrence c. Superior Propane Inc., Cour d'appel fédérale, n° A-533-00, avril 4, 2001, 80 ATRR 340; 69 USLW 1639 (24 avril 2001).
- ⁶ R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992), R.C.S. 606.
- ⁷ Cet article de la loi sur les banques a été intégré dans la loi sur la concurrence en 1986.
- ⁸ Voir, par exemple, R. c. Clarke Transport Canada Inc., [1995] 64 C.P.R. 3d 289, 320 ; R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992), 49 C.P.R.(3d) 289, 319-21, 326.
- ⁹ R. c. Clarke Transport Canada Inc., [1995] 64 C.P.R. 3d 289.
- ¹⁰ Un préavis est exigé pour les acquisitions partielles portant sur plus de 20 pour cent des actions (35 pour cent dans le cas d'une société à peu d'actionnaires), ou les acquisitions débouchant sur un contrôle de plus de 50 pour cent.
- ¹¹ Les auteurs d'offres non sollicitées doivent déposer une déclaration abrégée dans un délai de 10 jours (ou une déclaration détaillée dans un délai de 20 jours), les délais commençant toutefois à partir du moment où l'acheteur dépose sa déclaration.

- ¹² En 2000, 24 pour cent de toutes les fusions ayant fait l'objet d'une déclaration publique ont donné lieu à un préavis officiel (316 fusions sur 1 297). Cette même année, le Bureau a examiné 366 fusions, soit 28 pour cent du total, nombre sur lequel 50 n'étaient pas soumises à un préavis. Sur ce nombre, 63 fusions étaient considérées comme « complexes » ou « très complexes ».
- ¹³ Le Canada a dans ce cas aussi été un précurseur. Tout comme la loi sur les coalitions avait précédé d'un an le Sherman Act aux Etats-Unis, ces règles destinées à protéger les petites entreprises ont également été édictées un an avant les dispositions correspondantes du Robinson-Patman Act.
- ¹⁴ Le commissaire de la concurrence, autrefois désigné « directeur des enquêtes et recherches », relevait de l'ex-ministère de la Consommation et des affaires commerciales.
- ¹⁵ www.ct-tc.gc.ca.
- ¹⁶ Des honoraires sont également perçus pour l'inscription des fusions (25 000 dollars canadiens) et les demandes de certificat de décision préalables (25 000 dollars canadiens).
- ¹⁷ Cette action a été portée en appel en vertu de la loi constitutionnelle et examinée par le Tribunal, mais l'ordonnance n'a pas été maintenue pendant les procédures d'appel.
- ¹⁸ *Gazette du Canada*, 17 mars 2001.
- ¹⁹ Projet de loi C-23, par. 11, modifiant l'art. 74.12 de la loi, et par. 14, modifiant l'art. 105.
- ²⁰ L'article 1501 de l'ALENA stipule que chaque partie « adoptera ou maintiendra des mesures prohibant les comportements anticoncurrentiels et prendra les mesures appropriées à ce sujet ».
- ²¹ Les deux premiers éléments sont similaires aux éléments principaux de la doctrine de l'« intervention de l'Etat » aux Etats-Unis : articulation nette de la politique afin de déplacer la concurrence et supervision active de sa mise en oeuvre.
- ²² Il existe également une spécialisation provinciale au niveau des entreprises, par exemple l'accord, au Québec, entre la Bourse et le NASDAQ
- ²³ Dans l'évaluation de l'intérêt public, les parties doivent préparer une Evaluation de l'incidence sur l'intérêt public qui sera examinée par le Comité des finances de la Chambre des Communes et le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. Le processus rendra également accessible aux comités, pour les besoins de leur examen, la lettre finale du commissaire de la concurrence sur l'effet de la transaction sur la concurrence.
- ²⁴ Pour invoquer la suspension, le ministère des Transports et celui de l'Industrie doivent constater qu'il existe ou qu'il est sur le point de se produire une interruption extraordinaire de l'exploitation effective du système de transport national, que le fait de ne pas intervenir irait à l'encontre de l'intérêt des usagers et des opérateurs, et qu'aucune autre mesure corrective ne serait suffisante.
- ²⁵ Art. 32.
- ²⁶ Le monopole s'exerce sur les grains pour consommation humaine mais non sur la nourriture pour animaux et ne contrôle pas les importations.
- ²⁷ *Mortimer c. British Columbia Land Surveyors* (29 mars 1989).
- ²⁸ *Law Soc. Of Upper Canada c. Canada (ministère public)*, 28 O.R. (3d) (1996).

²⁹. En réitérant ses conclusions initiales, le Tribunal a abordé bon nombre de ces questions. S'il s'est conformé aux instructions de la Cour d'appel et pris ces effets en considération, le Tribunal ne l'a toutefois fait que dans la mesure où ils étaient préjudiciables à l'efficacité allocative dans l'économie canadienne. Il a de nouveau été fait appel de cette décision.

BIBLIOGRAPHIE

- Anderson, Robert D., Abraham Hollander, Joseph Monteiro et W.T. Stanbury (1998), « Competition Policy and Regulatory Reform in Canada, 1986–1997 », *Review of Industrial Organisation*, vol. 13, pp. 177-204.
- Chandler, Harry et Robert Jackson (2000), « Au-delà de l’amusement et de la détente : le traitement des complot en vertu de la loi sur la concurrence du Canada », table ronde sur la modification de la loi sur la concurrence, 25 mai 2000. Toronto.
- Collins, Paul et D. Jeffrey Brown (1997), « National Antitrust Laws in a Continental Economy: A Comparison of Canadian and American Antitrust Laws », *Antitrust Law Journal*, vol. 65:2, pp. 495-534.
- Gouvernement du Canada (Bureau de la concurrence) (2000), *Rapport annuel du commissaire de la concurrence*, Ottawa.
- Gouvernement du Canada (Bureau de la concurrence) (2001), communication au Secrétariat de l’OCDE.
- Gouvernement du Canada (Bureau de la concurrence) (2001a), Bureau de la concurrence, *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante*, juillet. Ottawa.
- Doern, G. Bruce (1996), « Canadian Competition Policy Institutions and Decision Processes », *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, G. Bruce Doern et Stephen Wilks, dir. publ., pp. 68-101, Oxford.
- Facey, Brian A, Dany H. Assaf et Russell Cohen (2000), « An Efficiency Defense that Maximizes Welfare: The Canadian Competition Tribunal Gets it Right, » *Antitrust*, vol. 15:1, p. 70, automne.
- Fisher, Alan A., Robert H. Lande et Stephen F. Ross (2000), « Legalizing Merger to Monopoly and Higher Prices: The Canadian Competition Tribunal Gets It Wrong », *Antitrust*, vol. 15:1, p. 71, automne.
- Goldman, Calvin S. et Mark Katz (2000), « International Cartel Cases: A Canadian Perspective. »
- Goldman, Calvin S. et Mark Katz (2001), « Canadian Competition Policy: Where Do We Go from Here? », Conférence – La politique de la concurrence du Canada – Pour préparer l’avenir, 20 juin 2001.
- Gorecki, Paul et William T. Stanbury (1984), *The Objectives of Canadian Competition Policy, 1888-1983*.
- OCDE (2000), *Etudes économiques de l’OCDE : Canada*, Paris.

Ross, Stephen F. (1997), « Antitrust Lessons from « The True North Strong and Free » », *Antitrust Law Journal*, vol. 65:2, pp. 467-93.

Rowley, J. William et Mark Opashinov (1999), « The Canadian Antitrust Regime », *Global Competition Review: The Antitrust Review of the Americas 2000*, p. 89. Londres.

VanDuzer, J. Anthony et Gilles Paquet (1999), *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et loi sur la concurrence : doctrine, droit et pratique*, Ottawa.

Waller, Spencer Weber, Kingman Brewster et James Atwood (1997), *Antitrust and American Business Abroad*, 3^e éd., St. Paul.

Wetston, Howard I. et Edward M. Iacobucci (2001), « Is it Time to Give the Commissioner of Competition a Competition Commission? »

