

Continentalisation

**Cahier de recherche 2000-09
Juillet 2000**

**LE RÔLE STRATÉGIQUE DE LA POLITIQUE
DE LA CONCURRENCE DU CANADA**

“les concurrences internationales sont monopolistiques et politiquement orientées”
(Perroux, 1982, p. 411).

Michèle Rioux



Groupe de recherche sur l'intégration continentale
Université du Québec à Montréal
Département de science politique
C.P.8888, succ.Centre-ville, Montréal, H3C 3P8

<http://www.unites.uqam.ca/gric>

En 1986, le Canada s'est doté d'une nouvelle politique de la concurrence. Cette politique s'inscrit dans un nouvel ensemble de politiques économiques qui, depuis le début des années 80, vise à favoriser le développement économique du Canada et des entreprises canadiennes dans un contexte de globalisation économique. Elle reflète ainsi des changements significatifs au niveau des rapports Etat-marché-société et des liens national-international.

Cet article montre que la politique de la concurrence joue un rôle stratégique au sein de la nouvelle orientation de la politique économique canadienne et que, par conséquent, l'importance du contrôle des pratiques anticoncurrentielles est subordonnée à l'objectif de positionner l'économie et les entreprises canadiennes au sein de l'économie mondiale. Une première section retrace les grandes lignes du changement d'orientation de la politique économique du Canada. La deuxième section porte sur rôle de la politique de la concurrence et sur l'importance qu'elle accorde aux considérations d'efficacité économique et de compétitivité internationale. La troisième section traite de la dimension internationale de la politique de la concurrence.

Changement d'orientation de la politique économique

Jusque la deuxième moitié des années 80, la politique canadienne a été marquée par la recherche d'un certain équilibre entre 1) autonomie et ouverture sur le plan des relations extérieures et, 2) réglementation et concurrence sur le plan intérieur. De la *Politique Nationale* (1879) jusqu'au développement de la *Troisième Option* dans les années 70, la politique canadienne a tenté de concilier la nécessité d'accroître ses débouchés économiques avec celle de préserver une certaine marge de manoeuvre vis-à-vis des marchés extérieurs. Durant cette période, par choix ou par défaut, le Canada a développé une attitude prudente face au libre-échange et il a gardé une certaine distance par rapport au continentalisme nord-américain dont la caractéristique majeure est le poids énorme des États-Unis (Arteau, 1988).

Dans les années 70, la vulnérabilité extérieure du Canada et sa dépendance à l'égard des États-Unis ont provoqué un débat sur le libre-échange avec les États-Unis qui a conduit à l'émergence d'une *Troisième Option* rejetant simultanément le *statu quo* et le libre-échange avec les États-Unis au profit de l'idée d'une politique industrielle axée sur la promotion de la propriété canadienne et la diversification des partenaires

commerciaux. Le volet interne de la stratégie prévalait sur son volet externe; l'accent était mis sur la croissance et la stabilité de l'économie nationale¹.

Dès le milieu des années 70, les objectifs de plein-emploi et de croissance interne furent délaissés au profit de la lutte contre l'inflation, du contrôle des déficits et du développement du secteur d'exportation. La *Troisième Option* fut mise de côté, mais sans aucune réorientation claire et explicite de la politique économique². Le gouvernement libéral a tenté, au début des années 80, d'élaborer une nouvelle stratégie axée sur les marchés internationaux tout en préservant l'idée d'une stratégie nationale de développement³. Cette stratégie buta sur l'absence de réel appui de la population et du milieu des affaires et, plus fondamentalement, sur la tension de plus en plus forte entre la politique d'autonomie nationale et la nécessité de négocier l'ouverture du marché américain pour soutenir les exportations.

Dans les années 80, l'équilibre a basculé en faveur de la déréglementation et de l'ouverture internationale. Le gouvernement conservateur a modifié les paramètres de la politique économique avec le *Programme de renouveau économique* (Canada, 1984) qui a mis l'emphase sur l'assainissement des finances publiques, l'ouverture sur l'extérieur et sur le rôle moteur du secteur privé. La dimension internationale de ce programme économique est centrée sur le libre-échange. Les liens entre l'économie interne et l'économie internationale, affectés par la globalisation économique, sont reconnus et placés au centre de la nouvelle politique économique. Deux objectifs sont associés: 1) celui d'une économie interne plus productive et concurrentielle; et, 2) celui d'un marché international plus stable et plus ouvert. Dès lors, il ne s'agira plus d'arbitrer entre les contraintes internes et les contraintes externes, mais de lier la croissance de l'économie nationale à la croissance des marchés extérieurs et à l'ouverture aux investissements étrangers.

Le *Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* (Canada, 1985b), ci-après nommée la Commission Macdonald, a fourni le cadre théorique de la nouvelle politique économique. Selon la Commission Macdonald, le manque de compétitivité des entreprises canadiennes s'expliquait par la réglementation et la protection des industries canadiennes. À l'abri de la concurrence interne et externe, ces dernières n'avaient pas développé de stratégies concurrentielles performantes; il fallait donc modifier l'interface entre le marché national et le marché international et faire prévaloir la loi du marché, tant à

¹ Plusieurs mesures ont été mises en place, notamment en ce qui concerne le contrôle des investissements avec la création de l'Agence d'Examen des Investissements Étrangers (AEIE), la nationalisation et la réglementation de certains secteurs d'activités, et la mise en oeuvre de la Politique Énergétique Nationale.

² Pour certains, notamment Donneur, "... la politique de troisième option ne fut jamais appliquée réellement. (...) En réalité, la politique qui fut menée est celle de la première option, celle du statu quo, assortie de quelques mesures relevant de la troisième option" (Donneur, 1988, p. 225).

³ Un Livre blanc, *Le développement du Canada dans les années quatre-vingt* (Canada, 1981), mettait l'emphase sur l'élimination de l'inflation, le développement des ressources naturelles et l'expansion des exportations. La question du libre-échange nord-américain était posée mais dans une optique limitée à certains secteurs et nuancée par les objectifs de souveraineté économique.

l'interne qu'à l'externe. Le libre-échange nord-américain apparaît comme un moyen de garantir l'accès au marché américain pour les produits et les investissements canadiens et d'améliorer la compétitivité de l'industrie canadienne qui allait bénéficier d'économies d'échelle découlant de l'intégration des marchés. L'objectif principal du gouvernement sera alors d'en arriver à un accord de libre-échange avec les États-Unis (par la suite de s'intégrer dans un accord à trois avec l'Accord de libre-échange nord-américain, l'ALENA), et de poursuivre des efforts pour conclure des accords de libre-échange avec d'autres pays. Le Canada a ensuite signé un accord avec le Chili en 1996⁴ tandis que se poursuivent des négociations avec les autres pays du continent en vue de la création d'une zone de libre-échange des Amériques. Des négociations ont aussi été amorcées avec les pays du MERCOSUR, les pays de l'APEC ainsi qu'avec l'Union Européenne⁵. Sur le plan multilatéral, le Canada a participé et signé les accords du cycle de l'Uruguay.

Avec le changement d'orientation de la politique économique, tous les domaines de la politique économique seront liés à la politique commerciale et prendront une dimension internationale, dans la mesure où "il ne peut y avoir qu'une seule et même politique économique qui, pour être à deux volets, l'un interne et l'autre externe, ne peut avoir qu'un seul et même objet, celui de favoriser l'adaptation de l'économie aux lois du marché" (Deblock et Brunelle, 1996, p. 267). La politique industrielle dite "concurrentielle" ou "d'adaptation positive" se confond à la politique commerciale alors que la libéralisation du commerce devient la clé de la politique économique du Canada (Arteau et Deblock, 1988). Le volet externe de la politique économique prévaudra ainsi sur le volet interne et sera axé sur le libre-échange, et ceci, premièrement sur le continent nord-américain. Le libre-échange avec les États-Unis a marqué, à toutes fins pratiques, l'abandon de la stratégie qui avait consisté à privilégier l'approche interventionniste et réglementaire sur le plan interne et la diversification des échanges internationaux par la voie du multilatéralisme sur le plan externe⁶.

Le changement d'orientation de la politique commerciale a aussi ouvert la Canada à l'investissement étranger. En 1985, la *Loi sur Investissement Canada* a déjà opéré une rupture avec la politique de contrôle des investissements étrangers. Le mandat d'*Investissement Canada*, qui a remplacé l'AEIE, est de promouvoir les investissements étrangers au Canada; plutôt que de bloquer l'entrée des investissements, l'approche consiste à apporter des modifications aux projets d'investissements en vue d'accroître les avantages éventuels de ces projets pour le Canada. Les deux accords de libre-échange en Amérique du Nord ont renforcé

⁴ L'accord avec le Chili prévoit le remplacement des politiques antidumping par les politiques de la concurrence.

⁵ Depuis 1992, le Canada propose de négocier un accord de libre-échange transatlantique. Puisque les négociations à trois (UE, Canada et États-Unis) soulèvent certaines réticences, notamment de la part des États-Unis et de la France, le Canada et l'UE ont concentré leurs efforts sur certains aspects de leurs rapports bilatéraux. Un groupe de travail conjoint a établi un plan d'action qui a notamment abouti à un accord sur les politiques de la concurrence en 1998.

⁶ Pour une discussion des aspects stratégiques, voir Deblock et Rioux (1992).

l'attitude favorable à l'investissement international. Ils ont modifié les seuils d'examen⁷, interdit les prescriptions de résultats en matière d'investissement, de production locale, d'exportation et de transferts technologiques et ils ont engagé les États à accorder le traitement national aux investisseurs étrangers. L'ALÉNA a aussi mis en place d'un mécanisme d'arbitrage pour les différends entre les investisseurs et les gouvernements. Le dossier de l'investissement fait partie du projet des Amériques et un groupe de négociation a été mis en place pour faire converger les différentes législations nationales vers le modèle "ALÉNA". Malgré les difficultés et les résistances rencontrées, les tentatives de négocier un Accord Multilatéral sur l'investissement (AMI) à l'OCDE et le dossier de l'investissement de l'OMC s'inscrivent dans cette mouvance en faveur de l'élargissement de l'espace de liberté économique des FMN.

Le changement d'attitude face aux investissements étrangers tente de créer un environnement économique canadien attrayant pour les FMN mais il coïncide aussi avec la croissance des investissements canadiens à l'étranger⁸. Le contrôle des investissements étrangers est perçu comme une contrainte à la multinationalisation des entreprises canadiennes. Un régime plus ouvert doit permettre aux entreprises canadiennes d'établir des relations de partenariat à l'étranger, de former des entreprises conjointes, d'obtenir des licences en matière de technologie, de développer des alliances stratégiques et de faciliter l'accès aux marchés étrangers pour les entreprises canadiennes. Il ne s'agit donc plus de soustraire l'économie nationale aux forces de la concurrence internationale mais de jouer sur la possibilité d'influencer l'insertion et la performance des entreprises au sein de l'économie mondiale et d'attirer les investissements étrangers; toutes ces initiatives font sens.

Le changement de gouvernement survenu en 1993 n'a pas remis en cause les principes de base de la nouvelle politique économique. Sur le plan extérieur, le document *Le Canada dans le monde* (1995) a conforté l'importance des questions commerciales et des relations continentales. Cependant, le nouveau gouvernement adopte une approche plus stratégique (Deblock et Marcoux, 1997). *La Stratégie canadienne pour le commerce international 1996-97* (Canada, 1996a) trace les grandes lignes des priorités du Canada au niveau de ses relations commerciales et met en place des mesures orientées vers un partenariat avec le secteur privé pour relever le défi de la globalisation des marchés, dont un des exemples les plus marquants est la mise sur pied de "Equipe Canada".

⁷ Porté à 150 millions de dollars canadiens en 1992, dans le cadre de l'ALE, le seuil d'examen des investissements en provenance des États-Unis est désormais indexé sur la croissance du PIB et de l'inflation. À l'heure actuelle, les seuils d'examen pour les investisseurs membres de l'OMC sont aussi calculés à chaque année. Le seuil pour 1998 était de 179 millions de dollars canadiens. Le contrôle des quatre secteurs spécifiques est maintenu.

⁸ Selon les données de la CNUCED (1997), le stock des investissements directs étrangers des entreprises canadiennes était évalué à 41 milliards de dollars américains en 1985 pour atteindre 193,7 milliards de dollars américains en 1997; il dépassait la valeur des stocks d'investissements étrangers au Canada qui sont évalués à 187,6 milliards de dollars américains.

C'est dans ce contexte d'ouverture de l'économie canadienne aux échanges internationaux que la nouvelle politique de la concurrence est apparue. Les changements au niveau de l'interface national/international impliquaient certainement des modifications des politiques dites "intérieures"; elles ont pris la forme de mesures favorables au secteur privé et aux forces du marché, notamment à travers la déréglementation et la privatisation. L'objectif étant toujours d'accroître la capacité de changement et d'innovation de l'économie. Le rôle de la politique de la concurrence a aussi été modifié en conséquence. La politique de la concurrence a joué un rôle pro-actif supportant l'ouverture à la concurrence étrangère et les autres changements apportés à la politique économique en faveur de la libre concurrence. Elle a, elle-même, été modifiée pour refléter les changements de l'environnement de marché et pour faire sens avec les nouvelles priorités économiques.

Rôle de la politique de la concurrence

La nouvelle politique de la concurrence a suivi le changement d'orientation de la politique économique. Elle accorde une importance toute particulière à la concurrence internationale. Ce n'est plus la concurrence qu'il s'agit de viser, du moins à l'intérieur des frontières nationales, mais de faire en sorte que l'économie canadienne soit compétitive. Pour autant que les liens avec les autres domaines de la politique économique sont reconnus et exploités, le libre-échange et la déréglementation assureraient la "contestabilité" du marché canadien. Cette approche suppose généralement que les positions dominantes ne créent pas d'obstacles à la concurrence effective sur le marché canadien et que, sur le plan international, le libre-échange favorise une concurrence "loyale" et des marchés "accessibles" ou "contestables". S'il n'est pas certain que les stratégies corporatives se conjuguent avec efficacité et compétitivité internationale et, par ailleurs, que l'élimination des barrières institutionnelles aux échanges soit suffisante pour contrer les pratiques anticoncurrentielles, c'est toutefois dans ce sens que la nouvelle politique de la concurrence fut élaborée, en misant sur les vertus du libre-échange et de la libre concurrence.

La politique de la concurrence adoptée en 1986 joue, en quelque sorte, le rôle d'une "politique industrielle" axée sur l'ajustement aux forces du marché et à la concurrence internationale qui doit favoriser l'efficacité et la compétitivité des entreprises canadiennes ainsi que leur participation à l'économie mondiale. Certes, la politique de la concurrence n'a jamais été très interventionniste. Ce qui a changé, depuis le milieu des années 80, est que sa dimension stratégique est maintenant explicite, alors qu'auparavant, tout était plutôt question d'interprétation.

De 1889 à 1986

L'histoire canadienne du droit de la concurrence remonte à la fin du 19^{ième} siècle. L'insatisfaction populaire grandissante face à la fixation des prix de la part de certains groupes de marchands et de producteurs, et particulièrement par le *Dominion Wholesale Grocers' Guild*, a motivé la création d'un comité spécial chargé de faire enquête sur les allégations de complot⁹. Le rapport de ce comité a conduit à l'adoption, en 1889, d'une loi devant prévenir et de supprimer les ententes sur les prix et la production¹⁰.

Les débats sur la politique de la concurrence étaient très fortement marqués par la question du libre-échange. En partie, la loi de 1889 répondait aux exigences de la politique commerciale. Pour reprendre Green, "it is fair to say that the first anti-combines law, that of 1889, was clearly a response to the impact of the National Policy tariff of 1879 on market structure and industrial behaviour" (Green, 1983, p. 39). Pour l'opposition libérale, la nécessité d'une politique de la concurrence découlait des échecs successifs pour obtenir le renouvellement de l'accord de libre-échange avec les États-Unis. La *Politique Nationale* protégeait les entreprises contre la concurrence étrangère, et il s'avérait que "domestic price-fixing had become easier since 1879, when the National Policy tariffs restricted imports" (Brooks and Stritch, 1991, p. 307). Pour l'opposition, l'ouverture du marché canadien était un moyen plus efficace de contrer les pratiques restrictives et d'éviter les effets du protectionnisme sur la concurrence. Chose certaine, la politique de la concurrence du Canada n'était pas un instrument efficace contre les pratiques restrictives.

Aux États-Unis, la politique de la concurrence a toujours été plus interventionniste¹¹. En matière de complots, "if section 1 of the U.S. Sherman Act came to be interpreted as a *per se* ban on price-fixing agreements, then Canadian rule would have to be formulated as "once undue, then illegal *per se*" (Gorecki et Stanbury, 1984, p. 52). Aussi, dès le départ, la loi Sherman visait les monopoles alors qu'au Canada, l'absence de dispositions sur les fusions et les monopoles laissait libre cours à

⁹ Un complot est une entente entre deux ou plusieurs entreprises, notamment pour fixer les prix ou les quantités produites, en vue de réduire ou empêcher la concurrence.

¹⁰ Dans le contexte économique de l'époque, caractérisé par l'accroissement de la taille des entreprises et par la progression de la concentration économique, les deux principales sources d'inquiétudes tenaient aux inégalités de pouvoir économique et aux pratiques collusoires des entreprises. Le principe de liberté de contrat économique n'a jamais vraiment été remis en cause au Canada, mais le principe d'équité pouvait motiver certaines formes de réglementation économique pour limiter l'exercice de cette liberté lorsque les entreprises réduisaient ou entravaient la concurrence au détriment des consommateurs et des petits marchands. On retrouve ici les termes du débat qui se développe à la même époque aux États-Unis où il prendra un tournant très vif, parfois même violent. Au Canada, ce débat fut moins aigre, avec le résultat que la législation sera beaucoup moins avancée et progressive qu'elle ne le sera aux États-Unis. Il fut, en grande partie, éclipsé au Canada, par celui sur la politique nationale, alors qu'aux États-Unis le débat participait au débat plus général sur les réformes sociales à mettre en place pour réduire les abus de positions dominantes et, ce faisant, circonscrire l'agitation et la violence sociales. Un même débat, mais qui, dans des contextes différents, donnera des solutions différentes.

¹¹ Ce qui explique probablement pourquoi la loi américaine est souvent présentée comme la première législation en matière de concurrence alors que la loi canadienne l'a précédé d'un an. Voir Bliss (1973) sur la politique de la concurrence de 1889 à 1910.

la concentration économique. Ce n'est qu'en 1910 que la politique de la concurrence s'est intéressée à la concentration économique, mais les dispositions seront difficiles à appliquer¹².

Avec les amendements ultérieurs, la loi de 1923 constituera la politique de la concurrence du Canada jusqu'à l'adoption de la *Loi sur la concurrence*¹³. Cette loi, *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, a eu peu d'impact sur les pratiques des entreprises canadiennes et sur la concentration économique sur le marché canadien. L'application de la politique de la concurrence fut suspendue durant la crise économique des années 30; l'opinion étant que le maintien des prix et les entreprises de grande taille pouvaient favoriser l'efficacité économique et la relance des industries (Brooks and Stritch, 1991, p. 309). L'intérêt pour la politique de la concurrence a refait surface après la seconde guerre mondiale. Toutefois, l'attitude générale des pouvoirs politiques était favorable à la concentration économique dans la mesure où la concurrence oligopolistique sur un marché aussi restreint que celui du Canada semblait justifier la présence de grands oligopoles.

Dans les affaires de complots, l'application de la loi a buté sur la définition du degré requis de réduction de la concurrence et sur la preuve de l'intention coupable. Dans l'affaire *Howard Smith Paper Mills* (1957), il fut établi que l'accord devait affecter plus de 80% du marché. Les amendements de 1976 ont rejeté cette interprétation en affirmant que cette condition n'était pas nécessaire mais la problématique concernant la définition d'un effet "indû" sur la concurrence ne fut jamais véritablement résolue. Quant au problème de l'intention coupable, dans l'affaire *Container Materials* (1942), il avait été considéré que l'intention était inhérente à l'accord et les affaires *Armco* (1974) et *Canadian General Electric* (1976) ont confirmé que la preuve pouvait reposer sur l'existence d'un parallélisme conscient. Ceci a cependant été remis en cause dans les cas *Aetna* (1977) et *Atlantic Sugar* (1980)

¹² La loi de 1910 abordait la question des fusions et des monopoles pour répondre aux appréhensions suscitées par d'importantes fusions (notamment les cas de Dominion Textiles, Canadian Canneries Co. et Canada Cement). Durant une autre vague importante de fusions entre 1909 et 1912 (58 fusions comptabilisées), la politique de la concurrence ne fut pas appliquée. La classe politique était favorable à la formation de grandes entreprises et la loi était difficilement applicable; la procédure de sanction reposait sur la création ponctuelle de commissions spéciales. En 1919, des amendements ont créé un tribunal permanent qui possédait un pouvoir d'auto-saisine. La loi fut jugée inconstitutionnelle en 1921 alors que la juridiction fédérale fut contestée.

¹³ En 1935, la notion de "détriment à l'intérêt public" fut introduite avec les dispositions relatives à la prédation et à la discrimination par les prix. En 1952, suite au rapport de la Commission MacQuarrie, des amendements ont assigné au *Directeur des enquêtes et des recherches* et à la Commission des pratiques restrictives commerciales des rôles distincts et complémentaires. Les amendements de 1960 ont introduit des dispositions sur la publicité trompeuse et des exemptions à l'application des dispositions sur les complots (notamment en rapport avec les cartels à l'exportation) et le maintien des prix. Les amendements de 1976 ont élargi la portée de la loi au secteur des services et donné à la CPRC une fonction quasi-judiciaire relativement au refus de vendre, à la vente par consignation, à la vente exclusive, à la vente liée ainsi qu'à l'application des lois étrangères. Les nouveaux types d'infractions visés par la loi relevaient du droit civil.

par la Cour suprême¹⁴. Un autre cas important est celui qui a impliqué les compagnies *Southam* et *Thomson* (1981) dans lequel la Couronne arguait que les fermetures de certains journaux découlaient d'un accord illégal visant un partage du marché alors que le juge refusa de conclure à l'existence d'un tel accord¹⁵.

Si l'application des dispositions sur le complot n'a jamais été facile, "the historical failure of Canadian anti-combines policy is no better illustrated than in the area of mergers" (Green, 1983, p. 42). Avant la seconde guerre mondiale, une seule poursuite fut entreprise, il s'agit de l'affaire *Western Fruits and Vegetables* qui aboutira à un acquittement. Vers le début des années 60, les affaires *Canadian Breweries* et *Western Sugar* se sont aussi terminées par l'acquittement des défenderesses. En 1970, *Electric Reduction* a plaidé coupable à l'accusation de fusion et, en 1973, une ordonnance d'interdiction fut rendue contre le projet d'*Anthes Imperial Limited* d'acquérir *Associated Foundry Limited*. Le cas le plus célèbre reste celui de *K.C. Irving*. Ce cas a abouti à une condamnation mais le jugement fut cassé en appel¹⁶. Cette décision a pratiquement enlevé tout effet aux dispositions sur les fusions et les monopoles en indiquant que l'acquisition de la quasi-totalité du contrôle d'un marché ne constituait pas une atteinte à l'intérêt public (Brecher, 1981). La décision signifiait "that detriment to the public could not be presumed even where a complete monopoly existed (...) specific instances of public harm would have to be demonstrated, which would make the Crown's task even more difficult" (Brooks and Stritch, 1991, p. 314).

L'application de la loi n'était pas facile. Il est donc peu surprenant que d'importants débats aient émergé pour effectuer une réforme de la politique de la concurrence. Jusqu'en 1985, plusieurs projet de réforme se sont succédés, mais ils ont buté sur la résistance des gens d'affaires malgré les efforts pour prendre en considération leurs intérêts. L'ouverture de l'économie canadienne, la petite taille du marché canadien et la pénétration des FMN furent des éléments qui ont marqué les débats.

À la fin des années 60, dans le cadre du débat devant aboutir à la *Troisième Option*, la politique de la concurrence a fait l'objet de vives discussions. Les débats économiques qui ont eu lieu tant aux États-Unis qu'au Canada ont mis de l'avant l'idée que l'efficacité devait être l'objectif principal de la politique de la concurrence (Gorecki et Stanbury, 1984). Au Canada, cette idée a été exprimée dans le *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* du Conseil Économique du Canada (1969)

¹⁴ Dans le cas *Atlantic Sugar*, la Cour suprême a jugé que la preuve devait être faite que les entreprises avaient l'intention de réduire la concurrence. La preuve fut premièrement rejetée pour ensuite être admise par la Cour d'appel du Québec. La Cour suprême jugea que 1) la fixation des prix n'est ni plus ni moins qu'un parallélisme conscient, ce qui ne constituait pas une offense à la loi; et 2) l'intention de réduire ou d'éliminer la concurrence ne pouvait être faite.

¹⁵ Des procédures d'appel seront entreprises, mais la Couronne a finalement abandonné la cause en 1984.

¹⁶ En 1974, K. C. Irving et son conglomérat ont été condamnés en rapport à des infractions de fusion et de monopole. La décision fut renversée en appel et, en 1976, la Cour Suprême s'est prononcée en faveur de la décision de la cour d'appel. Il s'agissait de la seule condamnation ayant fait suite à un procès complet. Mentionnons que, dans les trois affaires portées devant la Cour suprême, soit K.C. Irving, Aetna et Atlantic Sugar, la Couronne a été tenue en échec.

et dans le rapport Skeoch-McDonald (1976) qui a complété la notion d'efficacité en termes d'allocation statique par celles d'efficacité technique (économies d'échelle) et d'efficacité dynamique pour encourager l'innovation et le changement technologique.

Le Rapport provisoire avait recommandé: le renforcement de la loi en ce qui concerne les complots (l'interdiction ne devait pas reposer sur la preuve que les ententes réduisaient indûment la concurrence); l'élargissement et le renforcement des dispositions criminelles sur la monopolisation, le maintien des prix et la publicité trompeuse; le transfert des fusions et de certaines autres pratiques restrictives du code criminel au code civil, ce qui réduirait le fardeau de la preuve et permettrait des ordonnances correctives et la prise en compte des objectifs d'efficacité; le traitement des affaires civiles par un tribunal spécial; et, le changement d'orientation de la politique de la concurrence en vue de mettre l'emphase sur les objectifs d'efficacité économique.

En 1971, suite à ces recommandations, le projet de loi C-256 fut introduit; ce projet "emphasized both efficiency *and* dispersion of economic power as objectives of competition policy (...) The efficiency objective was the one given the most weight" (Gorecki et Stanbury, 1984, p. 93). Deux des recommandations furent très controversées; celle qui consistait à fonder la défense d'efficacité sur un examen devant établir que les gains en efficacité allaient bénéficier aux consommateurs et celle qui portait sur le renforcement des dispositions sur la coopération interentreprises. Les arguments contre ces mesures insistaient sur le fait que l'ouverture du marché et la taille du marché canadien justifiaient une politique de la concurrence qui: 1) ne s'attaque pas à la concentration industrielle, puisque celle-ci favorisait l'efficacité des entreprises; et, 2) permette la coopération entre les entreprises exportatrices, une condition souvent requise à la pénétration des marchés étrangers et d'ailleurs considérée comme telle¹⁷. Le projet de loi C-256 fut abandonné en 1972.

Le projet C-256 fut remplacé par une réforme en deux étapes dont la caractéristique était de relier l'élaboration d'une nouvelle politique de la concurrence à celle d'une stratégie industrielle nationale (Brecher, 1981). Une série d'amendements adoptée en 1975 visait les sections les moins controversées pour reporter à plus tard les questions relatives aux fusions et aux ententes. De nouvelles sections civiles concernant le refus de vendre, la vente par voie de consignation, l'exclusivité et la vente liée furent introduites; le rôle de la Commission fut élargi pour les appliquer; le champ d'application de la loi fut élargi au secteur des services; et le trucage des offres est devenu une infraction criminelle.

La deuxième étape n'a jamais abouti. Deux projets de loi abordant la concentration économique et les ententes furent abandonnés; le projet de loi C-42 en 1977 et le projet

¹⁷ Rien n'indiquait ce que représentait la taille optimale des entreprises sur les marchés mondiaux, ni comment les effets des cartels à l'exportation sur l'économie canadienne devaient être pris en considération. On supposait généralement que l'ouverture du marché canadien coïncidait avec la notion de concurrence effective.

C-13 en 1978. L'influence du rapport Skeoch-McDonald (1976) et du *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés* (Canada, 1978), ci-après nommé la Commission Bryce, fut importante¹⁸. Le Rapport Skeoch-McDonald avait conclu que les dispositions relatives aux fusions ne pouvaient, comme aux États-Unis, être fondées sur le critère unique de la part de marché; étant donné la petite taille de l'économie canadienne, l'application de ce critère pouvait renforcer les pratiques restrictives et empêcher le développement d'entreprises de taille suffisante pour entreprendre des activités internationales et répondre aux défis de l'innovation. Les dispositions relatives aux fusionnements devaient cibler les risques d'abus de pouvoir monopolistique et accorder plus d'importance aux économies d'échelles et à l'innovation.

En comparaison au projet C-256, le projet de loi C-42 était plus souple. Les gains en efficacité générés par les fusions devaient inclure les gains en efficacité dynamique et la notification des transactions n'était pas obligatoire. Cependant, il était toujours question de s'assurer que les gains en efficacité soient suffisants pour compenser la réduction de la concurrence et que les consommateurs en soient les bénéficiaires¹⁹. L'opposition au projet C-42 arguait que la défense d'efficacité n'était pas suffisante, que les dispositions sur les complots ne devaient pas être appliquées au parallélisme conscient et, plus généralement, que le marché constituait un mécanisme de contrôle plus efficace que le droit de la concurrence.

Le projet de loi C-13 a fait l'objet d'un débat très animé et d'une critique virulente de la part de la Commission Bryce. Le rapport de la Commission Bryce abondait généralement dans le sens du rapport Skeoch-McDonald, mais il se démarquait en s'opposant à un examen des fusions plus minutieux que celui qui était d'usage aux États-Unis; un tel processus d'évaluation serait "chimérique, même s'il donne l'illusion d'être sérieux" (Canada, 1978, p. 185). La Commission proposait l'abandon des dispositions du projet C-13 sur les fusions et l'assouplissement de celles qui visaient la monopolisation.

Au début des années 80, le gouvernement libéral a tenté sans succès d'amender la loi et, en 1984, un nouveau projet fut déposé mais des élections laisseront le projet sans suite. C'est le gouvernement conservateur de Brian Mulroney qui parviendra à opérer une réforme en profondeur de la politique de la concurrence avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence* en 1986.

¹⁸ Le rapport Skeoch-McDonald constituait la pièce centrale d'une "mini commission royale" qui avait été commandée pour préparer la réforme de la politique de la concurrence dont l'objectif serait d'assurer la flexibilité, l'adaptabilité et une économie dynamique. De son côté, la commission royale sur la concentration économique avait été motivée par le projet d'acquisition d'Argus Corporation Limited par Power Corporation.

¹⁹ Dans les cas des accords de spécialisation et des cartels à l'exportation pour lesquels les mesures relatives à la défense des intérêts des consommateurs étaient abandonnées.

La loi de 1986

La politique de la concurrence a été redéfinie dans un contexte de réorientation de la politique économique. Elle devait tenir compte d'une nouvelle donnée, celle de l'émergence d'un espace marchand qui déborde du marché canadien pour prendre une dimension nord-américaine, voire mondiale. À la fin du 19^{ième} siècle, l'opposition à la Politique Nationale arguait que le libre-échange serait un moyen plus efficace pour contrer les pratiques anticoncurrentielles. Cet argument se retrouve dans les débats qui ont précédé l'adoption de la nouvelle loi. En fait, deux thèmes ont marqué les débats : 1) l'application de la loi ne devrait pas restreindre la capacité d'innover et la compétitivité des entreprises canadiennes; et, 2) l'ouverture de l'économie canadienne à la concurrence étrangère devait être prise en considération.

En 1984, le Directeur du Bureau de la concurrence, A. W. Hunter, a présenté un mémoire à la Commission Macdonald qui concluait à l'accroissement général de la concurrence et "soutenait fondamentalement qu'il fallait miser davantage sur les forces du marché pour raviver l'esprit d'entreprise des Canadiens" (Canada, 1998a (1986), p. 12). Le libre-échange pouvait entraîner une concurrence plus vive et une meilleure utilisation des ressources; le marché canadien, très concentré comparativement aux normes mondiales, bénéficierait de l'accès élargi au marché américain, et la concurrence des entreprises américaines disciplinerait et favoriserait l'efficacité des entreprises canadiennes (Canada, 1998 (1985)).

S'ouvrir aux échanges internationaux, à travers une politique de libre-échange, peut justifier l'assouplissement de la politique de la concurrence pour permettre aux entreprises canadiennes de rencontrer les exigences de la concurrence internationale. Cette approche s'inspire de modèles qui suggèrent que la libéralisation commerciale ne pouvait que réduire les risques de collusion et accroître l'efficacité des entreprises (Khemani, 1991). Les consommateurs ne pourraient qu'être gagnants puisque, comme le modèle d'Eastman-Stykolt le suggère, les oligopoles canadiens fixent le prix d'un produit au niveau du prix mondial pour exclure les importations du marché intérieur, l'élimination des droits de douane signifiait une baisse des prix intérieurs équivalente à leur suppression. Les gains de la libéralisation des échanges seraient donc directement transférés aux consommateurs, ce à quoi s'ajouteraient des gains d'efficacité (Hazledine, 1991). Par ailleurs, comme le libre-échange peut entraîner la disparition d'entreprises, la réduction des barrières tarifaires peut justifier des mesures gouvernementales qui encouragent la formation de grandes unités. La libéralisation de l'économie canadienne apparaît donc comme un substitut possible à la politique de la concurrence ou, tout au moins, comme un élément qui réduit la pertinence du contrôle de la concentration.

De fait, dans la perspective des autorités responsables de la concurrence et de la Commission Macdonald, le libre-échange et la déréglementation réduiraient la nécessité de prendre des mesures coercitives au niveau de la politique de la

concurrence²⁰. Le rôle de la politique de la concurrence serait résiduel; il serait limité aux situations où la concurrence étrangère et les menaces d'entrée ne sont pas déterminantes et, dans une perspective pro-active, à faire valoir les bénéfices de la concurrence dans le cadre de l'élaboration des politiques économiques canadiennes.

Le débat est, en quelque sorte, déplacé de l'intérieur vers l'extérieur. Il n'y a pas lieu de s'inquiéter, sauf exception, de la concentration des entreprises sur le marché canadien puisqu'il s'agit d'un processus qui s'inscrit dans un tout nouveau contexte, celui de la globalisation des marchés, et que la concurrence potentielle est désormais telle que c'est encore le meilleur rempart contre les pratiques restrictives. Certains, notamment Ross (1988) ont suggéré que les restructurations et les concentrations peuvent entraîner une augmentation des prix et que l'effet de l'abaissement des droits de douane serait probablement peu important pour les consommateurs. Une réduction des droits de douane peut amener les oligopoles nationaux à augmenter leurs prix. Toutefois, l'approche adoptée ne met pas l'accent sur les bénéfices et les intérêts des consommateurs.

L'approche du "bien-être total", qui caractérise la nouvelle politique de la concurrence, met l'accent sur les critères d'efficacité et sur le surplus économique total; c'est-à-dire le surplus des consommateurs et ceux des producteurs. Il n'est donc plus nécessaire de procéder à l'arbitrage des problèmes de répartition entre producteurs et consommateurs. La politique de la concurrence devrait plutôt être perçue comme un instrument qui favorise l'efficacité économique dans l'intérêt de tous les Canadiens (Canada, 1998a (1983). Le problème auquel s'attaque la politique de la concurrence est l'inefficacité économique, ce qui, dans le cadre de l'approche adoptée, relègue au second plan la question de la concentration. Puisque l'on suppose que la concentration économique peut favoriser l'efficacité économique sans être accompagnée de comportements abusifs et restrictifs de la part des entreprises; elle n'est donc pas incompatible avec les objectifs de la politique de la concurrence.

Cela dit, dans la mesure où le marché canadien allait être transformé en un marché canado-américain, on peut aussi questionner la pertinence de la défense d'efficacité qui est surtout importante lorsque la taille du marché est limitée. Deux arguments sont apportés: 1) certains obstacles jouent contre le marché régional, par exemple, les recours commerciaux, ou les taux de change, et il existe des secteurs où la concurrence

²⁰ La Commission Macdonald a fait plusieurs recommandations: 1) les fusions, les comportements monopolistiques et les accords de spécialisation devaient être soumis à un tribunal administratif (droit civil); 2) l'exemption visant l'exportation dans les dispositions portant sur les complots devait être conservée - voire renforcée; 3) la pré-notification des fusionnements de grande envergure devait améliorer l'information sur les grandes entreprises et l'application de la loi; 4) les sociétés d'État devaient être privatisées ou être soumises à un certain contrôle des autorités de la concurrence; 5) les dispositions criminelles qui font du maintien des prix une infraction absolue devaient être modifiées (le Bureau n'a pas jugé nécessaire de procéder à cette modification en raison des moyens de défense possibles); et, 6) le Directeur devait être plus engagé dans l'élaboration des politiques et des réformes affectant la concurrence et la politique de la concurrence devait jouer un plus grand rôle dans le développement et la croissance économique.

étrangère est exclue (Dimic, 1993); et, 2) le développement du marché régional accentue la nécessité de prendre en compte les critères d'efficacité pour permettre aux entreprises d'être compétitives.

Deux principes généraux se sont donc imposés, à savoir que la politique de la concurrence devait: 1) fournir un cadre général permettant au marché de remplir efficacement sa fonction d'allocation des ressources et de moteur à l'innovation; et, 2) prendre en considération l'importance croissante du commerce international et chercher à améliorer la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux.

La nouvelle loi, qui est maintenant sous la responsabilité d'Industrie Canada, vise quatre objectifs : 1) stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne ; 2) améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada ; 3) assurer à la petite et moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne; et, 4) assurer aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix dans les produits. Les deux premiers objectifs, d'orientation externe, peuvent donner à la politique de la concurrence un caractère pro-monopolisation/concentration.

Les deux derniers objectifs, d'orientation interne, placent la politique de la concurrence dans une perspective pro-concurrentielle - voire d'équité - sur le marché intérieur. Il est significatif que l'ordonnancement des objectifs place les objectifs "internes" après les objectifs "externes"; ce qui suggère qu'ils sont subordonnés aux premiers au moment de l'examen des cas et qui introduit un élément de détermination supplémentaire puisqu'il s'agira d'examiner chaque cas à la lumière non plus de la concurrence effective sur le marché canadien mais à la lumière de la concurrence potentielle sur les marchés internationaux. Voyons maintenant comment le rôle de la politique de la concurrence s'est traduit dans la formulation et l'application de la loi.

Les complots constituent toujours des infractions criminelles graves sanctionnées par de lourdes amendes et/ou un emprisonnement de 5 ans. Les critères d'efficacité économique ne peuvent pas être invoqués dans les affaires de complots - la défense doit essentiellement porter sur l'absence d'effets sur la concurrence. Toutefois, l'illégalité d'une entente réside dans l'existence d'effets anticoncurrentiels importants. Toutes les ententes ne sont donc pas illégales par définition. Le fardeau de la preuve, qui repose sur le Directeur, est très lourd. Il doit prouver l'existence d'un accord, l'intention coupable des parties et que l'accord diminue ou empêche "indûment" la concurrence. Aussi, plusieurs exemptions sont possibles.

L'exemption des cartels à l'exportation, que la nouvelle loi a d'ailleurs renforcée, vise à favoriser les exportations canadiennes en s'efforçant d'éviter les répercussions négatives de ces ententes au Canada. Dans la mesure où le marché auquel s'adresse la politique de la concurrence est le marché intérieur, il est normal d'exempter ces ententes; l'aire de juridiction nationale ne permet d'ailleurs pas d'évaluer les effets de ces cartels à l'étranger. Toutefois, l'exemption vise non seulement les cartels "purs" à

l'exportation, qui n'ont pas d'effets sur le marché national, mais aussi les cartels mixtes, qui ont des effets sur le marché national. Ceci s'explique par le fait qu'au Canada, l'interdiction cible les cartels qui impliquent une véritable cartellisation et dont la preuve est faite, "hors de tout doute raisonnable", qu'ils entraînent une réduction excessive de la concurrence sur le marché canadien (Ehrlich et al, 1994)²¹.

La nouvelle loi a considérablement renforcé cette exemption²². La loi précédente refusait l'exemption des cartels à l'exportation qui réduisaient ou étaient susceptibles de réduire la concurrence, ce qui excluait les cartels mixtes. La nouvelle loi a éliminé cette emphase et elle considère la réduction de la valeur réelle des exportations tandis que l'ancienne loi considérait la réduction du volume des exportations; un cartel qui réduit la production exportée mais qui en tire un meilleur prix pour compenser la perte en terme de volume de produits exportés peut donc bénéficier d'une exemption.

Pour certains, cette exemption facilite l'utilisation de la politique de la concurrence comme politique commerciale stratégique²³. Cela dit, ces cartels ne provoquent pas toujours un transfert des bénéfices des échanges internationaux d'un pays à un autre, leurs effets ne sont donc pas nécessairement préjudiciables. La question des ententes à l'exportation est marquée par l'importance que revêt le commerce pour l'économie nationale et par l'asymétrie entre les grandes entreprises canadiennes et leurs rivales américaines²⁴. Compte tenu de la petite taille du marché et l'importance des matières premières, les cartels à l'exportation sont jugés nécessaires pour accroître la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux et pour leur permettre de développer de nouveaux débouchés²⁵.

La loi exempte aussi les accords de spécialisation dans la mesure où certains gains en efficacité ne peuvent être obtenus sans l'existence de certaines formes de

²¹ Sans pour autant être illégaux, certains cartels à l'exportation ne pourront bénéficier de l'exemption, notamment lorsqu'ils ont les effets suivants: 1) réduction des exportations canadiennes; 2) réduction des exportations d'un concurrent national; 3) restriction de la possibilité d'entrée d'un concurrent dans le marché d'exportation visé par l'entente; et, 4) réduction induite de la concurrence au Canada. Dans ce dernier cas, les accords seraient illégaux.

²² Les cartels à l'exportation sont exemptés depuis 1960. Le projet de loi C-256 prévoyait l'examen des cartels à l'exportation par un éventuel "Tribunal des pratiques restrictives" et leur inscription dans un registre. L'opposition du milieu des affaires fut très grande.

²³ Il généralement observé que ces ententes permettent de s'accaparer de rentes extraordinaires sur les marchés étrangers, ce qui va en contradiction non pas avec la lettre mais avec l'esprit de la loi qui est de mettre les entreprises canadiennes à niveau avec la concurrence internationale, et non pas d'établir des positions dominantes. Le cas des cartels à l'exportation est souvent mentionné par les partisans des politiques stratégiques. Voir à ce sujet McFetridge (1992).

²⁴ Pour une discussion de l'approche canadienne à l'égard des cartels à l'exportation en comparaison avec les approches étrangères, voir Ehrlich et al. (1994).

²⁵ Ils leur permettraient d'atteindre un calibre international, de faire des gains en efficacité et d'améliorer de la capacité d'innovation. Ils sont aussi justifiés par le pouvoir d'achat des clients étrangers et, parfois, par la présence de cartels à l'importation sur les marchés d'exportation des entreprises canadiennes. La justification des cartels à l'exportation fait donc référence à la nécessité de surmonter un obstacle qui limite la pénétration des entreprises sur les marchés internationaux.

collaboration qui ont des effets restrictifs sur la concurrence²⁶. Ainsi, bien qu'il ne soit pas possible de faire intervenir l'efficacité économique dans les affaires de complot, cette exemption la fait intervenir, du moins de façon circonscrite²⁷. La loi est aussi favorable aux arrangements verticaux qui sont supposés générer des gains en efficacité grâce à une intégration plus poussée des différents niveaux de production sans réduire la concurrence au niveau de la consommation finale.

Les dispositions sur les complots n'ont pas abouti à de nombreuses condamnations. Depuis 20 ans, sur une cinquantaine de cas, 32 ont abouti à une condamnation et des amendes totalisant 158 millions de dollars canadiens ont été imposées. Sur 20 procès, la couronne en a perdu 17; dans 6 cas, la preuve n'a pu être faite qu'il existait un accord, et dans les 11 autres cas, la preuve a buté sur la question du caractère indu de l'effet anticoncurrentiel. La validité de la loi fut aussi contestée. L'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society* a rendu l'application de l'article 45 extrêmement difficile entre 1990 et 1992. La Cour suprême a dû déterminer si cet article était inconstitutionnel en raison de l'imprécision du terme "indûment" et de la nécessité de prouver l'intention subjective de l'accusé de réduire la concurrence. Elle a finalement confirmé la validité constitutionnelle des dispositions relatives aux complots²⁸.

L'application de la loi

C'est principalement depuis 1998 que l'application de la loi sur les complots est plus rigoureuse, et plus particulièrement contre les cartels internationaux. À partir de 1995, l'application de la loi a véritablement pris une dimension internationale; les enquêtes sur des cartels impliquant des intérêts étrangers ont triplé depuis 1994 et, conformément à l'accord bilatéral de 1995 sur l'application des lois sur la concurrence des deux pays, les autorités canadiennes ont bénéficié de la coopération des autorités américaines dans plusieurs affaires importantes (Finckenstein, 1998c)²⁹. Mentionnons quatre cas importants ayant abouti à des condamnations.

²⁶ Ces accords seront soumis aux dispositions civiles relatives aux accords de spécialisation.

²⁷ Il y existe douze autres possibilités de dérogation à l'application des mesures sur les complots parmi lesquelles on trouve les accords portant sur l'échange de données statistiques, la définition de normes de produits, la collaboration en matière de R&D, la restriction de la promotion et les mesures de protection de l'environnement. Les cas de jurisprudence portent surtout sur des accords de fixation des prix ou de partage de marché, et par conséquent, il n'existe pas de situations concrètes qui aient motivé l'utilisation de ces moyens de défense.

²⁸ La Cour suprême de Nouvelle-Écosse avait statué que l'article 45 était inconstitutionnel. La Cour suprême du Canada a jugé que l'article 45 ne violait pas la *Charte canadienne des droits et libertés*; elle a établi que l'exercice d'un pouvoir de marché doit être accompagné d'un comportement susceptible de réduire la concurrence; elle a clarifié la signification du mot "indûment"; et elle a établi que l'intention coupable pouvait reposer sur la démonstration qu'une personne raisonnable aurait dû savoir que la pratique entraînerait des effets néfastes sur la concurrence. Malgré les précisions de la Cour, la signification du mot indu reste vague.

²⁹ Cet accord a remplacé l'accord de 1984.

Le premier cas visait un complot sur le marché des tuyaux en fonte. En 1990, la Canada Pipe Company avait conclu un accord avec une entreprise américaine, la U.S. Pipe, relativement au retrait de cette dernière du marché canadien³⁰. Le deuxième cas est une affaire de fixation des prix sur le marché du papier thermosensible pour télécopieur durant l'année 1991 qui mettait en cause des sociétés canadiennes, américaines et japonaises. La troisième affaire s'est terminée par la condamnation de plusieurs entreprises qui, entre 1992 et 1995, avaient participé à un complot international de fixation des prix et de partage du marché mondial de la lysine, un additif utilisé dans l'alimentation des porcs et de la volaille, et de l'acide citrique. Dans cette affaire, en 1998, Archer Daniels Midland a dû déboursier 16 millions de dollars canadiens. La quatrième affaire implique l'entreprise Hoffmann-Laroche dans un important cartel sur le marché des vitamines qui a abouti à des amendes totalisant plus de 80 millions de dollars.

Si la coopération internationale semble favoriser des efforts conjoints contre les ententes internationales, il demeure qu'elle ne peut cibler que les cas les plus graves et qui font l'objet d'un consensus dans les deux pays. La loi canadienne est beaucoup moins sévère que les législations étrangères sur les ententes car, contrairement à ces dernières, l'illégalité d'une entente repose sur la preuve d'une réduction excessive de la concurrence. Certes, la loi ne permet pas explicitement la défense d'efficacité, mais très peu d'ententes sont considérées illégales par la loi. En réalité, il semble que les ententes sont généralement acceptables et bénéfiques.

La loi est aussi très souple face aux positions dominantes. En comparaison avec le régime précédent, les positions dominantes ne relèvent plus du droit criminel; le fardeau de la preuve a donc été réduit à une balance de probabilités. Aussi, le concept de "détriment à l'intérêt public" a été remplacé par la démonstration que le comportement anticoncurrentiel a pour effet de réduire substantiellement la concurrence. Contrairement à l'approche structuraliste qui a longtemps guidé l'approche américaine pour faire interdire les positions dominantes au-delà d'un certain seuil de concentration, l'approche canadienne est tolérante face à la concentration économique. L'approche repose sur une analyse "cas-par-cas" qui doit conclure à des effets anticoncurrentiels importants.

Trois étapes d'évaluation servent à déterminer les abus de position dominante: 1) il faut définir le marché pertinent pour appréhender l'espace marchand sur lequel opèrent les entreprises; 2) il faut établir l'existence d'une position dominante sur ce marché; et, 3) il faut prouver qu'il y a abus de la position dominante par l'existence de comportements abusifs qui ont des effets substantiels sur la concurrence. La première étape est cruciale; elle délimite l'aire de marché qui sert à évaluer les sources de concurrence. L'élargissement du marché pertinent entraîné par la globalisation des

³⁰ La Canada Pipe était le seul fabricant de ce type de tuyau au Canada; elle détenait 85% de ce marché. Son concurrent était justement la U.S. Pipe, une entreprise opérant aux États-Unis qui distribuait ses produits par l'entremise de Louisbourg Construction. Le président de Canada Pipe, un citoyen américain, est aussi président de la U.S. Pipe.

marché et l'ALÉNA justifie une plus grande tolérance des positions dominantes³¹. Dans la deuxième étape, qui doit conclure au pouvoir de marché d'une entreprise, le critère de part de marché est pris en considération, mais il n'est pas déterminant³². Plusieurs autres critères doivent être considérés comme la part de marché des autres entreprises, les conditions d'entrée et de sortie sur le marché pertinent, l'intégration verticale, le contrôle de la distribution et la capacité excédentaire existante sur le marché. La troisième étape analyse les agissements anticoncurrentiels et évalue leurs effets sur le niveau de concurrence par rapport au niveau probable de concurrence en leur absence³³. Les effets doivent être substantiels, c'est-à-dire que la pratique doit créer des barrières à l'entrée qui permettent de préserver ou d'ajouter au pouvoir de marché de l'entreprise. En outre, le Tribunal doit considérer que les effets anticoncurrentiels peuvent résulter d'un rendement économique supérieur. Dans ce cas, il n'interviendra pas puisque cela réduirait l'efficacité économique.

Peu d'entreprises dominantes risquent de faire l'objet d'un démantèlement ou de faire face à des peines sévères; d'ailleurs, l'approche mise plutôt sur des mesures correctives pour éliminer les comportements abusifs. Les cas d'abus de position dominante soumis au Tribunal sont peu nombreux. Ils ont impliqué des entreprises qui détenaient des parts de marché supérieures à 85%, et dont les comportements abusifs étaient reliés à des pratiques contractuelles abusives³⁴. En 1990, le Tribunal a émis une première ordonnance contre l'abus de position dominante de NutraSweet, un producteur américain d'aspartame qui détenait 95% du marché canadien en 1989 et dont les pratiques empêchaient l'entrée de concurrent et limitaient la part de marché de son seul concurrent sur le marché canadien, Tosoh Canada³⁵. En 1992, le Tribunal a émis une deuxième ordonnance prohibitive contre Laidlaw, une entreprise de collecte de déchets, pour lui interdire l'acquisition de concurrents pour une période de trois ans et l'utilisation de certaines clauses contractuelles³⁶. En 1995, le Tribunal a ordonné à Nielsen de ne pas appliquer les clauses de ses contrats avec les épiciers et les pharmaciens canadiens lui procurant un accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique³⁷. Cette mesure visait à rendre les données accessibles aux

³¹ Lorsque la concurrence étrangère n'est pas incluse dans le marché pertinent, son impact concurrentiel sur le marché pertinent est, dans certains cas, pris en considération dans les étapes suivantes.

³² L'affaire *Laidlaw* a indiqué qu'une part de marché de 50% constitue un seuil minimum, ce qui suggère que les entreprises détenant une part de marché inférieure ne sont généralement pas dominantes.

³³ Les agissements peuvent inclure l'acquisition d'un client, l'utilisation temporaire de certaines marques de produits, l'achat de produits dans le but d'influencer les prix existants, la vente d'articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition ou l'acquisition d'un concurrent.

³⁴ Sauf dans le cas *Interac*, où ils étaient reliés au contrôle des réseaux électroniques nécessaires à la fourniture de services par guichet automatique.

³⁵ L'ordonnance prohibitive a requis la non-exécution de contrats d'approvisionnement exclusif et l'élimination de contrats de vente à rabais pour les clients qui utilisaient le logo de NutraSweet ou qui achetaient exclusivement à NutraSweet.

³⁶ Les acquisitions de concurrents par Laidlaw, certaines d'entre elles portaient la part de marché de Laidlaw à 100% sur certains marchés, ont été intégrées dans l'analyse mais le Tribunal a mis l'accent sur les pratiques contractuelles plutôt que sur cet aspect structurel.

³⁷ The D&B Companies of Canada contrôlait, par l'intermédiaire de sa filiale Nielsen, l'ensemble du marché canadien de fourniture de services de suivi du marché. Les contrats de Nielsen étaient de longue

concurrents potentiels, et notamment à IRI, un concurrent de Nielsen sur le marché américain qui se plaignait d'être incapable de pénétrer le marché canadien en raison des pratiques de Nielsen. En 1997, le Tribunal a rendu une ordonnance visant les pratiques anticoncurrentielles de Télé-Direct, une filiale des Bell Canada Entreprises (BCE), qui détient une part très importante du marché de publicité dans les annuaires téléphoniques. En 1996, le Tribunal a rendu une ordonnance par consentement contre Interac dont les pratiques limitaient l'accès aux réseaux des guichets automatiques, imposaient des frais excessivement élevés pour les nouveaux membres et restreignaient les types de services offerts et l'innovation.

Si le Canada est un des pays où la concentration économique est très forte, l'application de la loi confirme une attitude favorable vis-à-vis des positions dominantes sur le marché canadien. La jurisprudence n'a pas abouti au démantèlement d'entreprises dominantes. La loi est appliquée à un nombre limité de cas et des mesures correctives visant à empêcher les effets anticoncurrentiels sont préférées au démantèlement.

La tolérance face à la concentration est aussi remarquable au niveau des dispositions relatives aux fusions. La loi s'adresse aux opérations qui créent ou qui visent à créer une position dominante qui réduit, ou qui pourrait réduire, sensiblement la concurrence. Puisque ce sont les fusions de grande envergure qui suscitent généralement le plus d'inquiétudes, un mécanisme de préavis obligatoire s'applique aux opérations qui dépassent certains seuils de sensibilité³⁸. En général, le fusionnement ne sera pas contesté si la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35% après le fusionnement, ou lorsque la part de marché des quatre plus grandes entreprises (RC4) sur le marché est inférieure à 65% après la fusion. Si le RC4 dépasse 65% mais que la part de l'entreprise fusionnée est inférieure à 10%, le fusionnement ne sera pas contesté. Comme dans le cas des positions dominantes, le pouvoir de marché ne se limite pas à la part de marché et au niveau de concentration. D'autres critères doivent être pris en considération; l'un des plus importants "pour améliorer les chances des entreprises canadiennes de participer aux marchés mondiaux" est l'importance attribuée à la concurrence étrangère.

durée (5 ans) et ils incluaient une clause de la "nation la plus favorisée" qui obligeait tout concurrent à payer autant que Nielsen pour les données.

³⁸ Ces seuils sont plus élevés qu'aux Etats-Unis. Le premier seuil vise les fusions d'entreprises dont les éléments d'actif ou le revenu annuel brut sont supérieurs à 400 millions de dollars canadiens. Le deuxième seuil cible, premièrement, les acquisitions d'entreprises dont les éléments d'actifs ou les revenus sont supérieurs à 35 millions de dollars canadiens et donnent à l'entreprise acquérante 20% des votes d'une société cotée en bourse ou 35% des votes des sociétés non cotées en bourse, et, deuxièmement, les fusionnements entre entreprises qui impliquent des éléments d'actifs et des revenus supérieurs à 70 millions de dollars canadiens. La pré-notification obligatoire s'applique aussi aux sociétés étrangères qui font l'acquisition d'entreprises canadiennes, ainsi qu'à toute entreprise canadienne qui, en faisant l'acquisition d'une entreprise étrangère, ferait indirectement l'acquisition d'une entreprise canadienne. Dans le cas des entreprises étrangères, les opérations d'envergure seront aussi examinées par Investissement Canada qui évalue l'avantage net de l'investissement en fonction de six critères, incluant l'effet vraisemblable du fusionnement sur la concurrence.

Les lignes directrices ont d'ailleurs souligné l'importance accrue de la concurrence internationale en raison de la mondialisation des marchés, de l'importance accrue des investissements étrangers et des alliances stratégiques au Canada, de l'ALÉ ainsi que de l'ALÉNA, de la rationalisation de l'industrie européenne et de la concurrence de plus en plus vigoureuse des entreprises établies dans les nouveaux pays industrialisés (Canada, 1991). La concurrence étrangère peut justifier l'élargissement du marché pertinent au-delà des frontières du Canada et, dans ce cas, la part de marché d'une entreprise étrangère sera calculée de la même façon que celle d'une entreprise canadienne. Si le marché pertinent n'inclut pas la concurrence étrangère, l'analyse peut toutefois tenir compte des ventes des concurrents étrangers et des possibilités d'accroître les quantités vendues. Dans ce cas, une attention particulière sera accordée aux tarifs douaniers, aux contingents d'importation et aux accords de limitation volontaire des exportations, aux normes, aux conjonctures, aux taux de change, aux tendances technologiques, à l'impact de l'ALÉNA et des accords multilatéraux, à la connaissance du marché canadien des entreprises étrangères, aux alliances stratégiques, à la capacité excédentaire des entreprises, aux similitudes entre les structures de la demande et aux réseaux de transport. Plusieurs autres critères sont intégrés à l'analyse des fusionnements: la déconfiture d'une partie au fusionnement; la disponibilité de substituts acceptables et la possibilité que les acheteurs se tournent vers ces substituts; les barrières à l'entrée pour de nouveaux concurrents; la concurrence réelle restante suite à un fusionnement; la disparition d'un concurrent dynamique, efficace et innovateur; le changement et l'innovation sur le marché pertinent.

Le seuil d'entrave à la concurrence requis porte principalement sur la dimension des prix; une entité fusionnée doit pouvoir maintenir une augmentation de prix de 5% sur une période de 2 ans. On suppose que l'entité se comporte comme un monopole et l'examen consiste à vérifier si une concurrence réelle ou potentielle est capable de la discipliner³⁹. Dans le cas d'un fusionnement anticoncurrentiel, l'une des particularités de la politique de la concurrence du Canada est de permettre la défense d'efficacité⁴⁰. En cas de conflit entre les objectifs d'efficacité et de protection de la concurrence, les objectifs d'efficacité prévalent. Les effets de redistribution entre les acheteurs et les vendeurs n'entrent pas dans l'analyse qui met plutôt l'accent sur la somme des surplus des consommateurs et des producteurs. L'approche est fondée sur le "bien-être total", ce qui signifie que l'on considère exclusivement la perte sèche pour l'économie canadienne. Néanmoins, la condition de neutralisation doit être remplie; les gains en efficacité doivent être supérieurs ou égaux aux effets anticoncurrentiels. Dans cette

³⁹ Le marché est contestable si des concurrents peuvent, dans un délai minimal de deux ans, représenter une concurrence suffisante pour dissiper les risques d'un fusionnement. Ils doivent pouvoir récupérer les coûts d'investissement, les coûts de surmonter les avantages reliés à la différenciation des produits et les coûts reliés aux comportements stratégiques des entreprises en place.

⁴⁰ L'examen considère les gains de productivité et les gains d'efficacité dynamique. La défense d'efficacité comprend les gains de productivité (ex: économies d'échelle ou l'intégration d'activités qui permet la réduction des coûts) et les gains d'efficacité dynamique qui sont de nature plus qualitative (possibilité de lancement optimal d'un nouveau produit, élaboration de nouveaux procédés de production ou amélioration de la qualité des produits).

perspective, l'approche canadienne n'est sensible aux intérêts des consommateurs que dans les cas où les effets anticoncurrentiels sont plus importants que l'augmentation du surplus des producteurs. Le Canada est d'ailleurs le seul pays à prévoir explicitement la défense d'efficacité et à adopter une approche qui fait abstraction des intérêts des consommateurs dans l'analyse des fusionnements⁴¹.

Une attention particulière est accordée au lien entre les gains en efficacité et l'augmentation des exportations ou la substitution aux importations de produits étrangers. Il est spécifié que cette analyse ne vise pas à étendre la catégorie des gains en efficacité mais à inclure l'augmentation de production qui résulte du remplacement des importations ou de l'accroissement des exportations dans la production totale de l'entreprise fusionnée. Toutefois, le sens de ceci reste un mystère. Selon Dimic (1993), le législateur aurait confondu les effets de balance commerciale avec les gains d'efficacité, ce qui serait en accord avec l'objectif d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux. Mais si tel est le cas, la défense d'efficacité introduit des exigences de rendement qui sont incompatibles avec les engagements commerciaux du Canada.

La jurisprudence confirme la souplesse de la loi. Dans un contexte caractérisé par un nombre grandissant de fusionnements de grande importance, la loi n'a contesté que quelques fusionnements. Les données statistiques sur les fusionnements signifient que 1) le Bureau doit examiner un nombre croissant de transactions⁴²; 2) les examens impliquent de plus en plus des entreprises étrangères qui font d'importantes acquisitions au Canada⁴³; et, 3) les opérations de fusions réalisées par les entreprises canadiennes se font de plus en plus à l'étranger⁴⁴. Si d'un côté, la tolérance est la règle pour des raisons de compétitivité, de l'autre, elle l'est tout autant dans la mesure où la promotion des investissements étrangers constitue, avec celle des intérêts canadiens à l'étranger, l'une des grandes priorités de la politique économique canadienne.

⁴¹ Ce fut un élément contesté par le Tribunal dans l'affaire Hillsdown, nous y reviendrons.

⁴² Le nombre et la taille des fusionnements annoncés au Canada a augmenté très rapidement depuis 1993; de 895 en 1993, il a atteint 1262 en 1997. La valeur totale des fusionnements, de 35 milliards de dollars canadiens en 1993, est passée à 102 milliards de dollars canadiens en 1997 (Mergers and Acquisitions in Canada, 1997). Les transactions d'une valeur supérieure à 500 millions de dollars canadiens représentaient 40,9% des transactions en 1994 alors qu'elles représentaient 51,7% en 1997. La tendance ne suggère aucun ralentissement. Parmi les plus importants fusionnements annoncés, on retrouve l'acquisition de PolyGram NV par Seagram, celle de Bay Network par Nortel et la fusion de TransCanada Pipelines et de Nova Corp., celle de BCTel et de Telus et le projet Loblaws/Provigo; les projets Air Canada/Canadien, BCE/Télé globe, Dunohue/Abitibi-Consolidated, et Alcatel/Newbridge.

⁴³ Les fusions internationales prennent une importance accrue. Ceci est d'ailleurs un phénomène mondial; la CNUCED (1997) évaluait la valeur de ces opérations à près de 275 milliards de dollars américains en 1996 alors qu'elle était estimée à 162 milliards de dollars américains en 1993.

⁴⁴ Les fusions internationales dont le pays d'origine est le Canada ont augmenté de 7 à 22 milliards de dollars américains de 1993 à 1996; elles étaient alors deux fois plus importantes que les fusions internationales qui ciblent des entreprises sur le marché canadien. Cela va dans le sens des données relatives à l'investissement direct; les stocks d'IDI canadiens à l'étranger sont maintenant supérieurs aux stocks d'IDI au Canada.

Le nombre croissant de fusionnements de grande envergure se traduit par une augmentation considérable d'examens entrepris. Entre 1986 et 1998, le nombre d'examens amorcés est passé de 40 à 393. Cependant, par rapport au total des fusions, la proportion des fusions examinées n'a pas augmenté même si la taille des fusionnements est en nette progression; environ 80% des cas ne soulèvent aucune inquiétude et ne font l'objet d'aucun examen. Depuis le début des années 90, dans 95% des cas examinées, le Bureau a conclu qu'il n'y avait pas d'effets anticoncurrentiels (tableau I). En 1997-98, 403 ont été classés et dans 398 cas, le Bureau a jugé qu'il n'y avait aucun problème d'ordre concurrentiel; il y aurait eu trois projets abandonnés ou restructurés suite à l'examen et quatre demandes faites au Tribunal.

Tableau I: Examen des fusions, 1986-1997.						
	<i>Dossiers classés</i>	<i>pas de problème</i>	<i>(%)</i>	<i>Surveil lance</i>	<i>Abandon (tout ou partie) suite aux objections du DER</i>	<i>Demandes au Tribunal</i>
1986-87	26	17	65	5	3	1
1987-88	133	120	90	7	2	2
1988-89	182	166	91	10	2	4
1989-90	223	204	91	13	2	4
1990-91	183	170	93	10	1	3
1991-92	203	196	97	5	1	3
1992-93	207	198	96	4	3	3
1993-94	188	185	98	1	2	2
1994-95	189	183	97	2	3	2
1995-96	215	204	95	4	3	3
1996-97	306	296	97	2	0	3

Source: Rapports Annuels du DER (Canada, 1998a)

Des fusionnements examinés, quelques-uns seulement ont été portés devant le Tribunal. Depuis 1986, seulement 17 demandes au Tribunal avaient été faite en date du 31 mars 1998, et si l'on exclut les deux demandes qui portent sur des modifications d'ordonnances, il ne reste que 15 cas (tableau II). Dans plusieurs cas, le Directeur s'est désisté, notamment dans les cas Sanimal, Institut Merrieux, Pepsi-Cola, et Canadien Pacifique, ce qui porte le nombre de cas à 11. Dans la plupart des cas, le Tribunal a émis des ordonnances de consentement qui engageaient les entreprises à prendre certaines mesures correctives. Le cas le plus controversé fut celui de Southam.

Tableau II: Liste des demandes du DER au Tribunal concernant des affaires de fusions, 1986-1998.		
	<i>Dépôt de la demande</i>	<i>Décision du Tribunal</i>
Palm Dairies	1986-87	1986-87
Sanimal Industries	1987-88	1992-93
Air Canada	1987-88	1989-90
Institut Merrieux	1988-89	1988-89
Pepsi-Cola Canada	1988-89	1988-89
Asea Brown Boveri	1989-90	1989-90
Imperial	1989-90	1989-90
Southam	1990-91	1992-93
Hillsdown	1990-91	1991-92
Air Canada	1992-93	1993-94
Imprimerie Quebecor	1994-95	1994-95
Seaspan	1995-96	1996-97
Canadien Pacifique	1996-97	1997-98
Canada Waste	1996-97	1997-98
ADM	1996-97	1997-98
Southam	1997-98	1997-98
Canada Waste Services/Capital	1997-98	1998-99

Source: Tribunal de la concurrence, Rapport de rendement 1997-98. (Canada, 1998b)

Le rôle de la concurrence étrangère est un élément important qui a limité le nombre de demandes au Tribunal. À la fin des années 80, la concurrence étrangère a joué un rôle dans l'examen de la fusion de Michelin et Uniroyal et dans le cas Consumer Packaging (Khemani et Shapiro, 1993). En 1997, la fusion de Corporation Stone Consolidated et de Abitibi-Price, qui allait créer le premier producteur mondial de papier journal, fut autorisée puisque le Directeur estimait que la nouvelle entreprise, avec 30% du marché, faisait face à des concurrents importants, notamment Donahue, Avenor et Kruger. L'éventuelle entrée de concurrents américains a aussi justifié l'autorisation du fusionnement de FIGC (Smith Books) et Coles Books, une filiale de Southam. Ceci, malgré la grande part de marché de l'entité fusionnée.

En 1997, l'importation de capsules à vide métalliques a eu une importance significative dans la décision du Directeur de ne pas s'opposer à l'acquisition de Carnaudmetalbox par Crown Cork and Seal Company, une filiale de Crown U.S. Les deux fabricants contrôlaient l'ensemble du marché canadien et le Bureau redoutait les effets de la transaction et ceci, principalement, en raison de l'existence d'un contrat conclu aux États-Unis entre Crown et White Cap, le plus important fabricant en Amérique du Nord. Ce contrat avait pour effet d'interdire la vente de capsules par

White Cap sur le marché canadien sans l'autorisation de Crown, et vice-versa sur le marché américain. Le Bureau a décidé de ne pas s'opposer à la transaction lorsque Crown s'est départi de certains droits découlant de cet accord, ce qui assurait une deuxième source d'approvisionnement.

Dans les cas soumis au Tribunal, le Directeur s'est désisté plusieurs fois, ou il a réduit ses demandes, en raison de changements sur le marché, notamment en rapport avec la concurrence étrangère. L'entrée de concurrents étrangers est la raison pour laquelle, en 1997, il a demandé de suspendre les procédures contre l'acquisition du Groupe Cast North America par l'Agence Canada Maritime, une filiale du Canadien Pacifique⁴⁵. En 1989, en raison de la mise en place de l'ALÉ, l'entrée éventuelle de concurrents américains avait aussi été un facteur important dans l'autorisation de l'acquisition des activités de transport et de distribution d'électricité de Westinghouse Canada par Asea Brown Boveri (ABB)⁴⁶. En 1992, la concurrence étrangère a aussi justifié la décision du Directeur de retirer la demande qu'il avait faite en 1987 pour faire annuler deux fusions qui avaient permis à Sanimal Industries (Sanimal) d'accroître sa part du marché de la fonte de graisses animales⁴⁷. La notion de concurrence potentielle provenant de l'étranger a aussi été un élément important dans le cas de l'acquisition par ADM Agri-Industries (filiale canadienne de la société Archer-Daniels-Midland, Illinois) des activités canadiennes de minoterie (farine de blé) de Maple Leaf Mills⁴⁸.

La défense d'efficacité n'a pas été un facteur déterminant dans la jurisprudence; elle n'a d'ailleurs été explicitement invoquée que dans l'affaire *Hillsdown*⁴⁹. Ce fait ne signifie pas que l'orientation de la politique de la concurrence vers l'objectif

⁴⁵ Cette affaire a été très contestée. Le Tribunal a accepté de suspendre l'affaire pour permettre au Bureau d'évaluer si l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, notamment Maersk Canada, Sea-Land Services et P&O Nedlloyd, était susceptible de remédier à la diminution de la concurrence résultant du fusionnement. Comme au 31 mars 1998, date limite pour rouvrir l'affaire, le Directeur n'avait pas fait de demande au Tribunal, elle fut abandonnée.

⁴⁶ Dans ce cas, le Directeur a exigé des mesures complémentaires pour tenir compte de la possibilité que l'entrée de la concurrence étrangère ne se réalise pas. Ces mesures obligeaient ABB à un dessaisissement éventuel en fonction des conditions d'importations de certains intrants et de la concurrence étrangère. Le décret fut prorogé; l'entrée attendue de McGraw Edison (filiale de Coopers Industries) comme fournisseur de transformateurs au Canada ne s'était pas concrétisée.

⁴⁷ Le Tribunal avait ordonné la dissolution des fusions mais le Directeur a retiré sa demande de dessaisissement en raison de l'entrée d'un concurrent américain et de la concurrence accrue du fondoir appartenant à Hillsdown Holdings Canada. Ce cas fut particulièrement litigieux puisque la défense a remis en cause la constitutionnalité de la *Loi sur la concurrence* et celle de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, ce qui a rendu difficile l'application de la loi entre 1990 et 1992. L'affaire s'est rendue devant la Cour suprême qui, en juillet 1992, a confirmé la constitutionnalité de la loi.

⁴⁸ Le Directeur a conclu que la transaction diminuerait sensiblement la concurrence au Québec et dans les provinces maritimes mais qu'en Ontario, la U.S. Milling Company de Buffalo deviendrait un concurrent important et empêcherait une diminution sensible de la concurrence. La demande au Tribunal n'a porté que sur la vente d'une minoterie au Québec.

⁴⁹ Les gains en efficacité ont aussi été abordés dans la décision du Tribunal, en 1989, en rapport au fusionnement d'Imperial Oil et de Texaco Canada, mais comme dans l'affaire Hillsdown, cet élément n'a pas été déterminant dans la décision.

d'efficacité ne s'est pas matérialisée et que les gains en efficacité n'ont pas eu d'importance dans l'autorisation des fusionnements. Le Bureau et le Directeur (maintenant le commissaire) ont pris en considération les gains en efficacité (Sanderson, 1995)⁵⁰. En réalité, l'impact de la défense d'efficacité est principalement limité par le fait que la politique de la concurrence n'a pas bloqué un très grand nombre de fusionnements en jugeant les effets anticoncurrentiels insuffisants; le recours à la défense d'efficacité n'a donc pas été nécessaire.

Un débat important sur la défense d'efficacité est cependant survenu dans le cadre de l'affaire Hillsdown et il a porté sur une controverse au sujet de l'interprétation de l'article 96 et sur la validité et la signification de l'approche du "bien-être total"⁵¹. Un membre du Tribunal suggérait que l'article 96 signifie d'accorder plus de poids aux gains en efficacité lorsque les effets néfastes d'un fusionnement, tant au niveau du transfert entre les producteurs et les consommateurs qu'au niveau des inefficacités, n'étaient pas établis de façon certaine. Le Directeur a argué que si l'intention avait été de prévenir les effets sur les prix à la consommation, ceci aurait été spécifié dans le texte, et qu'une telle interprétation enlèverait toute pertinence à l'article 96⁵². Cette tension avait déjà, rappelons-le, été un aspect controversé dans les débats autour de la réforme de la politique de la concurrence dans les années 70 lorsqu'il fut question de faire dépendre la défense d'efficacité sur les bénéfices aux consommateurs. Cela dit, l'approche du "bien-être total" n'a pas été remise en cause par ce débat et elle pourrait d'ailleurs gagner en importance dans les cas futurs en raison de la multiplication des méga-fusionnements et de l'exposition croissante des entreprises canadiennes à la concurrence étrangère (Sanderson, 1995).

Certaines propositions ont, par ailleurs, été faites pour rendre la défense d'efficacité conditionnelle à la réalisation des gains en efficacité par l'entité fusionnée dans le cadre de la surveillance de 3 ans autorisée par la loi. Le Bureau ne fait pas de suivi exhaustif pour vérifier si les gains en efficacité se sont réalisés, mais dans les quelques cas où il a effectué une surveillance, les données recueillies ne permettent pas de conclure. Dans certains cas, les gains en efficacité ont été supérieurs alors que, dans d'autres, il s'est avéré que les fusionnements n'avaient pas du tout généré les gains en efficacité annoncés. Pour Sanderson (1995), la proposition d'une défense d'efficacité conditionnelle bute sur deux problèmes majeurs: 1) elle nécessiterait la séparation de l'entité fusionnée pour permettre un éventuel démantèlement, ce qui limiterait les possibilités de réaliser les gains en question; et, 2) plus fondamentalement, le travail des autorités prendrait une dimension réglementaire pour surveiller le comportement et

⁵⁰ Ils procèdent à une évaluation hypothétique comparative des effets anticoncurrentiels et des gains en efficacité invoqués par les parties. Le Bureau reconnaît la difficulté de prévoir les effets des fusionnements sur l'efficacité économique, mais il considère néanmoins que le degré de difficulté n'est pas supérieur à celui de prévoir les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement ou les réponses des entreprises rivales.

⁵¹ Le Tribunal n'a cependant pas proposé d'autres approches. Pour une discussion de cette affaire et de la défense d'efficacité, voir Crampton (1993).

⁵² Aux États-Unis, les gains en efficacité sont pris en considération, mais l'utilisation d'un "price test" est requis. Les gains en efficacité ne peuvent impliquer une augmentation des prix à la consommation.

les décisions des entreprises, ce qui contredit la philosophie de base qui est de s'en remettre au marché.

Somme toute, la concurrence internationale et les gains en efficacité justifient la plupart des fusionnements. Très peu de cas ont impliqué des ordonnances de dessaisissement partiel par le Tribunal. Le plus litigieux concerne l'affaire Southam/Lower Mainland Publishing. En 1990, le Directeur avait demandé au Tribunal d'exiger de Southam la vente de *The Vancouver Courier*, le *North Shore News* et le *Real Estate Weekly*⁵³. L'ordonnance du Tribunal de 1993 n'a porté que sur la vente de l'un de ces deux journaux; elle fut contestée par le Directeur et par Southam. En 1995, Southam a contesté la décision de la Cour d'appel fédérale qui avait infirmé la décision du Tribunal en faveur du Directeur⁵⁴. En 1997, la Cour suprême a conclu, en faveur de Southam, que la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû infirmer la décision du Tribunal mais elle a aussi rejeté l'appel de Southam relativement à la décision du Tribunal. Southam devait, conformément à l'ordonnance du Tribunal, se départir du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly*. Alléguant un changement de circonstances, Southam a demandé la modification de l'ordonnance pour ne vendre que l'édition du North Shore, du *Real Estate Weekly*. Cette demande fut rejetée par le Tribunal en 1998. Après huit ans de controverses, le dessaisissement n'avait pas encore été réalisé. Quelques mois plus tard, Southam fit une nouvelle demande de modification de l'ordonnance du Tribunal pour ne vendre que l'édition du North Shore; le Directeur a finalement acquiescé.

En 1996, six ans après le début de l'affaire Southam, le Directeur a contesté des fusionnements intervenus sur le marché de fourniture de remorqueurs dans le port de Vancouver; il s'agit de l'affaire Seaspán. La demande de dessaisissement fut contestée par Seaspán. Suite à l'ordonnance du Tribunal, Seaspán a fait une demande de modification en raison de l'arrivée d'un nouveau concurrent, Tiger Tugz, sur le marché. Le Directeur a accepté et remplacé sa demande initiale de dessaisissement par une demande d'ordonnance par consentement. Finalement, l'entreprise n'a pas eu à procéder au dessaisissement.

En somme, l'application de la politique de la concurrence a été très favorable aux fusionnements d'entreprises. Le nombre d'examen a augmenté de 100% depuis 1994, mais moins de 15 fusions ont fait l'objet d'une demande au Tribunal en vue de dessaisissement partiel et dans plusieurs cas le Directeur a retiré sa demande initiale. Aussi, moins de trois fusions par année ont été abandonnées ou restructurées suite aux objections du Directeur. Le Bureau favorise donc des solutions négociées entre les

⁵³ Southam avait fait l'acquisition de 13 journaux communautaires, d'une publication immobilière et de plusieurs entreprises de distribution et d'imprimerie dans la région de Vancouver. En 1992, le Tribunal a conclu que l'acquisition par Southam du *The Vancouver Courier* et du *North Shore News* ne nuirait vraisemblablement pas à la concurrence mais que l'acquisition du *North Shore News* et du *Real Estate Weekly* diminuerait sensiblement la concurrence sur le marché de publicité immobilière. Le Tribunal a considéré que la vente de l'une des publications réduirait les effets anticoncurrentiels de la fusion.

⁵⁴ La Cour d'appel fédérale a statué que le Tribunal n'avait pas appliqué le critère approprié pour définir le marché du produit et que l'affaire devait être présentée à une nouvelle formation du Tribunal.

parties aux fusionnements et le Directeur. Dans les cas les plus récents, l'acquisition de Scott Paper par Kimberly-Clark, réalisée aux États-Unis en décembre 1995, fut autorisée après que Kimberly-Clark ait annoncé son intention de se départir de sa participation majoritaire dans Scott. Cette mesure faisait suite aux réserves du DER mais surtout à la décision américaine d'autoriser la transaction à condition que l'entreprise vende des usines aux États-Unis, en Europe, au Mexique et au Canada. Ce n'est pas la seule affaire où une décision américaine a eu un impact sur l'autorisation d'un fusionnement au Canada. Dans le cas de la fusion des entreprises suisses, Ciba-Geigy et Sandoz, en vue de créer Novartis, un examen a conclu que le fusionnement réduirait la concurrence mais le Bureau a autorisé la fusion suite à un accord entre les parties et la Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis relativement à un certain nombre de dessaisissements et d'octrois de licences, tant aux États-Unis qu'au Canada. Dans ces affaires, les mesures exigées par les autorités américaines éliminaient les risques d'effets anticoncurrentiels des fusions sur le marché canadien.

En 1997, l'autorisation de la transaction entre Videotron et CFCF a suivi l'exigence du CRTC concernant la vente de TQS pour réduire l'incidence de la transaction sur l'offre de temps d'antenne et sur l'achat d'émissions de langue française à des producteurs indépendants. La même année, Canada Waste Services (CWS) a consenti à un dessaisissement partiel avant de faire l'acquisition de l'entreprise de gestion des déchets solides non dangereux de Laidlaw. Plus récemment, lorsque CWS a annoncé l'acquisition de WMI Waste Management of Canada (WMI), le Bureau a jugé qu'un dessaisissement partiel serait nécessaire; un accord étant intervenu avec l'entreprise et la transaction ne fut pas contestée.

Le Bureau s'est toutefois opposé aux projets de fusionnement des banques suite à un examen qui fut de loin le plus exhaustif et le plus important; le total des actifs des quatre banques impliquées atteignaient près de 600 milliards de dollars canadiens⁵⁵. Présentant leurs fusions comme la réponse canadienne à la concurrence des sociétés étrangères sur le marché canadien et sur le marché mondial, les banques canadiennes ont mis l'accent sur l'importance qui devrait être accordée à la concurrence étrangère et aux gains en efficacité⁵⁶. Le Bureau a jugé que les fusions soulevaient des interrogations sur certains marchés et que le rôle de la concurrence étrangère, de l'innovation et de l'efficacité ne pouvaient, dans le délai requis par la loi, éliminer les effets anticoncurrentiels des fusions. Fondamentalement, cette décision ne remet pas en

⁵⁵ L'annonce du fusionnement de la Banque Royale et de la Banque de Montréal en janvier 1998 et celle, en avril suivant, du projet de fusion de la CIBC et de la banque Toronto-Dominion, ont exercé des pressions sur le processus de modification du cadre réglementaire du système financier.

⁵⁶ Depuis 1998, les regroupements d'institutions financières s'étaient multipliés à l'étranger. Aux États-Unis, on observait les fusions de Citicorp et de Travelers, de Nations Bank et Bank America, et de la First Chicago avec Bank One. En Suisse, le Crédit Suisse avait annoncé l'acquisition de Winterthur. En Grande-Bretagne, le HSBC développait ses opérations internationales en Amérique du Sud et de grandes manœuvres ont aussi lieu en Allemagne et au Japon. En novembre 1998, c'était au tour de la Deustch Bank d'annoncer une fusion avec une banque américaine, la Banker's Trust, ce qui la plaçait au premier rang mondial.

cause la philosophie générale des autorités qui favorisent les objectifs d'efficacité et de compétitivité internationale⁵⁷.

La loi n'est donc pas très interventionniste. Elle tente ainsi de faciliter les restructurations qui doivent permettre aux entreprises canadiennes d'améliorer leur compétitivité, leur capacité d'innover et leur efficacité sans entraîner d'effets négatifs sur la concurrence pour rencontrer les exigences mondiales de la concurrence⁵⁸. Ainsi, puisque le marché s'élargit un grand nombre de pratiques commerciales qui auraient soulevé des problèmes sont actuellement tolérées par les autorités. Elles considèrent par ailleurs que le libre-échange atténue les problèmes de concurrence au Canada (Dimic, 1993). L'approche canadienne suppose qu'il existe peu de raisons d'intervenir en autant que les barrières institutionnelles et réglementaires soient éliminées. De la politique de la concurrence, on attend donc qu'elle joue un rôle pro-actif qui aille dans le sens des réformes réglementaires et des politiques de libéralisation des échanges, et, ce faisant, en renforce les effets. Ce rôle pro-actif réduit, en quelque sorte, le rôle coercitif de la politique de la concurrence; plutôt que de faire intervenir la politique de la concurrence, le Bureau tente de favoriser la concurrence sur le marché canadien par le biais d'autres politiques qui peuvent accroître la contestabilité du marché.

La politique de la concurrence s'inscrit effectivement dans le cadre plus large des nouvelles orientations de la politique économique canadienne qui sont de faire valoir une discipline concurrentielle fondée sur la libre concurrence et le libre-échange, le rôle du secteur privé dans l'amélioration de l'efficacité et la croissance des activités internationales des entreprises. Certes, l'application de la loi n'est pas le seul moyen de promouvoir la concurrence (Anderson et Khosla, 1995). La politique de la concurrence n'opère pas en vase clos; elle a des incidences sur l'économie et sur les entreprises canadiennes et elle interagit avec les autres aspects de la politique économique canadienne.

Le rôle pro-actif de la politique de la concurrence consiste à promouvoir l'existence d'un environnement concurrentiel propice à l'innovation fondé sur les forces du marché⁵⁹. Il a été particulièrement important dans le processus de libéralisation commerciale et de déréglementation de l'économie canadienne. Le Bureau a fourni les informations de base pour définir la position du Canada lors des négociations de l'ALÉ et participé directement aux négociations de l'ALÉNA. Ces accords de libre-échange prévoient aussi la participation du Bureau dans les travaux du Groupe de travail sur la concurrence. Le Bureau fait aussi des recommandations au Tribunal canadien du

⁵⁷ Il serait d'ailleurs étonnant que les fusionnements des banques ne soient pas, à un moment ou à un autre, autorisés, d'autant qu'ailleurs dans le monde, les fusionnements se multiplient et que la taille relative des banques canadiennes sur le marché mondial après la réalisation des fusions serait toujours petite face aux institutions étrangères.

⁵⁸ Elle est d'ailleurs favorable aux alliances stratégiques qui sont perçues comme une réponse des entreprises aux nouvelles pressions concurrentielles (Canada, 1995b).

⁵⁹ Une grande partie du rôle pro-actif de la politique de la concurrence découle des dispositions qui donnent au DER le droit d'intervenir devant les organismes de réglementation, les tribunaux administratifs et d'autres organismes fédéraux.

commerce extérieur (TCCE)⁶⁰. Il a aussi fait la promotion de la concurrence dans les secteurs réglementés afin de guider ces industries vers la “voie dynamique de la discipline de marché”, et d’assurer qu’elles continuent à évoluer dans “des domaines concurrentiels, efficaces et innovateurs à l’avenir” (Canada, 1998a (1995), p. 11).

Le resserrement des rapports entre les divers aspects de la politique économique et la politique de la concurrence est un fait marquant des années 90 puisque la politique de la concurrence est perçue comme un élément clé d’une politique industrielle efficace axée principalement sur l’élimination des entraves au fonctionnement du marché⁶¹. La nouvelle loi a amélioré plusieurs aspects du cadre réglementaire de la concurrence au Canada, ce qui n’était pas très difficile en raison de l’inefficacité de la loi précédente. Cependant, à plusieurs égards, elle ne peut être considérée en tant qu’instrument anti-monopolisation; elle définit plutôt le degré de monopolisation justifiable sur le marché canadien et les critères d’acceptabilité des pratiques commerciales dans le contexte de globalisation économique. Elle joue désormais un rôle stratégique important au sein de la politique économique canadienne qui s’apparente au rôle traditionnellement joué par les politiques industrielles. C’est surtout la prise en compte de la dimension internationale qui explique cette nouvelle orientation de la politique de la concurrence.

⁶⁰ En 1998, le Bureau a présenté un mémoire contestant la décision du TCCE d’imposer des droits de 148% sur l’importation de nourritures pour bébés des États-Unis par Gerber suite à une plainte de dumping. En 1996, le DER a obtenu une nouvelle enquête du TCCE qui a consenti de prendre en considération les questions de concurrence dans le cas du sucre.

⁶¹ Les modifications apportées à la loi en 1999 ont accentué le virage pro-actif de la politique de la concurrence en réduisant le fardeau réglementaire des entreprises dans les cas les moins graves. Le renforcement de la politique de la concurrence repose paradoxalement sur une approche d’allègement du cadre réglementaire. Par exemple, en ce qui concerne les fusions, “si les propositions renforcent le processus d’examen des fusions, elles réduisent d’environ 15 pour-cent le nombre de transactions dans lesquelles nous serons impliqués” (Finckenstein, 1998e).

DIMENSION INTERNATIONALE

Le rôle de la politique de la concurrence est intimement lié à sa dimension internationale. L'espace économique des entreprises étant dorénavant global, ou du moins nord-américain, la dynamique concurrentielle peut difficilement être abordée en prenant uniquement pour cadre d'analyse l'espace de souveraineté des États. La ligne juridique qui sépare le marché national du marché international devient de moins en moins nette. D'un côté, la concurrence devient globale ce qui implique que la loi tienne compte des conditions de concurrence qui existent au-delà des frontières nationales. De l'autre, les conditions dites "internes" ont aussi des effets externes importants sur les entreprises et les États étrangers, le problème n'étant plus, dès lors, un simple problème de champ d'application de la loi mais plutôt de prise en compte des effets, recherchés ou non, que peuvent avoir les différentes politiques de la concurrence les unes sur les autres de même que sur les conditions de la concurrence sur les marchés.

Dans la mesure où les entreprises canadiennes sont en concurrence avec des entreprises étrangères et que le marché sur lequel elles opèrent dépasse les frontières domestiques, une politique de la concurrence trop rigoureuse sur le marché canadien peut faire obstacle à l'amélioration de leur performance économique, surtout lorsque les entreprises étrangères n'ont pas à respecter les mêmes règles. Trop souple, cette politique risque d'accorder aux entreprises nationales un avantage de marché, voire même de créer des situations injustifiées de positions dominantes.

L'application de la politique de la concurrence du Canada fut considérablement affectée par les investissements directs au Canada et la présence massive des FMN sur le marché canadien, avec le résultat que la politique de la concurrence a été assouplie dans son application et modifiée pour prendre en considération la concurrence étrangère, la protection du consommateur étant mieux assurée qu'elle ne l'était auparavant (Castel, 1988). Plus récemment, la transnationalisation des entreprises canadiennes a aussi eu un impact sur l'orientation de la politique de la concurrence, le problème n'étant plus alors tant de protéger le consommateur canadien que de s'assurer que les entreprises canadiennes puissent rivaliser à armes égales avec leurs rivales sur les marchés internationaux. La nouveauté de la politique de la concurrence réside dans le fait 1) que les objectifs de compétitivité internationale sont maintenant explicitement intégrés dans le texte de la loi; et, 2) que la concurrence n'est plus simplement envisagée en rapport avec les conditions d'efficacité qui devraient prévaloir sur un marché domestique ouvert, mais avec celles qui devraient prévaloir sur des marchés globaux.

Ainsi, les critères d'efficacité, incluant l'innovation, et de compétitivité internationale se combinent-ils pour accroître la marge de manœuvre des entreprises,

ce qui a pour effet de rendre tout à fait secondaires dans l'examen des cas les deux autres critères que sont la dispersion du pouvoir économique et la défense des intérêts des consommateurs. Cette nouvelle approche part d'un double présupposé; la concurrence internationale limite les effets anticoncurrentiels des pratiques restrictives des entreprises et les gains en efficacité et en compétitivité justifient la réduction de la rivalité entre les entreprises. De ceci, on peut tirer trois conséquences.

Tout d'abord, la concurrence étrangère se substitue au rôle de la politique de la concurrence dans la régulation de la concurrence et la défense des intérêts des consommateurs. Ensuite, comme les entreprises peuvent se prévaloir des critères d'efficacité et de compétitivité en cas de fusions ou d'alliances, leur acceptation devient tacite (du moins en autant que les procédures administratives sont suivies) et l'examen des positions dominantes devient pratiquement impossible à mener. Enfin, la politique de la concurrence joue dans le développement économique du pays un rôle qui, traditionnellement, était assigné aux politiques industrielles et commerciales. Ce rôle est d'autant plus ambigu que, d'un côté, de la politique de la concurrence on attend qu'elle joue un rôle pro-actif dans l'adaptation de l'économie canadienne aux évolutions de l'économie mondiale, et d'un autre côté, sa grande tolérance envers la concentration économique a pour effet de faire de celle-ci un instrument stratégique pour la conquête des marchés extérieurs.

La politique de la concurrence se trouve, par conséquent et malgré les efforts de coopération internationale, en concurrence systémique avec les politiques de la concurrence étrangères. Certes, pour atteindre les entreprises qui agissent de manière anticoncurrentielle sur les marchés internationaux, pour réaliser les objectifs de l'OMC et réduire les conflits de juridiction, la coopération internationale en matière de concurrence a pris une grande importance depuis une dizaine d'années. Il est toutefois significatif de constater, malgré certains exemples très médiatisés de coopération, que les politiques de la concurrence ont surtout pris une dimension stratégique qui se traduit dans l'assouplissement des lois lorsqu'il s'agit de promouvoir le compétitivité internationale des entreprises et du territoire et dans le renforcement des lois lorsqu'il s'agit de contrer les pratiques anticoncurrentielles étrangères, et ceci non seulement en rapport avec leurs effets sur les économies nationales mais aussi au niveau des effets qu'elles ont sur les conditions de la concurrence sur les marchés internationaux. Conséquence : la souplesse de l'un pays motive en quelque sorte le renforcement ou les plaintes de l'autre⁶².

Ceci est clair dans le cas des cartels à l'exportation. Les lois nationales leur sont de plus en plus favorables alors qu'elles les interdisent lorsque, de l'étranger, ils réduisent la concurrence. La loi canadienne en est certainement l'exemple par excellence de souplesse mais les lois étrangères s'assouplissent. Aux États-Unis, contrairement au Canada, les cartels à l'exportation doivent être inscrits dans un registre, que

⁶² Exemple : Les modifications apportées en 1993 au National Cooperative Research Act des États-Unis qui exigent que les installations de la co-entreprise soient situées aux États-Unis ont été dénoncées par le Canada pour leurs effets discriminatoires (Luton, 1995).

l'exemption ne peut être accordée lorsque les cartels d'exportation ont un effet sur le marché intérieur et que l'application de la loi Sherman ne requiert pas une preuve de réduction excessive de la concurrence⁶³. Toutefois, la nouvelle approche américaine a assoupli la loi en matière de cartels à l'exportation. En 1982, les dispositions d'exemption ont été assouplies par l'adoption du Titre III de l'Export Trading Company Act (ETCA); l'emphase sur la prévention des effets des cartels à l'exportation sur le commerce intérieur ou sur le commerce des autres exportateurs américains fut remplacée par l'examen de leurs effets sur les prix aux États-Unis ainsi que sur la concurrence interne et le commerce international des États-Unis.

L'approche américaine se trouve de plus en plus façonnée par les défis de la concurrence internationale. La justification des cartels est de plus en plus fondée sur l'existence d'obstacles à l'accès sur les marchés étrangers (Pitofsky, 1993)⁶⁴. La rigueur de la politique de la concurrence est désormais perçue comme un frein aux activités internationales des entreprises américaines et il est révélateur de constater que depuis quelques années, le *Foreign Trade Anti-Trust Improvement Act* (FTATIA) a réduit la portée des lois américaines en ce qui concerne les cartels à l'exportation formés à l'étranger par des entreprises américaines qui n'affectent que les marchés étrangers. Par contre, les principes directeurs pour l'application des lois antitrust aux opérations internationales adoptés en 1998 (États-Unis, 1998) confirmé que les comportements anticoncurrentiels qui ont un impact sur le commerce intérieur ou extérieur des États-Unis, peu importe où ils sont exécutés ou la nationalité des firmes impliquées, peuvent constituer des infractions aux lois américaines⁶⁵.

L'exemple des fusionnements est aussi révélateur. Le Canada est encore une fois le pays dont la législation est la plus souple. Toutefois, l'importance de la concurrence étrangère et des objectifs d'efficacité est de plus en plus remarquable à l'étranger. Aux États-Unis, l'assouplissement de la politique en matière de fusionnements qui créent ou renforcent une position dominante est significatif. La loi pas été modifiée depuis 1978, les débats autour de l'action antitrust dans un contexte de globalisation économique ont graduellement élargi et assoupli les critères d'examen inscrits dans les lignes directrices sur les fusions pour tenir compte des objectifs d'efficacité⁶⁶. Les

⁶³ La rigueur de la loi Sherman a rendu nécessaire de spécifier, bien avant la loi canadienne, les modalités d'exception de ces ententes avec l'adoption du *Webb-Pomerene Act* en 1918.

⁶⁴ Au début des années 80, une entreprise japonaise de fabrication de papier (Daishowa), et sa filiale américaine, ont intenté une poursuite contre un cartel d'exportation de bois (North Coast Export) qui refusait de la fournir en copeaux de bois. Le cartel à l'exportation s'est défendu en accusant à son tour Daishowa de coopérer avec des acheteurs japonais pour l'importation des produits. Daishowa a posé la question de l'exemption réciproque du cartel à l'importation lorsqu'il traite avec un cartel à l'exportation, mais cette demande d'exemption fut rejetée. Il est bien évident que dans la perspective nationale, l'exemption des cartels à l'importation est difficilement justifiable. Ce cas illustre que l'instrumentalité stratégique est inhérente à l'orientation nationale des politiques de la concurrence.

⁶⁵ En 1992, le Département de la Justice a confirmé qu'il était prêt à prendre des mesures contre des activités étrangères qui limitaient les exportations américaines, voir Griffin (1992).

⁶⁶ S'appliquent ici la loi Sherman, la Section 7 de loi Clayton (1914), la loi Celler-Kefauver (1950) qui a amendé la loi Clayton, la Section 5 du Federal Trade Commission Act (1914) et la loi Hart-Scott-Rodino (1978) sur la pré-notification des transactions les plus importantes.

dispositions de 1992 sur les fusions soulignent qu'il importe d'éviter les actions contre les fusionnements qui n'auraient pas d'effets sur la concurrence en raison de gains en efficacité générés par les fusionnements. Celles de 1997 ont renforcé la prise en compte des gains en efficacité; elles ont suivies la publication d'un rapport de la FTC sur la politique de la concurrence dans un contexte de globalisation des marchés et sur l'importance croissante du développement technologique (États-Unis, 1996) qui mettait l'emphase sur l'importance des fusions et des accords de coopération, comme les alliances stratégiques, pour assurer la compétitivité et l'efficacité des entreprises américaines face à la concurrence étrangère, que ce soit aux États-Unis ou ailleurs.

Il serait aussi question d'accorder plus d'importance à la défense d'efficacité lorsque les entreprises américaines se trouvaient en concurrence avec des entreprises dont les pays d'origine n'ont pas de dispositions relatives aux fusionnements ou, comme c'est le cas du Canada, qui attribuent plus d'importance aux considérations d'efficacité économique qu'aux effets anticoncurrentiels (Pitofsky, 1992). Il existe aussi un débat sur le principe, fondamental aux États-Unis, que les gains en efficacité entraînent des bénéfices pour les consommateurs⁶⁷.

Un autre élément important des nouveaux débats est la concurrence étrangère⁶⁸. En général, lorsque les autorités évaluent la nécessité d'inclure la concurrence étrangère dans le processus de détermination du marché pertinent, elles considèrent les ventes des entreprises étrangères aux États-Unis et les barrières à l'entrée. Cette approche rencontre toutefois quelques problèmes (Constantine, 1995). Par exemple, dans l'affaire Kodak (1995), bien que les faits démontraient le pouvoir de marché de Kodak aux États-Unis, la cour a jugé que le marché pertinent était le marché mondial, ce qui a permis d'inclure la concurrence de Fuji⁶⁹.

Ces questions font actuellement l'objet de débats aux États-Unis, mais il apparaît clairement que les considérations d'efficacité sont de plus en plus importantes en raison de l'emphase accrue sur la compétitivité des entreprises américaines dans un contexte de globalisation économique. Ces débats affectent aussi le droit de la concurrence européen. En revanche, les politiques de la concurrence sont de plus en plus préoccupées par les fusionnements étrangers.

La décision de la Commission Européenne la plus connue en matière de fusionnements est certainement celle qui a bloqué l'acquisition de l'entreprise De

⁶⁷ À cet égard, Pitofsky (1996) fait écho à la réponse du Directeur dans l'affaire Hillsdown en suggérant que la défense d'efficacité doit justement servir à évaluer si les pertes au niveau concurrentiel peuvent être compensées par les gains en efficacité, ce qui signifie qu'elle s'appliquerait à des situations où les prix à la consommation ne reflètent pas nécessairement les surplus générés par les gains en efficacité.

⁶⁸ En 1986, l'administration Reagan avait d'ailleurs proposé d'accorder des exemptions aux industries menacées par la concurrence étrangère.

⁶⁹ Le gouvernement considérait que le marché pertinent était le marché américain puisque Kodak détenait 67% du marché, ce qui représentait une part de marché six fois plus grande que celle de Fuji. La cour a fondé sa décision d'élargir le marché pertinent sur la théorie de Landes et Posner (1981). Selon ces derniers, le marché pertinent prend une dimension mondiale lorsque les entreprises étrangères ont une part de marché de seulement 5% et une capacité excédentaire.

Havilland (Canada) par Aerospatiale (France) et Alenia (Italie). La transaction avait été autorisée par le Canada où la transaction devait avoir lieu et elle aurait permis aux entreprises de contrôler 50% du marché mondial et 67% du marché européen des avions régionaux de 20 à 70 sièges ce qui, selon la Commission, réduirait la concurrence effective. Plus récemment, la Commission Européenne a annoncé qu'elle bloquerait un fusionnement sur le marché de l'aluminium impliquant Alcan et des entreprises européennes. Rappelons qu'elle s'est opposée aussi à la fusion Boeing-McDonnell Douglas⁷⁰. L'affaire Boeing-McDonnell Douglas est significative en raison du fait que la Commission Européenne appliquait sa politique de la concurrence à un fusionnement de deux entreprises étrangères⁷¹. Cette affaire aurait pu avoir des conséquences importantes sur les relations économiques internationales mais la Commission a décidé de ne pas contester la transaction suite à des concessions de la part de Boeing au sujet de contrats d'exclusivité avec ses principaux clients. La Commission a aussi bloqué le fusionnement MCIWorldCom/Sprint, mais dans ce cas, les autorités américaines, pour leurs propres raisons, ont débouché sur la même décision.

Au niveau canado-américain, mentionnons qu'en 1990, la Federal Trade Commission a ordonné à l'Institut Merrioux (France) qui avait acquis Connaught Labs, au Canada, de vendre l'exploitation de certains vaccins à une autre entreprise en raison de sa position dominante sur le marché américain; la transaction avait été autorisée par les autorités étrangères malgré la position dominante de l'entreprise sur les marchés canadien et français. Aucune des deux entreprises n'avait d'actifs aux États-Unis.

Malgré certaines actions importantes contre certains cartels internationaux (le cas Hoffmann-Laroche), les positions dominantes (le cas Microsoft) et les fusionnements (le cas MCIWorldCom-Sprint récemment bloqué de concert par les américains et les européens), l'on constate l'assouplissement général des lois et de leur application et le renforcement et la multiplication des mesures extraterritoriales. L'internationalisation des politiques de la concurrence peut ainsi alimenter une concurrence systémique, ce qui requiert l'intensification de la coopération internationale. Celle-ci prend d'ailleurs de l'importance. Toutefois, le rôle stratégique que les politiques de la concurrence jouent au sein des politiques économiques pousse toujours plus loin les défis que doivent surmonter les États dans la recherche d'un environnement concurrentiel stable, loyal et ouvert.

Au niveau international, il ne s'agit pas de réduire de simples frictions systémiques. Puisque les politiques de la concurrence sont insérées dans le cadre de politiques

⁷⁰ La décision des États-Unis d'autoriser la fusion reposait sur le fait que la concurrence ne serait pas réduite en raison de la faible concurrence qu'offre McDonnell-Douglas à Boeing. Pour la Commission, cette fusion allait réduire la concurrence à deux principaux acteurs, Boeing et Airbus, et ses effets anticoncurrentiels sur le marché européen étaient jugés suffisants pour motiver une interdiction. On peut imaginer que les intérêts d'Airbus ont été un facteur très important.

⁷¹ Les États-Unis et l'Union Européenne ont généralement limité leurs interventions aux fusions impliquant une entreprise située sur leur marchés ou, sinon, aux fusions d'entreprises étrangères qui détiennent une filiale ayant des installations de production sur leur marchés (Valentine, 1997).

orientées sur la croissance extérieure, la coopération internationale doit aller au-delà d'une "cohabitation améliorée" des lois nationales. Deux obstacles limitent la coopération internationale: 1) l'orientation nationale de la politique de concurrence; et, 2) la convergence internationale des cadres réglementaires orientés vers les objectifs d'efficacité et de compétitivité qui met paradoxalement les politiques de la concurrence au service des intérêts nationaux.

Les efforts actuels de coopération internationale semblent tout juste servir à baliser un processus d'internationalisation unilatéral des politiques de la concurrence et à limiter les effets des pratiques étrangères sur les entreprises et les marchés nationaux plutôt qu'à protéger le processus concurrentiel. La coopération internationale tend à généraliser des formes de droit de la concurrence qui favorisent la souplesse et le pragmatisme des cadres réglementaires d'une part, l'intégration de considérations économiques reliées à l'insertion des entreprises nationales dans l'économie mondiale d'autre part, ce qui accentue, dans un cas comme dans l'autre, les risques de conflits dans la mesure où la définition des pratiques interdites et des critères d'évaluation est de plus en plus "arbitraire". Devant ces nouveaux problèmes, les Etats s'efforcent surtout de protéger leur souveraineté juridique et leur autonomie, ce qui leur permet de développer le rôle stratégique de leur politique de la concurrence, et d'étendre leur domaine de compétence à l'extérieur de leurs frontières nationales ou de forcer les autorités étrangères à prendre des actions qui tiennent compte de leurs intérêts.

CONCLUSION

La politique de la concurrence canadienne fut modifiée en 1986 en fonction de la nouvelle orientation de la politique économique canadienne. Elle joue désormais un rôle stratégique important qui découle de l'importance des objectifs d'efficacité et de compétitivité internationale. Dans cette perspective, son rôle de contrôle des pratiques anticoncurrentielles est incertain; du moins "politiquement orienté" en fonction des nouveaux paramètres de la politique économique canadienne. Le commissaire du Bureau de la concurrence a récemment répondu à la revue *Global Competition* que la politique de la concurrence ne visait pas à encourager l'émergence de champions nationaux et qu'il n'existe pas de tension entre compétitivité internationale et concurrence locale. Ce que cet énoncé néglige de souligner est que l'approche adoptée par le Bureau ne conclut que très rarement à un constat de réduction de la concurrence; le processus concurrentiel apparaît, somme toute, robuste.

La politique de la concurrence du Canada est l'une des plus souples en comparaison avec les politiques étrangères mais, et ceci est un véritable défi pour la coopération internationale, les autorités étrangères ont aussi assoupli le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et attribué un rôle de plus en plus stratégique au droit de la concurrence. Dans un tel contexte, il serait problématique - voire imprudent - pour les autorités canadiennes d'adopter une approche plus rigoureuse. Les États font face au dilemme du prisonnier mettant en jeu les règles de la concurrence; chacun refusant d'imposer des règles qui pourraient constituer un désavantage concurrentiel.

Ceci nous amène à considérer que l'existence de lois valables et leur application efficace contre les pratiques anticoncurrentielles ne peuvent pas être assurées par un droit économique international qui laisse aux États la liberté de définir, en fonction de leurs intérêts nationaux et des intérêts de leurs champions nationaux, les règles du jeu concurrentiel. Compte tenu du rôle stratégique des politiques de la concurrence qui vise à influencer les positions relatives des concurrents sur les marchés, leur participation dans la promotion de l'intégration économique internationale est donc incertaine. Ainsi, "la question se pose à savoir si la méthode qui consiste en un renvoi aux droits nationaux" (David, 1987, p. 31) pour régir les opérations économiques internationales doit être remise en cause.

BIBLIOGRAPHIE

ANDERSON, R. D. et KHOSLA, S. D. (1995), *Competition Policy as a Dimension of Economic Policy: A Comparative Perspective*, Industrie Canada, Document hors-série, no. 7, Ottawa, Minister of Supply and Services.

ARTEAU, R. (1988) "Libre-échange et continentalisme: récapitulation", dans R. Arteau et C. Deblock (dir.) (1988), *La politique économique canadienne à l'épreuve du continentalisme*, Montréal, ACFAS, pp. 169-196.

BLISS, M. (1973), "Another Antitrust Tradition: Canadian Anti-Combines Policy, 1889-1910", *Business History Review*, vol. 47, summer, pp. 177-88.

BRECHER, I. (1981), *Canada's Competition Policy Revisited: Some New Thoughts on an Old Story*, Montréal, Institut de recherches politiques.

BROOKS, S. et STRITCH, A. (1991), *Business and Government in Canada*, Scarborough, Prentice-Hall of Canada.

CANADA(1998a (et années précédentes), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel du Directeur des enquêtes et des recherches*, Industrie Canada, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et services.

CANADA (1998b), TRINUNAL DE LA CONCURRENCE, *Rapport de rendement du Tribunal de la concurrence pour la période se terminant le 31 mars 1998*, Ottawa.

CANADA (1996a), *Stratégie canadienne pour le commerce international 1996-1997. Aperçu*, Ottawa, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Équipe Canada.

CANADA (1995a), *Le Canada dans le monde*, Énoncé du gouvernement, Ottawa.

CANADA (1995b), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Les alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence*, Industrie Canada, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services.

CANADA (1991), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Les lignes directrices pour l'application de la loi: Fusionnements*, Ottawa.

CANADA (1985a), *Compétitivité et Sécurité: orientations pour les relations extérieures du Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires extérieures.

CANADA (1985b), *Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada.

CANADA (1984), *Une nouvelle orientation pour le Canada: Un programme de renouveau économique*, Ottawa.

CANADA (1978), *Rapport de la commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada.

CASTEL, J.-G., (1988), *Extraterritoriality in International Trade: Canada and United States of America Practices Compared*, Toronto, Butterworths.

CNUCED (1997), *World Investment Report, 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, New York et Genève, Nations Unies.

CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA (1969), *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa.

CONSTANTINE, L. (1995), *How Antitrust should assess the Role of Imports in Market Definition*, Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation Based Competition, 19 octobre, Washington, D.C.

CRAMPTON, P. S. (1993), "The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal", *Canadian Business Law Journal*, vol. 21, no. 3, mars.

DAVID, R. (1987), *Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Économica.

DEBLOCK, C. et MARCOUX, F. (1997), *La politique commerciale du Canada : Orientations générales et principaux instruments*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale.

DEBLOCK, C., et BRUNELLE, D. (1996), "L'intégration en Amérique du Nord et la politique économique internationale du Canada", dans C. DEBLOCK et C. EMERI (dir.), *Du libre-échange à l'union politique*, Paris, L'Harmattan.

DEBLOCK, C. et RIOUX, M. (1992), "Le libre-échange nord-américain: le joker des États-Unis?", dans *Mondialisation et régionalisation: la coopération économique internationale est-elle encore possible?*, Deblock, C et Éthier, D. (dir), Sainte-Foy, Presses de l'université du Québec, pp. 21-74.

DIMIC, N. (1993), *Le contrôle des fusions à l'heure de la libéralisation des échanges: Convergence ou coopération?* Groupe des politiques, document 93/09, MAECI.

DONNEUR, A. P. (1988), "Le libre-échange et la politique étrangère canadienne", dans R. Arteau et C. Deblock (dir.) (1988), *La politique économique canadienne à l'épreuve du continentalisme*, Montréal, ACFAS, pp. 221-230.

EASTMAN, H.C. et STYKOLT, S. (1967), *The Tariff and Competition in Canada*, Toronto, Macmillan.

EHRlich, W. et al. (1994), *Convergence de la politique de concurrence: les cartels d'exportation*, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Document du Groupe des politiques, no 94/3, avril.

ÉTATS-UNIS (1998), *International Antitrust Guidelines*, Département of Justice, Washington D. C.

ÉTATS-UNIS (1997), *Horizontal Merger Guidelines*, Revised Section 4, Department of Justice and the Federal Trade Commission, reprinted in 4 Trade Reg. Rep., 13, 104, April 8, Washington D.C.

ÉTATS-UNIS (1996), “Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech Global Marketplace”, *Antitrust and Trade Regulation Report*, Special Supplement, 70, 1765, Washington D.C., United States Government Printing Office.

ÉTATS-UNIS (1995), *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, Département de la Justice et Commission fédérale du commerce, Washington D.C.

ÉTATS-UNIS (1992), *Horizontal Merger Guidelines, 1992*, Revised Section 4, Department of Justice et Commission fédérale du commerce, dans Trade Regulations Reports, Chicago, Commercial Clearing House.

ÉTATS-UNIS (1982), *Foreign Trade Antitrust Enforcement Act*, enacted as Titles IV of the Export Trade Act of 1982, Saint Paul, West Publishing Company.

FINCKENSTEIN, K. von (1998a), *Questions fondamentales en matière de concurrence internationale au Canada*, Allocution du Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence au Comité consultatif international en matière de politique de concurrence, 2 novembre, Washington.

FINCKENSTEIN, K. von (1998b), *Allocution par le Directeur des enquêtes et recherches*, Conférence de l’Association internationale du Barreau, 15 septembre, Vancouver.

FINCKENSTEIN, K. von (1998c), *Allocution prononcée à la Rencontre annuelle de la section antitrust de l’American Bar Association*, 3 août, Toronto.

FINCKENSTEIN, K. von (1998d), *Communiqué du Bureau de la concurrence*, 27 mai.

FINCKENSTEIN, K. von (1998e), *Allocution prononcée par Konrad von Finckenstein, c.r. devant le Comité permanent de l’industrie de la Chambre des communes*, 2 avril.

GREEN, C. (1983), “Canadian Competition Policy: Past and Present”, *Les politiques de concurrence de la communauté économique européenne et du Canada*, Montréal, Centre de droit privé et comparé, pp. 39-66.

GRIFFIN, J. P. (1992), “The Impact of Reconsideration of U.S. Antitrust Policy Intended to Protect U.S. Exporters”, *World Competition*, vol. 15, n. 4, p. 5 à 16.

HAZLEDINE, (1991), “Trade Policy as Competition Policy”, dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.

KHEMANI, R.S. et SHAPIRO, D.M. (1993), “An empirical Analysis of Canadian Merger Policy”, *Journal of Industrial Economics*, vol. 41, no. 2, juin, pp. 161-177.

KHEMANI, R. S. (1991), “Merger Policies in Small vs. Large Economies”, dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.

LANDES W. M. et POSNER, R. A. (1981), "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review*, 94, 937, pp. 937-996.

LUTON, G. (1995), *La diplomatie à l'avant-garde: la technologie de pointe et la politique commerciale du Canada*, Groupes des politiques, document 95/12, décembre, Ottawa, MAECI.

McFETRIDGE, D. (1992), *Globalisation and Competition Policy*, Bell Canada Papers on Economic and Public Policy, septembre.

PERROUX, F. (1982), *Dialogue des monopoles et des nations*, Grenoble, Presse universitaire de Grenoble.

PITOFSKY, R. (1998), *Efficiencies in Defense of Mergers: 18 Months After*, Remarks by Robert Pitofsky, Chairman Federal Trade Commission, George Mason Law Review Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency, October 16, Washington, D.C.

PITOFSKY, R. (1996), *FTC Staff Report on Competition Policy: Six Months After Prepared*, American Bar Association Section of Antitrust Law, November, Washington, D.C.

PITOFSKY, R. (1992), "Proposals for Revised US Merger Enforcement in a Global Economy", *Georgetown Law Review*, 81.

ROSS, T. W. (1988), "Movements Towards Free Trade and Domestic Market Performance with Imperfect Competition", *Revue canadienne d'économique*, août, pp. 507-524.

SANDERSON, M. (1995), *Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases*, allocution devant le Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition Washington, D.C, November 2.

SKEOCH, L. A. et McDONALD, B. C. (1976), *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy*, Ottawa, Supply and Services.

VALENTINE, D. A. (1997), *Building a Cooperative Framework for Oversight in Mergers: The Answer to Extraterritorial Issues in Merger Review*, allocution dans le cadre du George Mason Law Review's Antitrust Symposium, Arlington, October 10.