



**CHAMBRE DES COMMUNES
CANADA**

**Plan d'actualisation du régime
de concurrence canadien**

**Rapport du Comité permanent
de l'industrie, des sciences et de la technologie**

**Walt Lastewka, député
Président**

Avril 2002

Le Président de la Chambre des communes accorde, par la présente, l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ce document à des fins éducatives et à des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé de journal. Toute reproduction de ce document à des fins commerciales ou autres nécessite l'obtention au préalable d'une autorisation écrite du Président.

Si ce document renferme des extraits ou le texte intégral de mémoires présentés au Comité, on doit également obtenir de leurs auteurs l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ces mémoires.

Les transcriptions des réunions publiques du Comité sont disponibles par Internet : <http://www.parl.gc.ca>

En vente : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada — Édition, Ottawa, Canada K1A 0S9

**Plan d'actualisation du régime
de concurrence canadien**

**Rapport du Comité permanent
de l'industrie, des sciences et de la technologie**

**Walt Lastewka, député
Président**

Avril 2002

LE COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE

a l'honneur de présenter son

HUITIÈME RAPPORT

Conformément à l'article 108(2) du Règlement, le Comité a procédé à une étude du cadre et de la politique de concurrence du Canada et notamment de la *Loi sur la concurrence*. Après avoir entendu les témoignages, le Comité a convenu de présenter le rapport suivant à la Chambre.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT.....	ix
PRÉFACE.....	xi
LISTE DES RECOMMANDATIONS	xv
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 : LE RÉGIME DE CONCURRENCE DU CANADA EN CONTEXTE	7
L'interaction entre la concurrence et la politique de concurrence.....	7
Un cadre concurrentiel optimal	8
Loi cadre et dispositions spéciales	12
CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE LA <i>LOI SUR LA CONCURRENCE</i>	17
Le point sur la concurrence	17
Notre dossier en matière d'application de la <i>Loi</i>	18
La jurisprudence et les lignes directrices en matière d'application	25
Outils d'application comportant des délais rigoureux.....	27
Indépendance du commissaire et reddition des comptes.....	31
Droit privé d'action	34
Ressources du Bureau de la concurrence.....	36
Effet dissuasif des amendes et de l'emprisonnement	37
CHAPITRE 3 : LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE	39
Organisation et composition du Tribunal	39
Délais.....	41
Équité procédurale.....	43
Gestion des instances	46
Équilibrer les facteurs incitatifs : Dommages-intérêts, frais de contentieux et amendes	49
Jurisprudence — Encourager les causes légitimes	54
Ressources du Tribunal.....	56
La <i>Loi sur le Tribunal de la concurrence</i>	56
Droit automatique d'appel.....	57
CHAPITRE 4 : COMLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES	59
Le continuum organisationnel.....	59

Historique du traitement légal des complots	61
Le caractère exécutoire de l'article 45	63
La solution en deux volets : pénal et civil.....	64
Le volet pénal	66
Le volet civil	67
Alliance stratégiques et préautorisations	70
CHAPITRE 5 : LES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉTABLISSEMENT DE PRIX ANTICONCURRENTIELS	73
Prix d'éviction.....	73
Maintien des prix.....	77
Discrimination par les prix.....	82
CHAPITRE 6 : L'ABUS DE POSITION DOMINANTE	87
Éléments de fond.....	87
Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix : L'approche civile	90
CHAPITRE 7 : EXAMEN DES FUSIONS	95
Processus d'examen des fusions	95
Examen des fusions — Charge de travail et normes de service	97
Bilan de la mise en application de la <i>Loi</i> en matière de fusions	100
Seuils d'examen	104
Fusions et gains d'efficience.....	106
CHAPITRE 8 : REFUS DE VENDRE.....	109
CONCLUSION.....	115
ANNEXE A — TÉMOINS.....	119
RÉPONSE DU GOUVERNEMENT	121
OPINIONS COMPLÉMENTAIRES ET DISSIDENTES	
Alliance canadienne.....	123
Nouveau Parti démocratique	127
PROCÈS-VERBAL	133

AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT

En juin 2000, le Comité permanent de l'industrie, comme il s'appelait à l'époque, a produit un *Rapport intérimaire* intitulé *Examen de la Loi sur la concurrence*. Ce rapport faisait suite à un examen indépendant, sollicité par le Bureau de la concurrence à la demande pressante de l'honorable John Manley, ministre de l'Industrie, des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux prix anticoncurrentiels et de leur application par le Bureau. Les professeurs J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, tous deux de l'Université d'Ottawa, se sont chargés de cette étude en profondeur de divers agissements (établissement de prix abusifs, discrimination par les prix et maintien des prix). Le fruit de leur travail, intitulé *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratiques*, baptisé par la suite Rapport VanDuzer, a été présenté au Comité en octobre 1999.

Après réception de ce document et pendant que le Comité menait ses audiences, le Bureau a chargé le Forum des politiques publiques, organisme neutre et sans but lucratif dont le but est d'améliorer la qualité de l'administration publique au Canada, de consulter la population sur la teneur de quatre projets de loi d'initiative parlementaire (C-402, C-438, C-471 et C-472) proposant des changements à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Deux de ces projets de loi reprenaient en gros les points étudiés par le Comité. Parce qu'il ne souhaitait pas porter préjudice à ce travail de consultation, le Comité a décidé de ne pas se prononcer sur les éléments particuliers des projets de loi, de ne présenter qu'un *Rapport intérimaire* et donc de n'intervenir qu'une fois les consultations terminées et le rapport connexe publié.

En décembre 2000, le Forum des politiques publiques a publié son rapport intitulé *Modifications de la Loi sur la concurrence et de la Loi sur le Tribunal de la concurrence : rapport sur les consultations*, qui résumait les mémoires reçus et les discussions tenues lors des tables rondes. Le gouvernement a ensuite décidé de regrouper certaines portions des quatre projets de loi d'initiative parlementaire en un projet de loi émanant du gouvernement. Il a retenu les segments sur lesquels il pouvait y avoir consensus, en tenant compte notamment de certaines conclusions de *l'Examen de la Loi sur la concurrence* et du rapport du Forum. Tous ces efforts ont abouti au projet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, renvoyé au Comité pour étude après la première lecture en Chambre, plutôt qu'après la seconde lecture seulement; il a ainsi été possible d'effectuer un examen plus complet du projet de loi et des lois à modifier. De la sorte, le Comité a pu étudier plus à fond les changements envisagés et en recommander d'autres, si besoin était.

Le projet de loi est articulé autour de quatre grands axes : 1) la création d'une nouvelle infraction, « la documentation trompeuse », portant notamment sur les « cartes à gratter »; 2) la facilitation de la collaboration avec les autorités étrangères en matière de concurrence pour exécuter les dispositions de droit civil relatives à la concurrence et aux pratiques commerciales loyales; 3) la rationalisation des méthodes administratives du Tribunal de la concurrence en prévoyant la détermination des frais, la procédure

sommaire et les renvois; 4) l'élargissement du cadre dans lequel le Tribunal peut rendre une ordonnance provisoire. Après consultation de nombreux spécialistes du droit de la concurrence et de certains membres du monde des affaires, le Comité a amendé le projet de loi à deux égards importants. S'il reçoit la sanction royale tel qu'amendé, le projet de loi permettra aux intérêts privés d'avoir accès au Tribunal pour résoudre des différends à propos d'un nombre limité de pratiques commerciales qui sont considérées par les lois comme pouvant faire l'objet d'un examen en droit civil. Le Tribunal pourra aussi désormais imposer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 15 millions de dollars si un transporteur aérien est déclaré coupable d'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*, ce qui comprendrait les pratiques d'éviction).

Le Comité estime que les amendements au projet de loi C-23 portant sur les deux lois sur la concurrence constituent un bon début, mais qu'il faut faire davantage pour répondre aux préoccupations que soulève la législation antitrust. Dans certains cas, la *Loi sur la concurrence* couvre trop de pratiques commerciales, ce qui refroidit, chez certaines des entreprises les plus productives au Canada, des comportements légitimes tout à fait conformes à l'esprit de libre concurrence. Par ailleurs et dans d'autres situations, ces lois passent sous silence de nombreuses pratiques qui semblent pour le moins anticoncurrentielles et peuvent même constituer des agissements antisociaux flagrants. Il convient donc d'apporter d'autres changements, et le Comité est d'accord avec l'approche en plusieurs étapes que préconise le gouvernement pour cette réforme. Le Comité a organisé quatre tables rondes auxquelles ont participé plus de 20 éminents experts du droit de la concurrence, ainsi que des rencontres formelles et informelles avec le Bureau et des membres du Tribunal, respectivement, pour suggérer diverses possibilités et un calendrier pour la réforme.

Aussi intéressants et variés qu'aient été les points de vue exprimés par les spécialistes de la politique de concurrence sur un certain nombre de pratiques commerciales et la légitimité de ces dernières aux yeux de la *Loi*, ainsi que sur la façon dont le Bureau et le Tribunal devraient les examiner, ils n'en sont pas pour autant trop dissemblables pour empêcher un consensus. Le Comité estime que le présent rapport illustre ce consensus. Nous encourageons toutefois le lecteur qui n'est pas familier avec le sujet à lire notre *Rapport intérimaire* avant d'entamer le présent document; il y gagnera une compréhension et une appréciation accrues des compromis nécessaires entre les divers enjeux.

Pour le moment, j'aimerais remercier tous ceux qui ont participé aux vastes audiences que nous avons menées et qui nous ont communiqué leur point de vue. Le public conviendra, j'en suis sûr, que ce rapport reflète les préoccupations ainsi que les valeurs et les priorités communes des Canadiens dans le domaine de la politique et de la législation en matière de concurrence et de l'application de ces dernières. Enfin, je tiens au nom de tous les membres du Comité à remercier la présidente antérieure, Mme Susan Whelan, et à saluer son importante contribution à l'élaboration de ce rapport.

PRÉFACE

Le Canada légifère dans le domaine de la concurrence et applique des lois antitrust depuis plus de 100 ans. Si les noms des lois ont changé plusieurs fois au cours des années¹, chaque révision a permis de raffiner la législation et de produire un meilleur instrument de défense de l'intérêt public. Il a fallu combler les grandes lacunes de la *Loi*, car il est vite devenu manifeste dès les premières contestations que l'applicabilité de celle-ci était sérieusement limitée. Le Canada a été le premier pays industrialisé à adopter une loi antitrust (en 1889), mais, d'un point de vue pratique, il n'a pas tardé à prendre du retard par rapport à la plupart des pays industriels en matière de concurrence. Dans les années se situant entre 1889, date de la première loi, et 1986, date de la *Loi* maintenant en vigueur, le Canada ne pouvait se vanter d'être à l'avant-garde en matière de législation sur la concurrence; il y avait beaucoup à faire et cela est encore vrai pour un nombre limité de dossiers importants, s'il souhaite atteindre un si haut sommet.

Le but premier de la législation, de la première à la dernière loi, demeure le même : réprimer les complots et les entraves monopolistiques au commerce (sauf celles découlant de lois fédérales et provinciales). Le *Rapport intérimaire du Comité sur l'examen de la Loi sur la concurrence*. (appelé ci-après *Rapport intérimaire*) revient sur les révisions apportées jusqu'ici. Dans le présent document, désireux de ne pas s'étendre sur l'aspect historique, le Comité partira de l'adoption de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, en 1986 et, par souci de concision, nous ne rappellerons que les principales modifications à ces lois et les conditions économiques qui les ont suscitées.

Pour commencer, le Comité observe cinq tendances économiques relativement récentes, qui sont de plus en plus généralisées dans la société d'aujourd'hui et qui, selon toute probabilité, ne peuvent être dissociées de l'économie du savoir que nous sommes en train de bâtir. Ce sont : 1) une nouvelle orientation des stratégies des sociétés qui recherchent un avantage concurrentiel en réalisant des économies d'échelle et de gamme et en s'orientant vers l'innovation; 2) une tendance à déstratifier les pyramides hiérarchiques en confiant des activités non essentielles à des entreprises distinctes et en forgeant des alliances stratégiques ou, autrement dit, en établissant des réseaux dans l'espoir d'accroître la productivité; 3) l'adoption de nouvelles technologies, surtout numériques, qui exigent des investissements de départ substantiels s'accompagnant de coûts unitaires marginaux nuls ou presque, susceptibles d'entraîner des politiques de tarification très dynamiques en cas d'essoufflement économique; 4) l'adoption de produits (par exemple de logiciels comme Microsoft Windows) qui peuvent devenir la norme d'une

1

La première loi sur la concurrence *Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce* a été adoptée en 1889. Elle a été abrogée et remplacée en 1915 par une législation contre les coalitions. Cette nouvelle loi a été elle-même abrogée et remplacée par deux nouvelles lois : la *Loi sur la commission de commerce* et la *Loi des coalitions et des prix raisonnables* de 1919 considérées ultérieurement comme *ultra vires*. Ces lois ont été remplacées en 1923 par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, elle-même abrogée, entièrement remaniée et remplacée par la *Loi sur la concurrence* de 1986.

industrie, ce qui entraîne souvent des effets de réseau² et peut mener à des niveaux inhabituellement élevés de concentration du marché (proche du monopole); et 5) l'internationalisation du commerce et de l'investissement dans le sillage des nouvelles technologies de transports et de communications, qui s'accompagnent d'une réduction des coûts, et de politiques publiques favorisant l'élimination des grandes barrières tarifaires s'opposant au commerce mondial. Chacun de ces nouveaux phénomènes a été un catalyseur des changements à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*.

Cette évolution économique et les préoccupations en matière de concurrence qu'elle soulève sont peut-être les principales raisons des nombreux projets de loi du gouvernement et d'initiative parlementaire qui ont figuré au *Feuilleton* de la Chambre des communes. L'un des meilleurs baromètres du mécontentement public à l'égard de ce qui se passe sur les marchés est le nombre de projets de loi et de modifications législatives. Pour ce qui est de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, il y a eu au cours des deux dernières années neuf projets de loi d'initiative parlementaire et deux projets de loi du gouvernement (projet de loi C-26 au cours de la 36^e législature et projet de loi C-23 au cours de la 37^e législature).

Le Comité estime que l'apparition quasi simultanée de ces projets de loi et des tendances économiques que nous venons d'évoquer n'est pas le fruit du hasard; il y aurait là un lien de cause à effet. Par exemple, le réseau téléphonique local est l'exemple type d'une « économie de réseau ou d'une externalité de réseau ». La télévision par câble, les services de marchandises ferroviaires ou encore la distribution d'électricité et de gaz naturel appartiennent également à cette catégorie particulière, tout comme les transports aériens, qui viennent de faire l'objet d'une déréglementation. Certaines des technologies utilisées par les sociétés aériennes affichent également des coûts unitaires marginaux très faibles par rapport aux coûts globaux. De longue date, on réglemente ces cas de « monopole naturel » ou quasi naturel. Depuis la fin des années 80, toutefois, les services aériens, les services de marchandises ferroviaires, ainsi que les communications téléphoniques interurbaines et internationales, ont été déréglementés en partie, car, du fait de l'évolution de la technologie, ils ne constituent plus des monopoles naturels. Seule la déréglementation des services aériens a prêté à la controverse. Le marché canadien de taille relativement petite et le maintien par le gouvernement fédéral des restrictions sur la propriété étrangère dans le domaine de l'exploitation des services aériens ont produit un marché fortement concentré, ce qui a mécontenté le public et les candidats potentiels dans le secteur. Le projet de loi C-26, adopté en 2000, pendant la 36^e législature, visait à régler le problème après l'échec des Lignes aériennes Canadien International et leur fusion avec Air Canada. C'est la disparition de nombreuses petites sociétés aériennes au cours des quelques dernières années (Royal Airlines, Greyhound Airlines, Canjet,

² L'effet de réseau ou économie de réseau fait référence à la valeur ajoutée qu'un individu adhérant déjà à un réseau commercial apporte à un service en y ajoutant des clients. Sur le modèle du réseau téléphonique, plus le nombre d'abonnés locaux est grand, plus chacun des abonnés est disposé à payer cher le service. Cette économie de réseau est souvent appelée externalité de réseau, car sa valeur est externe à l'entreprise, mais interne au secteur. Les autorités de réglementation du monde entier ont saisi et exploité cette externalité par des règlements obligatoires et implicites de tarification d'interfinancement.

Canada 3000) et la domination pure et simple d'Air Canada sur le marché canadien qui ont suscité la présentation d'un amendement au projet de loi C-23. Cet amendement donnerait au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'infliger une pénalité d'ordre administratif allant jusqu'à 15 millions de dollars à un transporteur aérien déclaré coupable d'abus de position dominante. Ainsi, le gouvernement abandonne son approche traditionnelle, qui consiste à donner aux autorités de réglementation du secteur les pouvoirs nécessaires pour contrôler directement ces aspects des comportements concurrentiels. Le gouvernement a préféré établir « des règles particulières pour des secteurs distincts », ce qui remet en question l'affirmation selon laquelle la *Loi sur la concurrence* est une loi cadre, sous prétexte que ce secteur est de juridiction fédérale pour ce qui est de la réglementation.

Le projet de loi C-23 porte sur l'internationalisation croissante du commerce, de deux façons importantes. Tout d'abord, il facilite la coopération entre le Bureau de la concurrence et les autorités étrangères dans l'application des règles civiles en matière de concurrence, maintenant que les pratiques monopolistiques peuvent transcender les frontières nationales. En second lieu, le Comité a amendé le projet de loi pour donner aux intérêts privés accès au Tribunal de la concurrence en cas de litige sur un certain nombre de pratiques commerciales considérées comme pouvant faire l'objet d'un examen au civil en vertu des lois. L'amendement devrait rassurer un grand nombre de petites et moyennes entreprises forcées d'affronter des grandes multinationales cherchant à abuser de leur position dominante.

En fin de compte, l'innovation croissante dans la plupart des secteurs de l'économie exige une résolution plus rapide des différends entre les intérêts privés et le Bureau, lorsqu'il y a controverse sur la concurrence. Le projet de loi C-23 répond à cette exigence en permettant de rationaliser les processus administratifs du Tribunal, par des attributions de dépens, des dispositions sommaires et des renvois.

Le projet de loi C-23 constitue un premier pas important dans la consolidation de la *Loi sur la concurrence*. Il faudra toutefois faire plus. L'industrie et les experts de la concurrence déplorent que la *Loi* ait une portée trop grande dans certains domaines antitrust, et pas assez dans d'autres. Son champ d'application serait trop large par exemple du fait qu'elle ne fait pas la distinction entre une alliance stratégique et un complot visant à relever les prix au détriment du public, ce qui a pour effet de freiner certaines initiatives rentables et peu nuisibles du point de vue de la concurrence que le milieu des affaires aurait prises autrement (malgré la publication par le Bureau d'un bulletin intitulé *Les Alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence*). On suppose généralement qu'une alliance stratégique est préférable à une fusion complète, pour obtenir la collaboration de sociétés rivales ayant des compétences essentielles distinctes. L'exemple classique d'une portée trop petite se trouve dans le terme « indûment » dans l'article 45 de la *Loi* — qui porte sur les complots —, lequel gêne l'obtention d'une condamnation dans un cas contesté; cela est vrai même lorsque l'affaire constitue finalement un véritable cartel n'ayant aucune valeur sociale en compensation.

Qui plus est, un nombre croissant d'intervenants estiment que le *Code criminel* ne peut guère faire la distinction entre le comportement anticoncurrentiel et les comportements proconcurrentiels parfaitement légitimes, lorsqu'il s'agit de discrimination par les prix, d'établissement de prix abusifs et de maintien des prix à la verticale. Il y a lieu de réfléchir à un éventuel transfert de ces dispositions de tarification du côté de la *Loi* pouvant faire l'objet d'un examen au civil. Les questions de ressources du Bureau de la concurrence, notamment les seuils pour l'examen des fusions, sont également préoccupantes, tout comme les procédés et les pouvoirs du Tribunal de la concurrence. Le présent rapport a pour objet de trouver une solution à ces questions.

LISTE DES RECOMMANDATIONS

1. Que le Bureau de la concurrence désigne le complot comme l'une de ses principales priorités et qu'il y affecte les ressources nécessaires à l'application de la loi en conséquence. À titre indépendant ou en collaboration avec ses homologues des autres pays, qu'il continue de respecter les actuelles stratégies d'application de la loi qui visent les complots contre le public, qu'ils soient d'ampleur nationale ou internationale. Que le Bureau de la concurrence se penche de façon régulière sur ses stratégies de détection des infractions criminelles dans le but d'améliorer les résultats qu'il obtient à cet égard.
2. Que le Bureau de la concurrence revoie ses directives, ses politiques et ses pratiques en matière d'application de la *Loi* pour s'assurer qu'une importance suffisante soit accordée aux gains d'efficacité dynamiques compte tenu des nouveaux défis que pose l'économie du savoir, notamment : 1) une innovation rapide; 2) des coûts marginaux décroissants ou nuls pour chaque unité de production supplémentaire; 3) l'éventuel désir de domination du marché par une entreprise, établissant ainsi une nouvelle norme sectorielle; et 4) la fragilité croissante des positions dominantes.
3. Que le gouvernement du Canada donne au Tribunal de la concurrence le droit d'imposer des sanctions d'ordre administratif à quiconque viole les articles 75, 76, 77, 79 et 81 de la *Loi sur la concurrence*. Le Tribunal aurait toute discrétion pour établir ces sanctions.
4. Que le gouvernement du Canada abroge toutes les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui visent précisément l'industrie du transport aérien (paragraphe 79(3.1) à 79(3.3) et articles 79.1 à 104.1).
5. Que le gouvernement du Canada fournisse au Bureau de la concurrence les ressources nécessaires à l'application efficace de la *Loi sur la concurrence*.
6. Que le Tribunal de la concurrence élabore une politique visant une attribution juste et équitable des dépens, compte tenu des ressources dont disposent les parties à l'instance. Qu'une telle politique tienne compte des avantages qu'il y aurait à exempter les petites entreprises des frais de contentieux devant le Tribunal.
7. Que le Tribunal de la concurrence, en consultation avec le Comité de liaison Tribunal/Barreau, poursuive son examen continu des

procédures afin de créer un régime d'arbitrage capable d'assurer des « résultats justes » rapidement et en temps voulu. L'objectif devrait être de réduire les délais et les coûts pour les parties dans les affaires contestées, tout en prenant dûment en considération les principes d'équité procédurale et d'apparence de la justice.

8. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* de façon à étendre les droits privés d'action aux situations d'abus de position dominante (article 79) ainsi qu'à autoriser le Tribunal à accorder des dommages-intérêts dans les actions intentées à titre privé (articles 75, 77 et 79).
9. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 124.2 de la *Loi sur la concurrence* pour qu'une partie à une affaire contestée aux termes des parties VII.1 ou VIII puisse soumettre au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure liée à l'application ou à l'interprétation de l'une ou l'autre de ces parties.
10. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour que tous les membres qui instruisent une affaire puissent se prononcer sur les questions de droit.
11. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour exiger qu'on ne puisse interjeter appel de toute ordonnance ou décision du Tribunal qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.
12. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour traiter les ententes entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet conserverait la disposition concernant les complots (article 45) à l'égard des ententes conclues expressément pour réduire la concurrence, que ce soit directement par une hausse des prix ou indirectement par des restrictions à la production ou le partage de marchés, comme la distribution des clients ou des territoires, ou encore le boycott collectif de fournisseurs ou de clients. Le second volet concernerait tous les autres types d'ententes entre concurrents dans lesquelles les entraves à la concurrence sont secondaires à l'objectif principal et général d'une entente.
13. Que le gouvernement élimine le terme « indûment » des dispositions sur le complot (article 45) de la *Loi sur la concurrence*.
14. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 de dispositions

prévoyant des exceptions, par exemple lorsque : 1) la limitation de la concurrence fait partie intégrante d'une entente plus large qui devrait créer des gains d'efficience ou encourager l'innovation et 2) la limitation de la concurrence est raisonnablement nécessaire pour réaliser ces gains d'efficience ou stimuler l'innovation. L'obligation de prouver les faits hors de tout doute raisonnable pour une telle exception incomberait à ceux qui proposent l'entente.

15. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 d'un paragraphe qui interdirait toute poursuite aux termes du paragraphe 45(1) contre quiconque est l'objet d'une ordonnance demandée en vertu de l'un quelconque des articles portant sur des affaires que le Tribunal peut examiner et s'appliquant essentiellement aux mêmes agissements.
16. Que le gouvernement du Canada modifie la partie de la *Loi sur la concurrence* relevant du droit civil pour y ajouter un article sur l'alliance stratégique prévoyant un examen des ententes horizontales entre concurrents. Cet article prévoirait, dans la mesure du possible, le même traitement que les dispositions d'examen des fusions (articles 92 à 96) et autoriserait le commissaire à la concurrence à renvoyer au Tribunal de la concurrence toute entente qui a ou pourrait avoir pour effet d'empêcher ou d'amoinrir substantiellement la concurrence sur un marché.
17. Que le gouvernement du Canada fasse en sorte que l'article proposé sur les alliances stratégiques s'inscrivant dans la partie relevant du droit civil (recommandation n° 16) s'applique aux ententes entre acheteurs et vendeurs concurrents, mais non aux ententes verticales comme celles pouvant faire l'objet d'un examen aux termes des articles 61 et 77 de la *Loi sur la concurrence*.
18. Que le Bureau de la concurrence rédige et diffuse des directives sur l'application des dispositions visant les complots, les alliances stratégiques et autres ententes horizontales entre concurrents conformes aux modifications de la *Loi sur la concurrence* proposées aux recommandations 12 à 17.
19. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour créer un système de préautorisations permettant de distinguer les ententes horizontales favorables à la concurrence ou ayant peu d'effet à cet égard de celles passibles de sanctions pénales conformément au paragraphe 45(1) de la *Loi*. Que le Bureau de la concurrence lève des droits en échange

de la délivrance des certificats de préautorisation, fondés sur les principes de recouvrement des coûts semblables à ceux applicables au processus d'examen des fusions. Que le commissaire de la concurrence ait un délai raisonnable pour donner suite aux demandes de certificat, après quoi le demandeur sera réputé avoir reçu son autorisation.

20. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour que les particuliers qui n'ont pu obtenir, du commissaire de la concurrence, de certificat de préautorisation à l'égard d'une entente horizontale entre concurrents puissent s'adresser au Tribunal de la concurrence pour y obtenir une audience équitable relativement à l'entente proposée. Que ce droit de comparaître ne soit accordé que si l'entente est toujours proposée et n'a pas été réalisée.
21. Que le gouvernement du Canada abroge les alinéas 50(1)b) et 50(1)c) de la *Loi sur la concurrence* et modifie cette dernière pour que l'établissement de prix d'éviction fasse partie des agissements anticoncurrentiels visés par les dispositions sur l'abus de position dominante (article 79).
22. Que le gouvernement du Canada abroge la disposition sur le maintien des prix (article 61) de la *Loi sur la concurrence*. Pour établir une distinction entre les pratiques qui sont anticoncurrentielles et celles qui sont sans importance à cet égard ou pro-concurrentielles, que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence*: 1) en insérant dans la disposition sur le complot (article 45) les pratiques de maintien des prix entre concurrents (sur l'axe horizontal), qu'il s'agisse de fabricants ou de distributeurs; et 2) en prévoyant que les ententes de maintien des prix entre fabricants et distributeurs (sur l'axe vertical) fassent l'objet d'un examen aux termes de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79).
23. Que le gouvernement du Canada abroge les dispositions sur la discrimination par les prix (alinéa 50(1)a) et article 51) de la *Loi sur la concurrence* pour les intégrer à l'article sur l'abus de position dominante (article 79). Ces dispositions devraient régir tous les types de produits, dont les articles et les services, et tous les types d'opérations, pas seulement les ventes.
24. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* en supprimant l'alinéa 79(1)a).
25. Que le Bureau de la concurrence adapte ses *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* afin de tenir compte de l'adjonction des pratiques

anticoncurrentielles en matière de prix (alinéas 50(1)a) et 50(1)c) et article 61) à l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*.

26. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 110 de la *Loi sur la concurrence* pour que les parties à une fusion (acquisition d'éléments d'actif ou d'actions) dans le cadre de laquelle le revenu brut provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, s'élève à 50 millions de dollars et plus soient tenues d'aviser le commissaire de la concurrence de la transaction.
27. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* de manière que les seuils de notification des articles 109 et 110 fassent l'objet d'un examen parlementaire dans les cinq ans et tous les cinq ans par la suite afin d'assurer une mise en application optimale de la *Loi sur la concurrence*.
28. Que le gouvernement du Canada constitue immédiatement un groupe de travail indépendant d'experts chargé d'étudier le rôle que devraient jouer les gains d'efficience dans tous les articles de la *Loi sur la concurrence* prévoyant un examen en droit civil et que le rapport du groupe de travail soit soumis à l'examen d'un comité parlementaire dans les six mois suivant le dépôt du présent rapport.
29. Que le Bureau de la concurrence émette une directive d'interprétation précisant si l'article 75 de la *Loi* s'applique au fournisseur qui, dans un marché caractérisé par une pénurie, est en mesure de rationner sélectivement les réserves de produit dont il dispose d'une façon qui soit discriminatoire à l'endroit des détaillants indépendants.

INTRODUCTION

La première loi sur la concurrence canadienne est née de l'aversion du public pour certaines coalitions ou associations d'intérêts formées à la veille du XX^e siècle. Toutefois, comme l'histoire l'a démontré, les grosses sociétés issues de fusions et d'acquisitions d'entreprises oeuvrant dans des domaines connexes représentaient pour la plupart une réaction organisationnelle à l'innovation dans les produits et les méthodes, qui s'est traduite par d'énormes économies d'échelle. Ce sont ces économies d'échelle qui ont inspiré de nouvelles stratégies fondées sur des investissements massifs en capital physique et l'engagement vis-à-vis de la création d'activités intégrées faisant appel, en amont, à des matières premières clés et, en aval, à des réseaux de commercialisation et de distribution. Et ce n'est qu'alors que les stratégies ont pu être mises à exécution, à la faveur de l'ouverture de marchés plus lointains et du développement des réseaux télégraphiques et ferroviaires intégrés.

Malheureusement, la médaille avait un revers. Les avantages sans précédent pour ce qui est des coûts qu'en ont tirés les grandes entreprises ont fait disparaître un grand nombre de petits commerçants. C'est ainsi que la première loi antitrust au monde, la loi canadienne *Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, a été adoptée dans le but de rassurer la population à deux égards : tout d'abord, cette transformation industrielle devait se faire de façon ordonnée, c'est-à-dire que seuls les canards boiteux seraient évincés et les petits commerçants compétents seraient protégés des agissements abusifs; ensuite, les bénéficiaires de ces changements technologiques et organisationnels seraient en définitive les consommateurs. La législation antitrust initiale, ainsi que les trois lois qui lui ont fait suite, visaient trois cibles : les collusions ayant pour but de hausser les prix; les fusions et acquisitions à caractère monopolistique; les politiques d'éviction et les agissements abusifs d'une entreprise dominante visant à nuire aux rivaux de plus petite taille, à les contrôler ou à les évincer.

J'encourage le Comité à relever le défi et à dresser un plan plus ambitieux de modernisation de la loi [...]. J'espère que ce plan serait le point de départ d'un Livre blanc [...] qui ouvrirait la prochaine ronde de modifications. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

Je pense donc qu'il vous faut [...] modifier la loi afin qu'elle soit plus efficace face aux comportements anticoncurrentiels ainsi que pour contrer l'effet de refroidissement qu'exerce [...] la loi sur une vaste gamme de comportements proconcurrence, qu'il s'agisse des pratiques de prix [...], de coopération horizontale, qui, dans la grande majorité des cas favorise la concurrence dès lors que vous sortez de cette catégorie limitée de comportement criminel de cartel. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:45]

Je pense que la scission en deux volets, infraction pénale contre infraction civile, à l'article 45, s'impose. [...] La raison l'impose. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:55]

La version moderne de cette législation, ayant aujourd'hui pour titre *Loi sur la concurrence*, est un instrument économique bien conçu pour préserver et favoriser le jeu de la concurrence. C'est une loi d'application générale, puisqu'elle vise également tous les secteurs d'activité (sauf ceux visés par une exemption aux termes de la législation fédérale ou provinciale) et ne favorise les intérêts d'aucun concurrent ni d'aucune catégorie de concurrents. La *Loi sur la concurrence*, le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence ont complété le processus concurrentiel en produisant un climat économique dans lequel les infractions sont l'exception plutôt que la règle. Pour ce faire, ils ont :

- établi une vaste structure destinée à maintenir la concurrence, fixant ainsi les règles du jeu;
- assuré la plus grande diffusion possible des lignes directrices de l'organisme d'application de la *Loi*, le Bureau de la concurrence, auprès du milieu des affaires;
- permis au Bureau de remplir son rôle de promoteur de la concurrence lors de nombreuses audiences de réglementation et autres activités publiques de manière à faire connaître les règles à tous les intervenants;
- veillé judicieusement au respect des nombreuses dispositions de la *Loi* sous la surveillance de l'arbitre, le Tribunal de la concurrence, pour que l'arbitrage soit conforme aux règles.

[...] la difficulté avec la réforme de l'article 45 n'est pas tant qu'il y a désaccord quant au mal des cartels purs et durs. La difficulté est de savoir si vous pouvez inscrire dans la loi une définition qui ne soit pas trop inclusive. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:55]

En cette amorce de XXI^e siècle, la situation semble analogue à celle qui a caractérisé le début du siècle dernier. L'innovation est de nouveau le moteur du changement, mais il s'agit moins cette fois-ci d'avantages que les économies d'échelle et de gamme découlant de nouveaux investissements en capital physique apportent sur le plan des coûts que d'avantages intellectuels découlant du savoir ou du « capital humain ». Plutôt que d'exploiter la taille et l'envergure d'une entreprise, autrement dit les gains d'efficacité provenant d'une direction centralisée d'une hiérarchie industrielle, le monde des affaires s'attache à ne pas gaspiller ses ressources et à faire preuve de dynamisme. De nombreuses firmes modernes créent des entreprises dérivées pour assumer leurs activités non essentielles tout en tissant des réseaux commerciaux toujours plus vastes. Cette structure organisationnelle,

Pourquoi n'avons-nous pas au Canada une affaire Microsoft? Dix-sept États américains, le gouvernement fédéral des États-Unis et l'Europe ont tous examiné cela. Personne ne prétend que l'incidence [...] [est différente]. [...] la réponse[est que] nous ne disposons pas des fonds nécessaires pour engager une telle action pour pratiques abusives ici au Canada. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:50]

fondée sur des équipes de travail autonomes, hautement spécialisées et interdisciplinaires, permet de recentrer l'entreprise en cet « âge de l'information » qui fait fond sur la créativité de la main-d'œuvre. Les entreprises misent aussi sur l'accroissement de la productivité par le truchement d'une stratégie axée sur l'avantage concurrentiel au chapitre de la création. Parce que cette évolution des entreprises s'ajoute à des innovations (conteneurisation dans les transports et larges bandes numérisées dans les télécommunications avec et sans fil) ainsi qu'à la plus grande libéralisation des échanges et la déréglementation accrue des secteurs, le paysage commercial devient plus planétaire que national.

Ma propre interprétation de ce que le bureau a [...] rapporté relativement au dossier des fusions est qu'il [...] est assez bien financé en la matière. Les frais aux usagers lui ont assuré des fonds. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:35]

Les nouveaux modèles dont s'inspirent les compagnies aujourd'hui (production juste à temps et format géant) exercent d'énormes pressions sur les petites et moyennes entreprises qui ont du mal à s'ajuster. Et c'est ainsi qu'apparaissent une fois encore de nouveaux points de tension et de fracture dans le cadre de la politique de la concurrence. Même si la *Loi sur la concurrence* est une mesure législative qui tient compte de la pensée économique contemporaine et fournit une approche équilibrée en matière d'application de la *Loi*, il semble qu'elle puisse gagner en efficacité, dans certains domaines, et en efficience, lorsqu'elle est déjà tout à fait efficace. Il convient donc de modifier certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* et méthodes administratives du Tribunal de la concurrence.

Le Comité a proposé des moyens d'instaurer un régime juridique en matière de concurrence à la fois moderne et efficace dans son *Rapport intérimaire*. Nous avons abordé, entre autres questions, le droit privé d'action pour certaines affaires susceptibles d'examen au civil comme le refus de vendre (article 75), l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché (article 77) ainsi que le prix à la livraison (article 80). Après que le Forum des politiques publiques ait constaté un consensus favorable (sous réserve de mesures adéquates contre les procès frivoles ou vexatoires), le Comité a amendé le projet de loi C-23 à l'égard de ces droits (sauf l'article 80). Il a fallu également des amendements corrélatifs. Le Comité a par ailleurs modifié l'article 75 par adjonction d'un critère sur les « effets nuisibles pour la concurrence », qui éliminerait la tentation de litiges commerciaux frivoles, étant donné que

Sur le plan de [...] l'application, votre comité pourrait agir dans trois domaines. Il y a cette question de financement [...]. Il y a aussi celle des mécanismes de contrôle alternatif, comme les recours privés. [...] le recours privé, dans les infractions civiles, aiderait beaucoup le Bureau en le soulageant d'une partie de sa charge de travail. [...] L'autre plan d'action serait une réforme radicale de la procédure du Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

le commissaire ne serait plus le gardien de ces dispositions¹.

L'intervention du Comité ne s'arrêtera pas là; nous aimerions que le présent document constitue le plan directeur d'un livre blanc du gouvernement, qui amorcera la prochaine vague de modifications à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Nous signalons les articles à remanier dans les deux lois ainsi que les enjeux liés aux possibilités avancées. Une fois ces possibilités de réforme clarifiées, le Comité les évaluera, cherchera à établir un consensus entre les divers intervenants et recommandera un plan d'action; il fournira peut-être aussi un calendrier de réforme. Dans la mesure du possible, il expliquera de façon détaillée la démarche qu'il aura suivie pour en arriver à certaines préférences, car la transparence est à ses yeux un ingrédient essentiel en matière de réforme sur des questions complexes relatives à la politique de la concurrence et intéressant des intervenants variés.

[...] il y a eu une tendance visant à décrire les actions d'initiative privée comme étant des moyens d'aider le commissaire, de mettre davantage de ressources dans sa poche et de faire une partie de son travail [...], mais ce n'est pas ainsi que je vois les choses en fait. [...] il convient de considérer les actions privées dans un contexte beaucoup plus vaste, [comme] une façon d'élargir la portée des affaires en matière de concurrence. [...] ce qui devrait alimenter une jurisprudence beaucoup plus riche dans laquelle puiser.
[Roger Ware, Université Queen's, 59:11:35]

Même si le Comité est loin de s'imaginer qu'une seule combinaison de réformes est possible ou souhaitable, nous signalons au lecteur et au décideur que les recommandations proposées visent des trains de réformes parmi lesquels il est difficile de choisir étant donné la complexité des corrélations entre les différents articles de la *Loi sur la concurrence*. Toute tentative visant à retenir des recommandations de manière à forger un cadre de concurrence ou une stratégie en la matière qui soient différents n'est pas sans conséquences.

Le présent rapport est divisé en plusieurs chapitres. Le premier est consacré au contexte historique de la politique et du droit en matière de concurrence et aux principaux facteurs économiques, décrits dans la présente introduction, qui compliquent le cadre actuel de la

¹ En règle générale, le critère des « effets sur la concurrence » qu'utilise la *Loi* revient à une « réduction substantielle de la concurrence ». L'article 75 définit néanmoins les « effets nuisant à la concurrence ». La signification de « réduction substantielle de la concurrence » a été précisée dans une certaine mesure au fil des interprétations juridiques et celle des « effets nocifs sur la concurrence » devra être également clarifiée. La description des « effets nocifs » à l'article 75 doit permettre aux PME de bénéficier des recours au nouveau régime d'accès privé. Pour une entreprise ayant une faible part de marché, un refus de vendre pourrait ne pas « réduire substantiellement la concurrence », mais y nuire. L'obligation de démontrer une « réduction substantielle de la concurrence » sur le marché aura probablement pour effet de décourager les poursuites à titre privé sauf dans les affaires les plus importantes.

concurrence au Canada. Il s'articule autour de trois axes. Nous abordons tout d'abord le rôle que le droit de la concurrence devrait jouer d'après notre compréhension des rouages de la concurrence et de l'incidence des politiques publiques complémentaires. Si nous saisissons l'interaction entre ces influences, nous sommes en mesure d'établir quel devrait être ce rôle au Canada. En second lieu, nous analysons les différentes modalités du droit de la concurrence, qui relèvent du droit pénal et du droit civil, et proposons une stratégie d'application optimale pour une économie ouverte de taille moyenne comme la nôtre. Enfin, nous débattons des avantages d'une loi cadre par opposition à des « dispositions spéciales pour des secteurs spéciaux » et nous nous prononçons en faveur d'un retour à la loi cadre, sous réserve d'un élargissement des pouvoirs d'application généraux.

Au chapitre 2, le Comité fait le point sur la concurrence et l'application de la législation pertinente au Canada. Dans notre analyse sur l'influence de la seconde sur la première, nous faisons la distinction entre l'éventail d'instruments, de lignes directrices et de ressources dont dispose le Bureau pour ce qui est de l'application de la *Loi* et l'autonomie et les structures redditionnelles du commissaire. Nous évaluons également le rôle du Tribunal et des tribunaux, la structure des effets dissuasifs des amendes et de l'emprisonnement, ainsi que les possibilités qu'offrira probablement le droit privé d'action. Au chapitre 3, le Comité se penche sur le Tribunal de la concurrence et ses modes de prise de décision.

Aux chapitres 4, 5, 6 et 7, le Comité analyse les grandes dispositions de la *Loi sur la concurrence*, notamment les complots, les pratiques de prix anticoncurrentiels, les agissements constituant des abus de position dominante et l'examen de fusion. Dans chacun, nous évaluons la portée économique de la *Loi*, les avantages et le bien-fondé de l'insertion de ces pratiques soit dans les sections de la *Loi* relevant du droit pénal soit dans celles relevant du droit civil, des éléments de fond de chaque disposition et l'administration du Bureau. Nous cernons les points litigieux, avant de les évaluer de façon approfondie à la lumière des impératifs économiques

[[I]] y a un thème qui mijote et selon lequel la jurisprudence est tout simplement intrinsèquement bonne et qu'il faudrait en avoir beaucoup. Cela me préoccupe, car c'est une façon très coûteuse de faire des lois, comparativement à la législation qui est façonnée par voie de règlements ou de lignes directrices, qui comporte des imperfections mais qui peut également dans de nombreux domaines jouer un rôle beaucoup plus efficient et rapide. La vraie question [...] comment faire pour veiller à avoir des décisions en matière d'application de la Loi sur la concurrence qui soient bonnes et saines du point de vue économique? [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

L'innovation est beaucoup plus rapide. Les transactions se font en l'espace de quelques nanosecondes, comparativement aux contrats d'antan écrits à la plume sur parchemin. Le rythme du marché est aujourd'hui si rapide que le défi posé aux organismes d'application de la loi est extrêmement difficile. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

d'aujourd'hui. Le Comité proposera des réformes pour lesquelles un consensus peut être dégagé; autrement, il recommandera une poursuite de l'étude.

[1] Il serait très utile que votre rapport final se prononce fermement en faveur du principe que la Loi sur la concurrence, en tant que loi cadre, ne devrait pas être élargie afin d'y insérer tout un méli-mélo de modifications spécifiques à certains secteurs.
[Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

Au chapitre 8, le Comité aborde une question importante, malgré sa portée étroite : l'application de la disposition sur le refus de vendre (article 75) dans le secteur de l'essence au détail. Celui-ci comporte des problèmes particuliers en matière de concurrence, car les détaillants indépendants sont nécessairement tributaires des gros producteurs, intégrés verticalement, qui à la fois les approvisionnent et leur font concurrence. Un gros producteur verticalement intégré pourrait-il restreindre la concurrence en s'abstenant de fournir son produit à un détaillant indépendant concurrent, lors d'une pénurie générale? Et, dans l'affirmative, comment la *Loi sur la concurrence* s'appliquerait-elle? Il est nécessaire d'apporter des réponses à ces questions, car elles pourraient aussi avoir des conséquences sur d'autres secteurs de l'économie canadienne où l'intégration verticale est aussi une caractéristique. Enfin, dans sa conclusion, le Comité résume ses recommandations visant le cadre de la politique relative à la concurrence.

CHAPITRE 1 : LE RÉGIME DE CONCURRENCE DU CANADA EN CONTEXTE

L'interaction entre la concurrence et la politique de concurrence

L'interaction entre le processus, d'une part, et la politique et le droit de la concurrence, d'autre part, présente de l'intérêt. La concurrence est un moyen et non une fin en soi. Elle fait en sorte que les entreprises puissent offrir aux consommateurs le meilleur choix de produits aux meilleurs prix. Pour le consommateur, la meilleure conjoncture découle d'un marché libre et ouvert, qui comporte le moins possible d'obstacles à l'accès de nouveaux concurrents, et le moins possible d'obstacles à la sortie², notamment d'obstacles imposés par les pouvoirs publics, comme les règlements sur les produits, les investissements ou les échanges³. De fait, certaines politiques gouvernementales (autres que celles qui visent la concurrence) entravent le jeu de la concurrence, délibérément ou par inadvertance, et il faut utiliser des politiques de la concurrence (controversées parfois, il est vrai) pour rétablir l'équilibre. Toutefois, même lorsqu'il n'existe aucun obstacle attribuable aux pouvoirs publics, il est possible que la libre concurrence à elle seule ne suffise pas. Il faut donc instaurer des règles juridiques supplémentaires lorsque des obstacles technologiques empêchent le jeu de la concurrence de s'exercer de façon automatique et immédiate.

Il arrive aussi que cette interdépendance entre le processus et la politique de concurrence joue dans l'autre sens, lorsque les gouvernements adoptent, délibérément ou par inadvertance, des politiques qui favorisent la

[I] est nécessaire de reconnaître que la politique de concurrence ne se limite pas à la seule Loi sur la concurrence. Il convient d'ouvrir la politique de concurrence afin qu'elle s'attaque au large éventail de restrictions à la concurrence qui sont le fait des gouvernements fédéral, provinciaux et municipaux. Au total, ces dernières pénalisent beaucoup plus les consommateurs, les petites et grandes entreprises que toutes les entraves privées combinées. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:20]

Je pense que le thème ou le principe qui sous-tend la Loi sur la concurrence, à savoir que la concurrence offre d'énormes avantages, est universellement valide. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

² Depuis quelques années, cette dernière condition est particulièrement vraie dans le secteur du détail, avec l'entrée en scène des « grandes surfaces » de vente, notamment pour ce qui touche l'essence, compte tenu des obstacles à la sortie que présentent les lois environnementales sur la mise hors service des réservoirs d'essence souterrains.

³ Parmi ce type d'obstacles, on peut citer diverses politiques gouvernementales — par exemple : les règlements du CRTC sur les télécommunications, la câblodistribution et la télévision par satellite; les systèmes de quota sur les produits laitiers et la volaille; les restrictions concernant la propriété des lignes aériennes et les services de cabotage; le système de distribution de la bière et des alcools en Ontario; le courrier postal de première classe; et les restrictions sur le commerce interprovincial.

[L]a Loi sur la concurrence est destinée à protéger le processus concurrentiel et devrait le faire, c'est-à-dire assurer des conditions telles qu'une bonne entreprise [...] puisse survivre et prospérer [...]. Elle ne doit pas protéger telle ou telle entreprise. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:00]

[U]ne politique d'ouverture au commerce international constitue à bien des égards un meilleur moyen de susciter la concurrence que le fait d'appliquer ses lois propres en matière de concurrence. Je devrais ajouter une politique d'ouverture aux investissements étrangers. [Roger Ware, Université Queen's, 59:13:05]

Il y a au moins deux affaires qui ont accaparé les ressources du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence au cours des cinq dernières années et qui n'en seraient peut-être pas arrivées là si nous avions eu à l'égard de ces industries une approche plus ouverte à l'échelle du continent. Je veux parler, bien sûr, des lignes aériennes et de la vente au détail de livres. [Roger Ware, Université Queen's, 59:11:35]

Lorsqu'on dérègle, il importe de façon générale que l'autorité de réglementation intervienne activement et mette en place les politiques appropriées pour faciliter la concurrence. Cela n'a pas été le cas dans le secteur aérien. Je ne pense pas qu'il faille attendre du commissaire qu'il sauve les consommateurs canadiens [...]. Il faut se tourner [...] vers Transports Canada. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:30]

concurrence. Par exemple, la libéralisation du commerce prévue par l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALE), auquel a succédé l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), constituait une bonne politique en matière commerciale certes, mais aussi sur le plan de la concurrence. La déréglementation et la privatisation de certains secteurs économiques clés, tout en soulevant la controverse en tant que politique industrielle, ont constitué, d'une manière générale, une bonne politique de concurrence.

Les marchés réglementés, ou déréglementés (lorsqu'on omet de mettre en place les institutions qui seraient nécessaires pour encourager l'accès de la concurrence pendant la transition), peuvent également entraîner une distorsion de la concurrence. Le fait d'altérer les règles juridiques sur la concurrence pour mettre en place un contexte réglementaire anticoncurrentiel risque de compromettre voire de corrompre les lois sur la concurrence. Au cours des années 80, les Canadiens ont assisté à l'intervention de l'autorité responsable de la concurrence dans une fusion de laiteries (*Palm Dairies Ltd.*) qui aurait pu s'avérer profitable sur le plan de l'efficacité, à cause de divers quotas de production et obstacles interprovinciaux au commerce qui limitaient la concurrence dans le secteur d'aval. Au cours des années 90, les Canadiens ont encore une fois vu l'autorité responsable de la concurrence intervenir dans le secteur de la librairie de détail (fusion en 1995 de SmithBooks et Coles Book Stores Ltd. pour former Chapters Inc., puis fusion en 2000 de Chapters et Indigo), en raison d'obstacles à l'accès résultant de restrictions sur la propriété imposées par le gouvernement. Aujourd'hui, les Canadiens assistent à l'adoption de « dispositions spéciales pour un secteur spécial » — celui du transport aérien — dans une loi cadre, rendue nécessaire par l'absence d'un cadre de déréglementation adéquat.

Un cadre concurrentiel optimal

Tout cadre concurrentiel, pour pouvoir améliorer le bien-être des consommateurs et l'efficacité de l'économie, doit reposer sur une analyse économique aussi récente que possible. La marge de manoeuvre dans le choix de ce cadre reste néanmoins considérable, et le droit de la

concurrence reflète généralement les particularités nationales : culture, coutumes commerciales, histoire juridique, philosophies politiques, géographie et démographie.

[L]a loi reste une loi économiquement sophistiquée et est reconnue comme telle dans le monde. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:10:50]

Par exemple, l'organisme antitrust des États-Unis — la U.S. Federal Trade Commission — commence à s'opposer aux fusions à des niveaux de concentration industrielle beaucoup plus bas que le Bureau de la concurrence du Canada. Pourquoi? Parce que l'économie américaine étant beaucoup plus importante, les entreprises courent des risques moindres de ne pas réaliser les économies d'échelle et de gamme nécessaires pour être efficaces. De plus, la législation canadienne en matière de concurrence est unique en ceci qu'elle prévoit une défense fondée sur l'efficacité qui exige explicitement que, dans l'examen d'une fusion, les autorités comparent les effets anticoncurrentiels et les « gains en efficacité ». Selon que l'un ou l'autre type d'effets l'emporte, le projet de fusion est jugé acceptable ou inacceptable⁴. Cette disposition semble plus souple que celle en vigueur aux États-Unis, où les gains en efficacité doivent être assez grands pour n'entraîner aucune hausse de prix. Certains témoins ont néanmoins affirmé devant le Comité que même la façon dont le Canada envisage les efficacités n'est pas adéquate.

Personnellement, je ne pense pas que le système soit irréparable. Je pense qu'il s'agit d'un système que nous pouvons sans cesse améliorer [...]. Nous devrions faire cela de façon continue. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:55]

S'il est vrai que l'économie canadienne, beaucoup plus petite, dicte un cadre d'application moins sévère en matière de fusions que celui qui existe aux États-Unis, on pourrait soutenir que le Canada devrait avoir un cadre d'application plus strict en matière de complots que les États-Unis, pour en arriver à des résultats comparables. Cette opinion découle des deux faits suivants : le Canada est un marché plus petit qui est davantage affecté par les obstacles technologiques à la concurrence; de plus, son économie est assujettie à un plus grand nombre d'obstacles à la concurrence découlant de règlements gouvernementaux. En ce sens, les souplesses que comporte le processus canadien d'examen des fusions peuvent être compensées ailleurs : notamment par des dispositions plus sévères sur les complots, les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, la restriction de

En 1986, nous pouvions fièrement brandir la Loi sur la concurrence et vanter un certain nombre d'éléments de cette loi qui nous mettaient en avance sur d'autres pays. Mais [...] l'une des déficiences qui perdurent est l'article 45, qui n'est pas adapté dans le cas des cartels caractérisés, flagrants. Nous ne sommes pas alignés à cet égard avec les autres pays [...]. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:40]

⁴ Cette interprétation a été mise en doute lors d'événements récents, à savoir la décision de la Cour fédérale dans l'appel de l'affaire *Superieur Propane*.

marché, les ventes liées et l'abus de position dominante. Un bon cocktail de facteurs sera la garantie d'une politique de concurrence aussi équilibrée que possible.

Vous pourriez accorder au Bureau autant de ressources que vous le voulez, mais cela ne réglerait pas le problème fondamental posé par le fait qu'il est très difficile d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu pratique de prix d'éviction. Si une personne choisissait de faire une contestation en vertu de l'article 45 — on parle ici de comportement flagrant [...] [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:50]

De fait, cet équilibre peut s'avérer subtil, notamment à l'étape de l'application. Par exemple, l'un des témoins entendus par le Comité au début de 2000, un ancien directeur des enquêtes et recherches au Bureau de la politique de concurrence (ainsi se nommait l'organisme avant le milieu des années 90), a déclaré que l'on n'avait pas suffisamment reconnu l'importance du regroupement qui s'est opéré dans l'industrie pétrolière au cours des années 80. Le Bureau a autorisé les fusions, et c'est ce qui explique en partie les problèmes actuels dans le secteur des produits d'aval⁵. Si cette opinion est juste, cela pourrait signifier que la structure organisationnelle de l'industrie pétrolière pose un problème de concurrence pratiquement impossible à résoudre et qui dépasse de loin en complexité les dispositions de la *Loi sur la concurrence* concernant la fixation abusive des prix. En revanche, le Comité reconnaît que le gouvernement a tenté et tente encore d'améliorer cette situation. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse, correcte ou non, confirme qu'il importe de moduler correctement le cadre de concurrence — qui doit être adapté aux circonstances économiques particulières du Canada.

Selon de nombreux juristes et experts de la politique de concurrence, le problème que nous venons d'évoquer est plus répandu qu'on ne le croit généralement. Certains témoins ont d'emblée cité en exemple les industries des journaux et de l'épicerie au détail. Qu'ils soient vrais ou non, leurs commentaires donnent à penser que le Canada pourrait bien avoir une stratégie d'application en matière de concurrence qui ne réponde pas bien aux besoins d'une économie de petite taille, réglementée ou mixte.

De nombreux experts du droit de la concurrence répètent depuis longtemps les trois mêmes critiques au sujet de la *Loi sur la concurrence*. Premièrement, notre droit en

⁵ Toutefois, il est possible que ces événements soient eux-mêmes les conséquences non désirées de l'imposition d'une réglementation fédérale sur les formules de composition des produits, pour des motifs liés aux émissions de gaz dans l'environnement ou encore aux contrôles sur l'exportation du pétrole brut en vigueur au cours des années 80, qui auraient forcé les raffineurs canadiens à compter davantage sur les réserves plus coûteuses de pétrole brut lourd. Les niveaux de productivité plus bas qui en ont résulté pourraient ainsi avoir signifié qu'il fallait compter davantage sur les rationalisations pour continuer de soutenir la concurrence avec les producteurs américains, sur ce qui est dorénavant un marché nord-américain des produits du pétrole.

matière de complots est inefficace au regard d'autres droits nationaux, en raison principalement des termes exagérément restrictifs de la disposition de la *Loi* (article 45) à ce sujet. En conséquence, le commissaire à la concurrence affiche de piètres résultats en ce qui concerne les affaires de complot, par comparaison avec les autorités responsables de la concurrence dans d'autres pays. Deuxièmement, la disposition canadienne relative aux complots est trop exhaustive à l'égard de certaines ententes commerciales et de certaines circonstances, et elle ne l'est pas assez ailleurs. Autrement dit, c'est un instrument très grossier (voir le Chapitre 4). Troisièmement, le Bureau de la concurrence se concentre trop sur l'examen des fusions et pas assez sur l'application des règles en matière de complots⁶.

En ce qui concerne la deuxième supposition — concernant le bon équilibre des priorités en matière d'application —, on pourrait penser, pour les raisons déjà évoquées, qu'une économie de petite taille comme celle du Canada doit avoir un régime d'application moins sévère en matière de fusions qu'un grand pays comme les États-Unis, toutes proportions gardées et en supposant des objectifs de concurrence globaux identiques, tandis que la situation serait exactement le contraire en ce qui concerne l'application des règles sur les complots. Or, si les critiques citées ci-dessus sont exactes, soit le Canada dispose de mesures d'application mal adaptées à sa situation particulière en matière de concurrence, soit il est tout simplement plus laxiste en la matière que les autres grands pays industrialisés. Cela supposerait également que ceux qui ont salué la *Loi sur la concurrence* comme un progrès très marqué par rapport à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* étaient beaucoup plus sévères à l'égard de la loi précédente qu'on ne le croit généralement. Quoi qu'il en soit, on s'entend généralement pour dire que le Canada est passé d'une loi fédérale sur la concurrence (celle en vigueur avant 1986) qui était relativement inefficace, en raison principalement du fardeau de la preuve plus lourd lié à l'examen au pénal plutôt qu'au civil que cette ancienne loi prévoyait, à une nouvelle loi qui, bien que plus moderne dans son contenu économique et dans son traitement juridique, reste

Lorsque vous administrez un organisme de ce genre [le Bureau de la concurrence], vous êtes sans cesse préoccupé par deux choses. Vous vous inquiétez [...] des erreurs de « type 1 », où vous n'avez pas pris les mesures d'application que vous auriez dû prendre. Vous vous inquiétez également des erreurs de « type 2 », où vous avez pris, dans une affaire tout à fait bénigne, des mesures d'application susceptibles de nuire à ces parties ou de refroidir le marché. Ce sont là des défis extrêmement difficiles à relever dans le contexte actuel du monde des affaires. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:13:00]

[L]e Bureau examine trop de fusions. Si vous regardez les statistiques, au regard de celles des États-Unis, avec l'affaire Hart-Scott, nous passons davantage de temps sur les cas, nous en révisons davantage et procédons à un examen plus approfondi. Cela accapare énormément de temps. Or, une très petite proportion de ces fusions pose réellement des problèmes. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:55]

⁶ Toutefois, si les deux premiers reproches sont effectivement justifiés, il est possible que le troisième ne le soit pas.

Le Bureau a décidé de consacrer une bonne part de ses ressources à la révision des fusions. C'est en partie compréhensible. [...] Sur le plan de l'application, j'aimerais que le Bureau prête davantage attention aux autres dispositions de la Loi [...]. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

légèrement mal orientée sur le plan stratégique. Le Comité entend donc dans le présent rapport essayer de corriger ce défaut. Nous proposerons un moyen de réformer la disposition sur les complots afin de la rendre plus efficace. Une fois ce changement accompli, nous souhaiterions que le Bureau s'attaque de façon plus énergique aux complots menés contre le public. Par conséquent, le Comité recommande :

- 1. Que le Bureau de la concurrence désigne le complot comme l'une de ses principales priorités et qu'il y affecte les ressources nécessaires à l'application de la loi en conséquence. À titre indépendant ou en collaboration avec ses homologues des autres pays, qu'il continue de respecter les actuelles stratégies d'application de la loi qui visent les complots contre le public, qu'ils soient d'ampleur nationale ou internationale. Que le Bureau de la concurrence se penche de façon régulière sur ses stratégies de détection des infractions criminelles dans le but d'améliorer les résultats qu'il obtient à cet égard.**

Loi cadre et dispositions spéciales

La *Loi sur la concurrence* est une loi cadre; elle s'applique uniformément à toutes les industries (à l'exception des monopoles qui sont créées en vertu d'une loi fédérale ou provinciale). Il y a de bonnes raisons à cela, aussi bien économiques que juridiques. Les raisons économiques tiennent à l'idée bien établie selon laquelle, dans l'ensemble, des marchés libres et ouverts permettent d'acheminer aux consommateurs les meilleurs produits et services aux meilleurs prix. À quelques exceptions près, notamment lorsque la *Loi sur la concurrence* ou une autre loi (généralement axée sur une seule industrie) est nécessaire, le processus de la concurrence suffit à discipliner les fournisseurs, en les incitant à répondre aux besoins des consommateurs de la façon la plus économique. Dans le jeu impitoyable de la concurrence, les entreprises rentables survivent et prospèrent, tandis que les autres échouent et disparaissent. Cette dynamique a pour résultat que seuls les intérêts des consommateurs et des fournisseurs efficaces

[C]omme on l'a souvent souligné, la Loi sur la concurrence est une loi d'application générale. Je ne sais pas si c'est toujours exact, avec les dispositions spéciales touchant les agences de voyages, etc., mais je pense qu'elle devrait l'être. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

sont protégés. Quant aux raisons juridiques, elles se résument au fait que, pour des motifs constitutionnels, la plupart des industries relèvent de la compétence provinciale.

D'une façon générale, la *Loi sur la concurrence* entre en jeu uniquement lorsque : 1) le marché ne répond pas aux attentes évoquées ci-dessus; et 2) le fait d'appliquer la *Loi* permet d'obtenir un meilleur résultat. De telles situations ne surviennent que de temps à autre, lorsque, à cause d'obstacles technologiques et/ou réglementaires, les conditions préalables à une concurrence saine ne sont pas en place. Dans ces cas, le commissaire à la concurrence ne réglemente pas le résultat, mais établit des conditions de base susceptibles de faciliter une bonne concurrence.

D'une manière générale, les entreprises qui appartiennent à des secteurs spéciaux, pour lesquels des exceptions particulières doivent être faites à certaines dispositions de la *Loi*, ou au jeu de la concurrence lui-même, ne trouvent pas refuge dans des règles spéciales de la *Loi*. Au contraire, les lois et régimes réglementaires spécifiques, qui concernent habituellement une industrie ou une entreprise précise, sont autorisées pour passer outre à la *Loi sur la concurrence*. C'est ainsi qu'est née la défense fondée sur des actes réglementés. Les frontières de cette défense ne sont toutefois pas claires. Avec le temps, la jurisprudence permettra peut-être de les préciser.

Du moins, cela est resté vrai pendant les 111 années où les lois antitrust ont été en vigueur au Canada. Toutefois, en 2000, le gouvernement s'est écarté de ce principe pour adopter des dispositions spéciales qui donnaient au commissaire le pouvoir de rendre une ordonnance provisoire (article 104.1), parfois appelée ordonnance de cessation, contre un fournisseur de services de transport aérien, selon la définition de la *Loi sur les transports au Canada*, afin d'empêcher tout comportement anticoncurrentiel (fixation de prix abusifs, alinéa 50(1)c), et abus de position dominante, article 79). Le projet de loi C-23 prolongerait la durée de cette ordonnance (au-delà d'un maximum de 80 jours, si toutes les prolongations sont appliquées), afin de permettre les

Certes, certaines industries requièrent un traitement spécial. Dans la mesure où elles sont réglementées, entre en jeu le principe de l'activité réglementée, dont le fonctionnement est plutôt flou. Je pense qu'il serait bon d'en préciser le champ d'application, mais, dans la mesure où une industrie est réglementée, elle n'est pas assujettie à la Loi. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

[L]e gouvernement a jugé bon de mieux définir les dispositions en ce qui a trait au secteur du transport aérien en raison des caractéristiques particulières de ce secteur, qui est unique en son genre. Ce secteur est dominé par un transporteur; la propriété étrangère est limitée; les actifs peuvent être déplacés assez rapidement et servir à déloger les nouveaux arrivants. [André Lafond, Bureau de la concurrence, 64:09:40]

Chaque secteur présente des caractéristiques propres [...], mais dans l'ensemble les problèmes de concurrence sont assez génériques. Vous avez des problèmes de fixation des prix et vous avez des problèmes d'abus de position dominante. Dans tous les secteurs, il faut s'inquiéter des fusions, et donc en principe ces problèmes pourraient surgir dans n'importe quelle industrie. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:10:15]

[L]a législation en matière de concurrence, telle qu'elle existe dans de nombreux pays du monde, est conçue pour protéger le libre marché — pour arbitrer, en quelque sorte — et non pas pour réglementer. La réglementation est le fait de lois sectorielles et lorsqu'on mélange les deux, on risque de créer non seulement un méli-mélo, mais aussi une série de matrices qui ne remplissent pas leur objectif. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:35]

échanges d'information, de bonne foi mais tardifs, entre les parties à la contestation; le projet de loi assujettirait aussi toute société aérienne coupable de ce genre d'infraction à une sanction administrative pouvant atteindre 15 millions de dollars. Le gouvernement justifie ces mesures en invoquant la crise que traverse actuellement la structure concurrentielle de l'industrie aérienne au Canada.

Les spécialistes des politiques et du droit de la concurrence ne sont pas convaincus par les arguments du gouvernement. Selon eux, les dispositions relatives au transport aérien ne sont pas crédibles, pour plusieurs raisons : 1) la crise découle en partie de l'attitude même du gouvernement, à savoir que les restrictions sur la propriété étrangère ont empêché l'accès d'une concurrence qui aurait forcé Air Canada à se discipliner sur le plan des prix; de plus, le gouvernement ne s'est pas occupé de créer un cadre institutionnel approprié pendant la transition de la déréglementation; 2) il est vrai que les structures des coûts et des prix dans les services aériens sont sujettes aux rabais saisonniers et aux autres réductions qui servent à équilibrer l'offre et la demande, ce qui risque (quoique rarement) d'entraîner des réductions abusives des prix, mais les autres services de transport — trains, autobus, bateaux de croisière — sont dans la même situation et ils sont également assujettis à l'organe de réglementation canadien en matière de transports, l'Office des transports du Canada; 3) cette position dominante presque absolue d'Air Canada, dont la part de marché dépasse 80 %, n'est pas sans rappeler celle des sociétés locales de téléphone et de câblodistribution, qui sont actuellement en cours de déréglementation, sous la surveillance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC); et 4) le précédent que ces mesures ont établi risque d'entraîner des dérapages, car d'autres industries, à savoir l'épicerie et les journaux, souhaitent aussi obtenir un traitement spécial. Et ces objections très convaincantes ne sont pas les seules.

Dans son *Rapport intérimaire*, le Comité prend position contre les dispositions spéciales concernant les journaux et il propose une autre solution inspirée des lois spéciales visant les fournisseurs de services bancaires et financiers. Le Comité propose également au gouvernement d'autres moyens d'atteindre ses objectifs, à savoir attribuer au commissaire le pouvoir de prendre des ordonnances de

cessation à l'égard de l'industrie du transport aérien — et de toutes les autres industries d'ailleurs — en élargissant les pouvoirs dévolus au Tribunal de la concurrence en vertu de l'article 100, de manière à couvrir l'abus de position dominante et les prix d'éviction. Cette solution permettrait au moins de préserver l'application générale de la Loi.

Bien que le gouvernement n'ait pas répondu au *Rapport intérimaire* du Comité, sa décision de ne pas révoquer l'article 104.1, alors que le projet de loi C-23 allait généraliser ce pouvoir aux mains du Tribunal de la concurrence, donne à penser que d'autres considérations entrent en jeu. Par exemple, même le court délai nécessaire pour permettre au commissaire d'obtenir une ordonnance provisoire peut entraîner un retard décisif. De toute façon, le gouvernement semble fermement opposé à tout rétablissement d'une réglementation directe des services et des tarifs aériens ou à une libéralisation unilatérale du commerce dans le domaine du transport aérien, et il maintient solidement sa décision de tenter de corriger les problèmes structurels de l'industrie par le truchement de la *Loi sur la concurrence*.

À l'heure actuelle, le Comité reconnaît que les dispositions spéciales touchant le transport aérien sont temporaires et qu'elles seront supprimées lorsqu'une compétition saine aura pris place dans l'industrie. Mais, d'un autre côté, il craint beaucoup que cela ne se fasse pas de sitôt, car même les États-Unis (dont la population est environ dix fois celle du Canada) semblent capables de soutenir seulement cinq ou six sociétés de transport aérien servant de plaques tournantes. Faute du retrait des restrictions sur la propriété et sur les services de cabotage, il se pourrait bien que l'industrie soit dominée par Air Canada pendant fort longtemps. Aussi, le Comité a-t-il des doutes concernant le passage, par le gouvernement, d'une loi d'application générale à une loi comportant des dispositions spéciales visant une industrie précise, alors que d'autres solutions tout aussi efficaces pourraient être possibles dans le cadre d'une réforme axée sur l'avenir. De plus, il se peut que l'orientation prise par le gouvernement ternisse la crédibilité de notre régime de concurrence. De nombreux spécialistes de la concurrence — y compris des organisations internationales comme l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) — commencent à mettre en question

Je pense que c'est très dangereux [...], car on transforme cette loi cadre en un régime réglementaire confié à une autorité qui non seulement n'a pas les ressources voulues, mais qui, franchement, est très mal équipée pour faire ce travail.
[Stanley Wong, Davis and Company, 59:11:30]

Nous avons un scénario qui n'est ni tout à fait le modèle cadre ni celui de la réglementation, et nous demandons au commissaire, d'exercer ses pouvoirs assis entre deux chaises. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

[S]oit il faut intervenir et réglementer le secteur — et si l'on veut réglementer, il ne faut pas réglementer seulement Air Canada — soit il faut dégager le terrain, laisser faire le marché et nous dire « advienne que pourra ». [...] Malheureusement, à l'heure actuelle, nous sommes dans cette situation intermédiaire réellement intenable [...].
[Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:10:30]

[C]e que j'encourage [...] le Comité à faire, c'est de considérer les règles propres au secteur aérien et d'envisager d'en faire des règles d'application générale. Il se trouve que les crises précipitent le changement. Cela a déjà été le cas de la Loi sur la concurrence et le cas se reproduit. Il ne faut pas laisser la Loi en l'état. Il ne s'agit pas d'appliquer à Air Canada des règles spéciales, la Loi devrait permettre de combattre toute conduite répréhensible dans une industrie partiellement déréglementée. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:10:35]

l'indépendance du Bureau de la concurrence par rapport au Parlement et au gouvernement. Le Comité traitera ce problème de façon plus détaillée dans le prochain chapitre.

Dans ce rapport, le Comité proposera de modifier les dispositions sur l'abus de position dominante et les prix d'éviction (article 79 et alinéa 50(1)c), respectivement), ce qui devrait satisfaire le gouvernement, les juristes spécialistes de la concurrence et les économistes, tout en assurant aux entreprises et au public consommateur une application équilibrée des dispositions sur la concurrence. Ces changements permettront de rétablir la *Loi sur la concurrence* en tant que loi d'application générale ne contenant pas de « dispositions spéciales pour des industries spéciales ».

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

Le point sur la concurrence

Au début du présent rapport et dans le *Rapport intérimaire*, le Comité a établi que, dans l'environnement économique du Canada, la non-conformité à la loi est davantage l'exception que la règle. Nous avons souligné l'apport de la *Loi sur la concurrence*, du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence à cet égard. Nous aurions pu également ajouter à cette énumération les nombreux juristes et économistes spécialistes de la concurrence, qui ont tenu les institutions gouvernementales au courant des dernières tendances commerciales et des techniques d'analyse de pointe servant à jauger le comportement économique.

Pour porter un tel jugement, nous nous appuyons sur les témoignages d'économistes qui nous indiquent essentiellement que la *Loi sur la concurrence* découle d'une analyse économique moderne, sur les économistes du Bureau de la concurrence qui possèdent les qualifications et les compétences proportionnelles au défi à relever ainsi que sur les spécialistes du Tribunal de la concurrence dans ce domaine complexe. Les juristes spécialistes de la concurrence nous apprennent que, somme toute, la *Loi sur la concurrence*, le Bureau et le Tribunal nous procurent presque le degré optimal d'application régulière de la *Loi* et de justice économique auquel on pourrait s'attendre. En amalgamant cet apport à la politique sur la concurrence et à l'application de la *Loi*, et en tenant compte du fait que le Canada est un marché relativement ouvert, nous sommes confiants que la concurrence règne au Canada.

Parallèlement, le Comité manquerait à ses obligations envers la population s'il devait conclure que le régime de la concurrence fonctionne à merveille. L'étude effectuée par le Comité de la politique sur la concurrence au cours des trois dernières années a montré en fait que le régime comportait des lacunes et était perfectible. Avant d'aborder ces problèmes systémiques, et de suggérer des

Je pense que, actuellement au Canada, nous devrions être fiers du fait que nous possédons une économie productive et efficace, particulièrement lorsque nous envisageons notre position [...] dans le monde et l'économie où nous nous trouvons aujourd'hui. Selon moi, notre loi nous a bien aidés dans nos démarches pour y parvenir. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:30]

Il se peut que nous n'ayons tout simplement pas dans certains domaines un très grand nombre d'affaires valables. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

Selon mon expérience, un ou deux procès menés par le Bureau, surtout s'il s'agit de grosses affaires, pourraient pratiquement absorber tout le budget du contentieux [...] cela signifie que le bureau doit se montrer extrêmement sélectif lorsqu'il décide des poursuites à intenter, particulièrement s'il s'agit d'affaires risquant de devenir rapidement très complexes. [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:10:10]

améliorations, il est utile cependant d'examiner les données statistiques sur l'application de la *Loi* pour déceler les secteurs où nos efforts seraient les plus pertinents.

Notre dossier en matière d'application de la *Loi*

Pour évaluer le dossier du Bureau de la concurrence en matière d'application de la *Loi*, il faut comprendre ce qu'on attend de lui et, en particulier, l'orientation commerciale qu'il peut suivre sur le plan pratique. Nous demandons au Bureau de réaliser les quatre objectifs énumérés dans la partie de la *Loi sur la concurrence* portant sur son objet et de respecter l'esprit de ladite loi. Aux termes de l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, il faut préserver et favoriser la concurrence au Canada dans le but :

- de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne;
- d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada;
- d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne;
- d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Ces objectifs sont essentiellement de nature qualitative et ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation objective; seul un examen subjectif est possible. C'est pourquoi nous demandons au commissaire de signaler dans un rapport annuel les activités entreprises par son organisme pour faire appliquer la *Loi* et défendre les intérêts canadiens, plutôt que de nous indiquer dans quelle mesure il a réalisé les objectifs de la *Loi*. Il revient ensuite aux gens de se former une opinion sur l'efficacité du Bureau à faire appliquer la *Loi* et à atteindre l'objet de cette dernière.

J'aimerais [...] parler de la nécessité générale d'assurer que les ressources et le cadre institutionnel du Bureau de la concurrence soient aussi forts qu'ils doivent l'être pour que le Bureau puisse exécuter efficacement son mandat dans les divers domaines que vous examinez. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

Le Comité est d'avis que, pour évaluer cette efficacité, il faut obligatoirement se pencher sur les coûts des poursuites engagées par le Bureau. À plusieurs occasions, des témoins ont signalé au Comité que les frais d'application de la *Loi* coûtaient en moyenne un million de dollars

approximativement par procès⁷. Ce coût varie probablement en fonction de la nature de l'affaire, qu'il s'agisse d'une pratique susceptible d'examen par un tribunal civil ou pénal, d'une fusion ou d'un abus de position dominante, d'une pratique de fixation de prix anticoncurrentielle ou d'un complot, etc. Le plus important cependant, c'est que ce coût élevé de l'application de la *Loi* vient creuser un écart immense entre l'objectif de conformité et le comportement économique que nous observons sur les marchés. La stratégie du Bureau en matière d'application de la *Loi* doit donc tenir compte de ce coût, parmi d'autres facteurs.

Nous devons préciser ce que nous demandons du Bureau. Le Comité ne demande pas au commissaire et à son personnel de donner suite à chaque affaire en obtenant un avantage économique net positif. Et le commissaire ne devrait pas s'engager strictement à maximiser les profits dans l'application de la *Loi*. Il devrait plutôt donner suite aux plaintes valables qui entraînent des répercussions économiques importantes, ce qui devrait prévenir les pratiques anticoncurrentielles flagrantes étant donné les ressources que le gouvernement est en mesure d'affecter à cette fin.

Il existe de bons motifs d'adopter la dernière de ces trois solutions. Selon la première solution, le commissaire serait tenu d'engager des poursuites toutes les fois qu'une affaire entraînerait une amende supérieure aux coûts d'application. Il faudrait peut-être alors disposer de ressources illimitées, ce que les contribuables ne favoriseraient pas étant donné l'avantage restreint que chacun en retirerait. La deuxième solution, qui comporterait des amendes établies en fonction non pas de leur valeur dissuasive, mais de leur potentiel de bénéfices, sacrifierait l'intérêt général qu'il incombe au gouvernement et au Parlement de promouvoir. Le Canada ne veut absolument pas d'une telle société de droit litigieux. Le Comité n'est pas prêt à sacrifier la justice économique pas plus qu'il

Je tiens à féliciter le Comité d'avoir [...] dressé la scène — le contexte de marché à l'intérieur duquel ce comportement de marché est en train d'être évalué, les décisions d'application de la Loi sont en train d'être prises et le pouvoir discrétionnaire du commissaire est en train d'être exercé. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:55]

⁷ Ces commentaires ont été confirmés dans la récente étude commandée par le Bureau de la concurrence et intitulée *Étude du coût historique des poursuites intentées devant le Tribunal de la concurrence* (articles 75 et 77)

n'est disposé à composer avec « l'effet paralysant » sur les activités économiques, ce qu'implique une telle approche rigide.

[L']application de la Loi bénéficierait du consentement au bureau du commissaire de plus de ressources. Il y a une question qui sous-tend la plus grosse question, notamment quel est le rôle du commissaire, le rôle que les gens cherchent à financer? Ils se posent bien évidemment toujours la question générale [...] soit combien nous autres Canadiens voulons investir dans l'application de la loi en matière de concurrence face à toutes les autres priorités en matière de politique publique. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:40]

Dans le domaine du droit et de l'économie, optimiser les avantages de la concurrence nécessite une solution équilibrée en matière d'application de la *Loi*, le terme «équilibrée» désignant la mesure pertinente de la conformité à la *Loi*. Une telle solution repose sur le fait que ni la menace de poursuites ni les mesures de sensibilisation et de conformité volontaire ne constituent la stratégie la plus efficace à ce chapitre. Le Comité est convaincu que le Bureau de la concurrence est doté de toute la gamme des outils dont il a besoin pour garantir la conformité à la *Loi* : de la sensibilisation par les publications, les communications et la défense des intérêts, au respect volontaire par la vérification, les avis consultatifs et les certificats de décision préalable, en passant par les mesures concertées découlant d'ententes négociées, d'ordonnances par consentement et de poursuites. Cependant, une telle approche équilibrée sera très subjective. Les profanes trouveront qu'il est difficile d'établir une distinction entre un bon jugement et un mauvais jugement, précisément parce que, en matière d'orientation des marchés, le droit et l'économie ne sont pas des sciences exactes. En outre, même si elles l'étaient, la collecte d'éléments de preuve pour étayer une position sur une activité douteuse comporte de nombreux autres pièges. Pour toutes ces raisons, le Comité ne tirera que les conclusions les plus prudentes ou les plus évidentes de son dossier en matière d'application de la *Loi*.

S'il y a beaucoup de comportements marginaux, alors, certes, nous voulons remettre les choses en ordre [...] Mais les choses peuvent être remises en ordre soit par voie de litige, soit si le commissaire obtient de l'intéressé qu'il change de comportement, sachant que s'il ne le fait pas il risque un procès. Le commissaire est sans cesse en train de régler des affaires en recourant à d'autres solutions, et cela est extrêmement rentable pour nous tous. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

Le tableau 2.1 donne un aperçu du dossier du Bureau en matière d'application au cours des dernières années, et ce en fonction de certaines dispositions de la *Loi*. Le Comité est conscient que de nombreuses conclusions peuvent être tirées des données, y compris des conclusions diamétralement opposées. Par exemple, en se basant sur le nombre de plaintes, on pourrait croire qu'il faut être plus vigilant à l'égard des violations aux dispositions sur le maintien des prix que de toutes les autres pratiques anticoncurrentielles (refus de vendre, vente liée, exclusivité et limitation du marché). En revanche, on pourrait tout aussi raisonnablement penser que, compte tenu du nombre d'enquêtes par rapport au nombre de plaintes, le Bureau est relativement laxiste, voire trop laxiste face aux plaintes de prix d'éviction, de refus de vendre, de vente liée,

d'exclusivité et de limitation du marché. Ces deux positions sont possibles étant donné qu'il manque à chacune des faits pertinents et essentiels.

Tableau 2.1
Dossier du Bureau de la concurrence sur
l'application de la *Loi sur la concurrence*
en fonction de certaines dispositions de celle-ci

Disposition	Plaintes	Résolution des plaintes		
		Enquêtes	Autres instruments de règlement	Procédures d'application officielles
50(1)(a)	88	5	4	0
50(1)(c)	382	7	9	0
61	461	7	77	3
75	304	27	4	1
77	214	28	7	0
Total	1 449	74	101	4

Nota : Les données sur les dispositions traitant de la fixation des prix (alinéas 50(1)a) et 50(1)c) ainsi que l'article 61) portent sur une période quinquennale comprise entre le 1^{er} avril 1994 et le 31 mars 1999. Les données sur le refus de vendre (article 75) ainsi que sur la vente liée, l'exclusivité et la limitation du marché (article 77) portent sur une période de quatre ans comprise entre le 1^{er} avril 1997 et le 31 mars 2001.

Sources : J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, 1999; Bureau de la concurrence, lettre non datée adressée au Comité à la suite des audiences sur le projet de loi C-23.

Manifestement, le Bureau, en établissant ses priorités internes, a posé le principe que les cartels sont un problème majeur, que les règles touchant les prix imposés et discriminatoires, par exemple, sont économiquement mal fondées et vont trop loin, et qu'il n'y a donc pas lieu d'en faire des priorités d'action. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25

De toute évidence, le Comité n'est pas en mesure de quantifier les retombées économiques de chaque affaire, ni d'évaluer le bien-fondé de chacune par rapport aux différentes dispositions de la *Loi*, ni d'évaluer les lacunes juridiques ou économiques exactes de chaque disposition. Nous comprenons cependant que les différentes pratiques de marketing et de fixation des prix entraînent des réactions publiques distinctes et, partant, des degrés divers de reddition des comptes. Cependant, il est absolument impossible d'établir la corrélation exacte entre l'indignation et le nombre de plaintes afin de pouvoir procéder à une évaluation pertinente. Le ratio enquêtes/plaintes par rapport à chaque disposition de la *Loi* relève-t-il davantage du coût des poursuites, du bien-fondé, des répercussions économiques ou de la clarté de la terminologie employée dans la *Loi*?

Le rapport VanDuzer a abordé ces mêmes questions en examinant les dispositions sur les pratiques anticoncurrentielles de fixation des prix, et le Comité ne voit pas pourquoi il faudrait contester les principales conclusions du rapport. Les critères utilisés par le Bureau pour choisir les affaires ont été évalués dans le rapport. Il y a quatre critères qui ne sont pas pondérés de la même façon et auxquels des points sont attribués selon chaque plainte en fonction des faits. Ces critères sont les suivants : 1) incidence économique; 2) considérations relatives à l'application de la *Loi*; 3) solidité du dossier; 4) considérations relatives à la gestion. Le Comité fait ressortir les extraits suivants du rapport VanDuzer :

Je pense qu'il peut avoir gain de cause, et c'est d'ailleurs le cas, avec les affaires de complot dans des cadres tant larges que restreints. Surtout dans l'environnement contemporain, avec l'actuel programme d'immunité, qui lui permet d'approuver les accords qu'il lui était assez difficile d'entériner dans les années 80. Les statistiques de 1992 ne sont en réalité pas pertinentes quant à votre décision d'intervenir ou non dans ce domaine. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:40]

Selon les statistiques, peu de dossiers ont été traités jusqu'à ce qu'on parvienne à une forme de règlement, sauf au moyen d'autres instruments de règlement dans le cas des plaintes visant le maintien des prix. L'absence relative de procédures officielles d'application soulève plusieurs préoccupations concernant la clarté et, en fin de compte, l'efficacité de la loi. Des procédures d'application obligerait les cours et les tribunaux à peaufiner progressivement la loi, en clarifiant son application et en soulignant la volonté du Bureau de l'appliquer. Un nombre accru d'affaires portées devant les tribunaux mettrait également au jour les lacunes de la loi, mais en fin de compte se révélerait bénéfique en favorisant la réforme de la loi. On peut espérer qu'une plus grande clarté engendrée par l'adoption dans un plus grand nombre de cas de mesures d'exécution susciterait un plus grand intérêt pour les actions privées en vertu de l'article 36. À ce jour, la possibilité de poursuites civiles pour infraction aux dispositions pénales a été peu exploitée⁸.

On crée un fossé entre les attentes des personnes qui portent plainte auprès du Bureau et ce que le Bureau est prêt à faire contre des pratiques en matière de prix présumées anticoncurrentielles. La situation est particulièrement grave en cas de discrimination par les prix et de pratique d'éviction, puisqu'en l'absence complète de procédures officielles d'application, le Bureau pourrait être accusé de choisir de ne pas appliquer la *Loi*. Ceci donne à penser qu'il y a lieu de réexaminer les critères de sélection des dossiers de sorte à réduire les obstacles qui empêchent les tribunaux d'être saisis des plaintes et de réviser les lignes directrices afin de respecter plus rigoureusement la *Loi*. Ou bien, il y a lieu de réformer les dispositions afin de donner au Bureau une orientation plus claire quant à sa

⁸ J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de droit et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, p. 70.

politique d'application. D'une façon ou d'une autre, il en résultera une plus grande concordance entre la lettre de la loi et la politique de mise en application du Bureau⁹.

Sur un plan plus général, le Comité souhaiterait conclure que, étant donné les tendances plutôt constantes dans le nombre de plaintes et d'enquêtes totales au cours des périodes de quatre et de cinq ans envisagées dans le tableau 2.1, à une époque où les activités économiques étaient prospères et croissaient constamment, le monde des affaires s'est conformé relativement davantage à la *Loi*. Cependant, nous ne pouvons pas en arriver à une telle conclusion parce que même le nombre de plaintes est fonction de ce que les gens savent sur ce qui constitue une infraction en vertu de la *Loi* et de la façon dont ils perçoivent l'attitude du Bureau face à leurs plaintes. Nous ne pouvons pas corriger ces données en conséquence, ces facteurs importants étant inconnus ou n'ayant pas été consignés.

Le nombre record d'amendes perçues par le Trésor fédéral à la suite des récentes mesures intensives prises par le Bureau à l'égard des complots pourrait être interprété comme un signe de vigilance accrue qui ne tardera pas à rapporter lorsque l'économie aura repris son envol, parce que les entreprises seront plus efficaces et qu'on aura adopté des politiques vigoureuses en matière de concurrence. La plupart de ces amendes ont été imposées à la suite de condamnations dans des affaires de complots internationaux. Le Bureau pourrait simplement suivre dans la foulée des autorités des autres pays en matière de concurrence. En outre, les plaidoyers de culpabilité dans les affaires de complots sont susceptibles également de refléter le coût élevé des poursuites et la possibilité que des renseignements privés deviennent publics dans d'autres pays comme aux États-Unis, où les parties peuvent essayer d'obtenir des dommages-intérêts au montant triplé. Ces faits laissent supposer que les plaidoyers de culpabilité sont plus de nature à refléter la rentabilité d'intenter des poursuites au Canada que la culpabilité réelle ou l'effet dissuasif de la *Loi*.

Étant donné l'analyse qui précède, le Comité axera ses efforts sur les réformes qui réduiront directement les

Sur le plan des problèmes d'application, votre comité pourrait agir dans trois domaines. Il y a cette question de financement... il y a aussi celle des autres instruments de règlement, comme les recours privés [...] l'autre plan d'action serait une réforme radicale de la procédure du Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

Il coûte encore plus cher d'intenter une procédure pénale, à cause de la norme de preuve pénale. Donc, la décriminalisation, à certains égards, et l'adoption d'une infraction absolue, devrait réduire le coût, car c'est un coût infligé à l'ensemble de la société. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

⁹ *Ibid.*, p. 71.

Il y a un débat sur l'opportunité de scinder l'article 45 en une infraction absolue et une infraction civile. Si vous faites cela, il en coûtera plus cher au commissaire de poursuivre pour les infractions civiles. Dans le monde pénal actuel, la responsabilité est scindée entre deux ministères, si bien que la poursuite émerge à deux budgets différents. Le Bureau de la concurrence se charge de l'enquête et le ministère de la Justice assure la poursuite. Si l'on va revoir le rôle du Bureau, il faudra également réfléchir aux ressources dont il aura besoin pour s'acquitter de cette responsabilité supplémentaire. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

[J]'ai l'impression que le droit évolue au fur et à mesure des jugements et s'affine par ce biais. Or ce qui semble se passer au Canada, c'est qu'une décision laisse subsister pas mal d'incertitudes, et ensuite rien ne se passe pendant huit ou dix ans. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:50]

coûts d'application, sans compromettre indûment les droits juridiques, ce qui comblera donc l'écart entre l'objectif de conformité complète à la *Loi* et le comportement économique que nous observons sur le marché. Comme premier moyen de réduire les coûts d'application, tous préconisent de se pencher sur les méthodes actuelles du Tribunal, lesquelles font l'objet du prochain chapitre. L'élaboration d'une jurisprudence et les lignes directrices du Bureau en matière d'application auraient également un effet direct sur le coût des poursuites et de l'application. Cette question sera abordée immédiatement à la rubrique suivante.

Le Comité examinera également les effets indirects sur les coûts d'application. Il se penchera sur les dispositions les plus discutables de la *Loi* afin de s'assurer qu'elles refléteront correctement les motifs et les conséquences économiques. C'est pourquoi faire passer des dispositions importantes, de la partie de la *Loi* traitant des infractions pénales à celle traitant de l'examen, peut restreindre les coûts d'application totaux (voir les chapitres 4 et 5), outre le fait qu'un tel changement aurait un effet paralysant moindre sur les activités économiques. De plus, ces changements auraient très certainement pour effet que le fardeau de l'application incomberait au commissaire plutôt qu'au procureur général du Canada, ce qui pourrait entraîner des répercussions sur le budget et les ressources des deux organismes. Sur le plan des mesures d'application et des pouvoirs officiels, le Comité évaluera le bien-fondé des ordonnances d'interdiction par rapport aux dommages-intérêts et aux amendes comme outils de dissuasion applicables aux pratiques anticoncurrentielles, et plus particulièrement aux prix d'éviction. Enfin, le Comité examinera l'impact du droit privé d'action sur un nombre restreint de pratiques visées par la partie de la *Loi* traitant des recours civils, selon les termes du projet de loi C-23. Le Comité étudiera également les répercussions sur les ressources. Parallèlement, il évaluera la pertinence des ressources affectées au Bureau aux fins de l'application de la *Loi*.

La jurisprudence et les lignes directrices en matière d'application

L'application d'une loi, y compris celle sur la concurrence, ne peut pas se faire en vase clos. Il est essentiel de donner des points d'ancrage permettant d'évaluer les pratiques. De plus, il faut des repères précis qui permettent d'établir une distinction entre une activité commerciale acceptable et une activité commerciale inacceptable. Le libellé de la *Loi* ne traite pas suffisamment de l'aspect économique. Il faut élaborer une jurisprudence et des lignes directrices en matière d'application pour expliquer la philosophie économique parfois abstraite sur laquelle la *Loi* se base. En fait, lorsque la jurisprudence et les lignes directrices en matière d'application traduisent fidèlement la théorie économique, elles aident le monde des affaires à se conformer volontairement à la *Loi* et le Bureau à appliquer cette dernière.

Les experts en droit de la concurrence qui ont témoigné devant le Comité étaient presque unanimes à cet égard. Selon eux, la jurisprudence actuelle est insuffisante pour orienter correctement ceux qui interviennent sur les marchés. Les ambiguïtés dans le libellé et l'application de la *Loi* sont légion. Ces experts divergent cependant d'opinions lorsqu'il s'agit de déterminer la cause principale. Certains l'imputent à la faiblesse de la *Loi* tandis que d'autres blâment le Bureau de la concurrence qui serait peu enclin à prendre des risques. L'écart entre ces deux positions s'agrandit face à la solution proposée d'accorder davantage d'incitatifs financiers pour élaborer la jurisprudence nécessaire. Certains maintiennent qu'il serait utile de le faire tandis que d'autres croient que c'est une façon coûteuse de préciser la *Loi*. Ces derniers préconiseraient plutôt de clarifier les lignes directrices du Bureau en matière d'application. Le Comité coupera la poire en deux, étant d'avis qu'il faut davantage de jurisprudence, ce qui pourrait se concrétiser entre autres en accordant un droit privé d'action, comme le prescrit la version modifiée du projet de loi C-23. En plus, le Comité reconnaît qu'il faudrait affiner les lignes directrices en matière d'application.

Les lignes directrices du Bureau en matière d'application visent à combler les lacunes imputables à la

Je pense que les interprétations de la loi données par le commissaire devraient être beaucoup plus souvent éprouvées [...] par opposition au renforcement des pouvoirs du commissaire [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

Premièrement, nul ne souhaite réellement se retrouver au Tribunal dans le seul but d'établir une jurisprudence pour les autres. C'est le genre de service public que nul ne souhaite réellement rendre. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:50]

[S]i nous avons davantage de jurisprudence, nous n'aurions pas besoin d'autant de lignes directrices. On n'aurait pas besoin, par exemple, de spécifier, en rapport avec l'article 78, tous les agissements anticoncurrentiels ou abusifs auxquels une entreprise dominante peut se livrer. Cela aurait pu être exploré devant le Tribunal et on pourrait se fier à la jurisprudence. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:50]

jurisprudence insuffisante afin de mieux faire comprendre la *Loi* à la population. Relativement aux dispositions régissant les pratiques anticoncurrentielles de fixation des prix, les auteurs du rapport VanDuzer signalent ce qui suit :

En établissant ses lignes directrices sur la discrimination par les prix et celles sur les prix d'éviction, le Bureau a essayé de doter son personnel d'un instrument analytique cohérent pour l'application des dispositions pénales ayant trait aux prix d'éviction et à la discrimination par les prix. Malgré les critiques que nous avons faites, cette approche s'est généralement révélée très efficace. Les lignes directrices sont beaucoup plus efficaces que les procès pour clarifier l'interprétation des dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Par ailleurs, elles peuvent s'appliquer de manière générale à des problèmes et dans un cadre analytique, tandis que les décisions des tribunaux sur des affaires données présentent deux inconvénients, celui de ne dévoiler que progressivement les subtilités de la loi et celui de livrer parfois une analyse qui peut être liée aux éléments propres à chaque affaire. Grâce aux lignes directrices les agents de commerce chargés de l'étape critique de l'évaluation préliminaire des dossiers disposent des outils voulus pour prendre des décisions judicieuses et uniformes. En proposant une méthode d'application claire, les lignes directrices peuvent faciliter le recours à d'autres instruments de règlement et, plus généralement, réduiront les coûts reliés à la conformité des entreprises¹⁰.

Je pense que tous les éléments requis sont là. Ce sont les interprétations qui laissent beaucoup à désirer. Je ne pense pas qu'il faille des règles distinctes pour des industries distinctes. Mais je pense qu'il faut une application claire et cohérente des lignes directrices claires. [John Scott, Fédération canadienne des épiciers indépendants, 59:09:45]

De l'avis du monde des affaires, les lignes directrices ne sont pas une solution rassurante. Elles n'ont aucune force exécutoire devant les tribunaux, le Bureau ou le Tribunal de la concurrence. On a signalé au Comité que le Tribunal ne tient pas compte habituellement des lignes directrices. Récemment, le Bureau de la concurrence a abandonné ses propres lignes directrices sur l'application des dispositions régissant les fusions, dans l'affaire *Superieur Propane*. Le Comité trouve que cette attitude est déconcertante. Nous pouvons uniquement en conclure que les lignes directrices doivent être modifiées. Les auteurs du rapport VanDuzer ont formulé plusieurs recommandations précises sur les lignes directrices du Bureau en matière d'application, recommandations que nous appuyons généralement. Cependant, le Comité abordera chacune d'entre elles dans les chapitres ultérieurs. Il souscrit également à la recommandation 16 du rapport VanDuzer, laquelle recommandation traite, d'une façon générale, des lignes directrices en matière d'application. Cette

¹⁰ J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *op.cit.*, p. 86.

recommandation découle du fait qu'on a reconnu la transition générale entre une économie industrielle et une économie du savoir caractérisée par l'innovation et les structures industrielles. Dans cette économie du savoir, la domination du marché, le cas échéant, est susceptible d'être relativement courte. Le Comité recommande donc :

- 2. Que le Bureau de la concurrence revoie ses directives, ses politiques et ses pratiques en matière d'application de la Loi pour s'assurer qu'une importance suffisante soit accordée aux gains d'efficacité dynamiques compte tenu des nouveaux défis que pose l'économie du savoir, notamment : 1) une innovation rapide; 2) des coûts marginaux décroissants ou nuls pour chaque unité de production supplémentaire; 3) l'éventuel désir de domination du marché par une entreprise, établissant ainsi une nouvelle norme sectorielle; et 4) la fragilité croissante des positions dominantes.**

Lorsque cet examen sera terminé, nous nous attendons à ce que le commissaire s'en tienne aux lignes directrices en matière d'application. Tout écart important de celles-ci est inacceptable. S'il faut apporter d'autres changements, les lignes directrices devraient être modifiées avant d'être appliquées, et non pas l'inverse.

Outils d'application comportant des délais rigoureux

En de nombreuses occasions lors de ses témoignages devant le Comité, le commissaire a préconisé de modifier la Loi afin qu'il puisse disposer de nouveaux pouvoirs l'autorisant à émettre des ordonnances d'interdiction à son propre compte, sans donner à la partie visée le droit d'être entendue avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance et sans être tenu d'obtenir l'autorisation préalable du Tribunal de la concurrence. Un tel pouvoir a été conféré en vertu de l'article 104.1 de la Loi sur la concurrence régissant les transporteurs aériens nationaux définis dans la Loi sur les transports au Canada, lorsqu'il s'agit de pratiques anticoncurrentielles (prix d'éviction, alinéa 50(1)c), et abus de position dominante, article 79). Le projet de loi C-23 prolongerait la durée de cette

Notre expérience montre que les lignes directrices sont routinièrement [...] ignorées dans des cas particuliers. Récemment, par exemple, le Bureau de la concurrence a abandonné ses lignes directrices sur les fusions dans l'affaire de Supérieur Propane. On a vu d'autres cas où le Tribunal a ignoré ses lignes directrices. Il est bon de discuter de ces questions et d'esquisser les scénarios et de voir ce que l'on pourrait faire. Mais penser que les lignes directrices et leurs publications vont nécessairement réduire l'incertitude [...] Je pense que seule la jurisprudence peut le faire et nous en avons très peu. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:05]

Si vous étiez à l'intérieur et voyiez la difficulté et les efforts déployés pour respecter cette loi, vous arriveriez à la conclusion que la réponse est oui, c'est efficace. Le commissaire est très vigilant et Air Canada se débat chaque jour pour essayer de comprendre ce qu'elle peut faire et ne pas faire dans le régime actuel. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:45]

Je veux simplement distinguer entre deux façons de combattre les prix d'éviction. L'une est le pouvoir de rendre une ordonnance d'interdiction que possède le commissaire, pouvoir dont il demande le renforcement afin de pouvoir la rendre au préalable, avant même que la firme visée fasse quoi que ce soit. C'est une possibilité, et elle a l'avantage de protéger un concurrent donné et d'empêcher un préjudice immédiat. Mais je pense que ce n'est certainement pas la bonne solution, ni dans le cas du transport ni d'aucune autre industrie. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:40]

Je pense que le meilleur moyen de combattre les prix d'éviction est d'attendre et de sanctionner l'infraction. Là où nous avons un problème dans ce pays, c'est que cela n'apporte pas grand-chose, lorsqu'on constate qu'une infraction est commise, d'ouvrir une procédure en droit civil pour abus de position dominante et dire « Voilà, ne recommence pas », puis d'émettre une injonction. Ce genre de remède est simplement insuffisant. Ce qu'il faudrait plutôt faire ici [...] est d'utiliser la procédure civile et d'imposer des amendes. Et [...] peut-être même envisager des dommages-intérêts. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:40]

ordonnance — au-delà de 80 jours si toutes les possibilités de renouvellement sont utilisées — afin de permettre aux deux parties d'échanger des renseignements de bonne foi mais tardivement. Le projet de loi C-23 accorderait ce même pouvoir au Tribunal de la concurrence. En effet, une nouvelle disposition, le paragraphe 103.3(2), viserait tous les secteurs d'activité et tout comportement susceptible d'examen au civil.

Une nouvelle disposition de la *Loi*, le paragraphe 103.3(2), précise les circonstances où le Tribunal peut rendre une ordonnance provisoire. L'ordonnance sera rendue :

- lorsque la concurrence subira vraisemblablement un préjudice auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier;
- lorsqu'un compétiteur sera vraisemblablement éliminé;
- lorsqu'une personne subira vraisemblablement une réduction importante de sa part de marché, une perte importante de revenu ou des dommages auxquels le Tribunal ne pourra adéquatement remédier.

Selon les critiques, l'instance *ex parte* sans préavis à l'autre partie présente un fait accompli et constitue une ordonnance qui est dotée de la même force que si elle émanait d'un tribunal et dont la violation est punissable d'une amende ou de l'emprisonnement. Lorsque l'ordonnance est signifiée, la partie visée peut présenter une demande d'annulation. Lors de l'audition d'une instance, les motions et les demandes faites *ex parte* constituent l'exception plutôt que la règle. En outre, ce qu'on demande au Tribunal lorsqu'il rend une ordonnance, particulièrement à la suite d'une perte importante d'une part de marché ou d'une perte importante de revenu, constitue un moyen si faible qu'il amène le commissaire à aller au-delà de la protection du processus concurrentiel afin de protéger les différents concurrents. Les économistes appuient considérablement cette position parce qu'ils croient fermement que la concurrence doit, de par sa nature même, déboucher sur des gagnants et des perdants en ce qui concerne les revenus et la part de marché. Par conséquent, la *Loi sur la concurrence* risque maintenant de nuire à la concurrence. Ces critiques préconisent par contre d'accorder des dommages-intérêts et d'imposer des

amendes comme moyens pertinents de prévenir les pratiques anticoncurrentielles.

Pour sa part, le commissaire est d'avis que ces pouvoirs extraordinaires sont nécessaires étant donné l'insuffisance des mesures et/ou des recours dont dispose actuellement le Bureau pour s'opposer à la menace des prix d'éviction et des autres pratiques anticoncurrentielles d'une façon opportune. L'instance *ex parte* est adoptée parce que donner un avis d'instance imposerait un processus qui obligerait le commissaire à se présenter devant le Tribunal, ce qui nécessiterait beaucoup de temps, afin de faire valoir l'ordonnance provisoire, réduisant considérablement ce qu'on visait pour ce pouvoir, c'est-à-dire un délai rigoureux.

En s'inspirant de ces arguments, le Comité se rend compte que, dans un monde parfait où les prix d'éviction et les autres pratiques anticoncurrentielles pourraient être détectés facilement et où l'application de la *Loi* ne laisserait place à aucune ambiguïté, de tels comportements anticoncurrentiels ne seraient plus possibles parce qu'une ordonnance d'interdiction y mettrait fin dès qu'ils se manifesteraient. De plus, en accordant des dommages-intérêts et en imposant des amendes, le Tribunal découragerait de telles pratiques anticoncurrentielles. Les deux méthodes d'application, en l'occurrence l'ordonnance d'interdiction provisoire et les dommages-intérêts, entraîneraient les mêmes répercussions dans un tel environnement. Cependant, nous vivons dans un monde imparfait où les méthodes d'application ne sont pas les mêmes et exercent des effets différents. Dans un monde où les erreurs « de type 2 » sont possibles, c'est-à-dire lorsqu'une mesure d'application inopportune est prise, l'ordonnance d'interdiction provisoire entravera la concurrence et fera perdre de l'argent aux consommateurs en les forçant à payer plus cher pendant la période visée par l'ordonnance. D'autre part, dans un monde où la *Loi* est appliquée avec ambiguïté et comporte des lacunes dans son libellé, les dommages-intérêts et les amendes peuvent empêcher les concurrents d'adopter des stratégies de fixation des prix énergiques mais concurrentielles. De toute évidence, ces répercussions ne sont pas les mêmes.

Il y a les prix d'éviction. Il faut manifestement un remède autre que l'ordonnance d'interdiction. Un remède axé sur des dommages-intérêts et des amendes semble une dissuasion raisonnable. On pourrait transférer cela dans le volet civil et éviter tous les problèmes des poursuites au pénal. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:55]

C'est une erreur, si l'on va jusqu'à dire, mettons, en matière de prix d'éviction, que les pouvoirs d'interdiction, parce qu'ils peuvent intervenir si rapidement, sont forcément souhaitables [...] Il est tout à fait possible d'inscrire dans la Loi une disposition d'application contre la pratique des prix d'éviction et qui s'appuie sur la procédure normale du Tribunal, sans qu'il faille recourir à des mesures de redressement par voie d'injonction. À condition de prévoir des amendes et des incitatifs suffisamment onéreux [...] [Roger Ware, Université Queen's, 59:12:15]

En évaluant les avantages et les inconvénients de ces outils d'application dotés de « délais rigoureux », le Comité s'est penché sur les données qui montrent clairement que les prix d'éviction sont souvent signalés mais rarement prouvés. Entre 1994 et 1999, le Bureau a été saisi de 382 plaintes de prix d'éviction, mais il a conclu que seulement 7 de ces plaintes devaient faire l'objet d'une enquête. Neuf plaintes avaient été résolues grâce à un autre instrument de règlement, et aucune ne justifiait que des poursuites soient entamées. Même si le nombre élevé de plaintes semble favoriser la méthode d'application regroupant les dommages-intérêts et les amendes, la décision prise par le Bureau d'effectuer une enquête sur seulement sept plaintes, permet en quelque sorte le recours à l'une ou l'autre des méthodes, en supposant que nous soyons prêts à composer avec le pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour offrir ce choix plutôt qu'avec une approche systémique. Parallèlement, le Comité n'a décelé aucune répercussion paralysante du régime actuel de concurrence sur le monde des affaires, et à plus forte raison les effets paralysants qui pourraient émaner d'un système dissuasif axé sur les amendes et les dommages-intérêts.

Il vous faut créer ce genre de pénalité dans le cadre des dispositions de la loi en matière d'abus de position dominante, et ce pour maintenir l'effet dissuasif de la loi. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vienberg, 59:12:20]

Le manque d'information ne permet pas au Comité de déterminer lequel des deux outils d'application serait préférable, mais il n'en demeure pas moins que, selon d'autres considérations, il n'est pas nécessaire que ce débat soit inséré dans un contexte dichotomique. Adopter les deux méthodes d'application comporte plusieurs avantages : 1) l'ordonnance de cessation aiderait à atténuer les dommages-intérêts dans les affaires flagrantes de prix d'éviction; 2) les dommages-intérêts et les amendes rétabliraient l'équilibre de la structure des incitatifs pour offrir un meilleur effet dissuasif lorsqu'il se présente des possibilités de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles (ce qui réduit également les possibilités de recourir au pouvoir discrétionnaire de poursuivre); 3) les dispositions visant les transporteurs aériens deviendraient inutiles et pourraient être abrogées. Ce troisième avantage est particulièrement intéressant aux yeux du Comité puisqu'il permettrait rapidement de faire de nouveau de la *Loi sur la concurrence* une loi d'application générale. Le Comité est convaincu que, par l'adoption des autres modifications formulées dans le présent rapport, davantage de jurisprudence réduirait les ambiguïtés de la *Loi* et son effet paralysant sur les pratiques de fixation des prix énergiques

mais concurrentielles. Pour toutes ces raisons, le Comité recommande :

- 3. Que le gouvernement du Canada donne au Tribunal de la concurrence le droit d'imposer des sanctions d'ordre administratif à quiconque viole les articles 75, 76, 77, 79 et 81 de la Loi sur la concurrence. Le Tribunal aurait toute discrétion pour établir ces sanctions.**

Grâce à ces modifications, la *Loi sur la concurrence* redeviendra une loi d'application générale, sans dispositions spéciales s'appliquant à des industries particulières. Pour cette raison, le Comité recommande :

- 4. Que le gouvernement du Canada abroge toutes les dispositions de la Loi sur la concurrence qui visent précisément l'industrie du transport aérien (paragraphes 79(3.1) à 79(3.3) et articles 79.1 à 104.1).**

Indépendance du commissaire et reddition des comptes

L'indépendance du commissaire par rapport au gouvernement est une question particulièrement surprenante et perturbante qui s'est dégagée lors de la première série d'audiences du Comité en 2000. Cette question a continué de se poser, et il est venu s'y greffer celle de la reddition des comptes. Les doutes sur l'indépendance du commissaire se sont manifestés pour la première fois lorsque celui-ci a examiné ses lignes directrices sur les fusions, qui devaient s'appliquer au secteur des banques à la demande du ministre des Finances. Le commissaire a signalé qu'il émettait des réserves quant à l'application générale. Les questions ont commencé à se multiplier quand le commissaire a accepté la position du gouvernement pour la deuxième fois lorsqu'il cherchait des pouvoirs extraordinaires d'interdiction pour mettre fin aux pratiques éventuelles d'Air Canada en matière de prix d'éviction. Encore une fois, on mettait en doute l'application générale de la *Loi*. Plus récemment, le commissaire a abandonné, dans l'affaire *Superieur Propane*, ses lignes de conduites sur les fusions, alors qu'il

À l'heure actuelle, nous avons un commissaire à la concurrence qui, de par la loi est indépendant et fait rapport au ministre de l'Industrie mais n'accepte aucune instruction de ce dernier, sauf pour l'ouverture d'une enquête.
[Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

Nous avons aujourd'hui un pouvoir décisionnel aux mains d'une seule personne qui n'a pas réellement de comptes à rendre. Chaque fois qu'il y a une poursuite inaboutie, des pressions s'exercent immédiatement pour modifier la Loi. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

avait confirmé au ministre des Finances que ces lignes directrices étaient pertinentes.

Ce qui se passe en gros, dans le cas des fusions et des affaires pour lesquelles la vitesse compte, c'est que dans le cas des plaintes de type doléances en matière de prix d'éviction, le commissaire craint que le processus ne soit pas suffisamment rapide. C'est pourquoi il recherche des pouvoirs supplémentaires, transformant son propre bureau en enquêteur et en arbitre. Dès qu'un seul organe joue les deux rôles, alors l'on va s'inquiéter de l'aspect indépendance. Si donc on pouvait régler la question du modèle d'arbitrage, si l'on pouvait amener le Tribunal à jouer un rôle plus efficace et plus actif en tant que vérificateur indépendant, alors cela permettrait un équilibre sur le plan procédure [...] Il est très important qu'il y ait cet équilibre entre un processus rapide et la pleine et régulière application de la Loi pour les différentes parties. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:55]

Il y a à mon avis deux choses importantes en matière de politique d'application de la Loi : tout d'abord, il y a l'indépendance; deuxièmement, il y a l'imputabilité. Le commissaire doit être indépendant, il doit disposer de ressources nécessaires à son travail, mais il doit également rendre des comptes. Cela veut dire qu'il nous faut pouvoir aller devant le Tribunal et mettre à l'épreuve la décision du commissaire. C'est la façon d'exiger qu'il rende des comptes. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:11:45]

Le Comité ne partage toutefois pas ces vues et il estime important d'établir une distinction entre la perception et la réalité. Sur le plan de l'indépendance, les juristes spécialistes de la concurrence semblent être parvenus à un consensus : le commissaire est en fait indépendant du gouvernement en ce qui concerne le choix, l'administration et la conclusion des affaires. Il ne l'est pas pour ce qui touche à son budget et à ses obligations de rendre des comptes.

Relativement à l'orientation donnée à l'application, personne ne pourrait faire ressortir un exemple d'intervention de la part du gouvernement dans le processus décisionnel du commissaire en matière d'application. Quant à la reddition des comptes du Bureau de la concurrence au gouvernement, le Comité comprend que le commissaire relève du ministre de l'Industrie et du Cabinet. Ainsi, le gouvernement peut être tenu responsable devant la population des mesures prises par le commissaire, l'un des fonctionnaires les plus influents au Canada. Par exemple, des spécialistes de la concurrence ont parfois jugé le dossier du commissaire en matière d'application en fonction de ce qu'ils appellent les erreurs de type 1 et les erreurs de type 2. Une erreur de type 1 désigne l'omission d'une mesure d'application obligatoire (le marché en question étant anticoncurrentiel). Par contre, une erreur de type 2 désigne la mise en œuvre d'une mesure d'application inopportune. Cependant il existe également des erreurs de type 3. Le Comité définira ainsi ce type d'erreur : gaspiller l'argent des contribuables par des mesures d'application inefficaces. Une fois qu'ont été établies les lacunes relatives à la Loi, au Tribunal de la concurrence et à son budget, dont le gouvernement peut être tenu responsable, toutes les autres lacunes en matière d'application peuvent être attribuées au commissaire et à son administration du Bureau de la concurrence. Ces erreurs peuvent être corrigées uniquement par des décisions du pouvoir exécutif. Donc, l'indépendance institutionnelle vis-à-vis du gouvernement n'est pas conseillée.

En ce qui a trait à la reddition des comptes, les spécialistes du droit de la concurrence ont déterminé

plusieurs façons dont le commissaire pourrait être tenu responsable de ses mesures en matière d'application. Nous avons déjà souligné qu'il était responsable devant la population par l'intermédiaire du gouvernement. Il doit également rendre des comptes à la population par le biais du Parlement, précisément en comparaisant devant le présent Comité. Au-delà de ses liens bureaucratiques, le commissaire doit présenter les décisions qu'il prend en matière d'application au Tribunal de la concurrence, qui peut les annuler ou les modifier lorsque celles-ci sont susceptibles d'examen au civil, et il doit également soumettre à sa décision ses demandes d'ordonnance d'interdiction.

Si le processus de reddition des comptes recèle une faiblesse, c'est dans les décisions de ne pas prendre de mesures d'application en ce qui concerne les questions susceptibles d'examen au civil. Cependant, le Comité est sûr que l'établissement du droit privé d'action grâce à l'adoption du projet de loi C-23 permettra de traiter partiellement de la reddition des comptes à l'égard des articles 75 et 77. Sur le plan des fusions — c'est-à-dire lors de la divulgation des renseignements privés sur un projet de fusion lorsqu'aucune mesure d'application n'a été prise —, le commissaire doit faire preuve de prudence. Il doit évaluer les droits au respect de la vie privée des participants à la fusion en fonction du droit de savoir du public. Selon les spécialistes du droit de la concurrence qui ont comparu devant le Comité, les problèmes ne sont pas nombreux à cet égard. Ils signalent cependant que les autorités tant américaines qu'européennes en matière de concurrence fournissent davantage de renseignements que ne le fait le Bureau de la concurrence au Canada. Cependant, le Comité doit répéter que, constituant un petit marché, le Canada n'est pas, et ne devrait pas être, plus indulgent que les pays plus importants à l'égard des fusions, y compris en ce qui concerne la divulgation de renseignements. À la limite, les renseignements stratégiques divulgués au public possède une valeur moindre lorsque les marchés sont plus importants et moins concentrés. Finalement, il ne reste plus que l'article 79, la disposition sur l'abus de la position dominante. En l'occurrence, la levée de boucliers est venue de la population, et les parlementaires en ont tenu compte, d'où les nombreuses modifications proposées.

Le commissaire est indépendant aujourd'hui dans l'exercice de la fonction application de la loi. Il n'est pas indépendant d'un point de vue institutionnel. Le sous-ministre administre son équipe, et le budget en matière de personnel et d'organisation est donc assujéti aux priorités du ministère de l'Industrie [...] Il nous faut lui assurer et une indépendance institutionnelle et une indépendance en matière d'application de la loi. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

Le commissaire est [...] l'un des fonctionnaires les plus redevables du gouvernement du Canada, et cela découle en partie du serment qu'il doit prêter en vertu de la loi, et en partie de ce qui a été décrit relativement à votre capacité de l'amener devant les tribunaux dans le cadre d'un examen judiciaire. Cela découle également du fait que six résidents, quels qu'ils soient, peuvent l'obliger à mener une enquête et à intervenir auprès du ministre de l'Industrie pour lui demander de rouvrir une enquête qui a été interrompue. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Droit privé d'action

Un autre aspect très important de cette imputabilité vient du Comité ici réuni, qui met le commissaire sous le feu des projecteurs depuis trois années déjà. Nous avons eu de nombreuses études et le commissaire est venu comparaître, a répondu à nos questions et a justifié ce qu'il fait et ce qu'il ne fait pas sur une base quasi-mensuelle [...] Vous jouez un rôle très important et vous devriez continuer de lui demander comment il s'acquitte des responsabilités qui lui reviennent en vertu de la politique et de l'administration générale de la Loi. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Nous avons un problème d'influence dans le contexte d'une fusion ou d'une enquête en matière d'abus de position dominante, où c'est souvent l'avis du commissaire qui l'emporte, surtout dans le cas de parties qui s'inscrivent dans un petit marché et qui ont du mal à composer avec les coûts et le temps qu'il faut consacrer à une action devant un tribunal. C'est pourquoi il est important de simplifier le processus judiciaire. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Un droit privé limité d'action existe en cas d'affaire criminelle, mais, il est rarement appliqué. L'article 36 de la *Loi sur la concurrence* prévoit qu'une personne peut réclamer les dommages (et les dépens) devant tout tribunal compétent lorsqu'elle a subi une perte ou des dommages par suite : 1) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI (Infractions relatives à la concurrence); 2) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la *Loi*. Par conséquent, un droit privé d'action en dommages-intérêts peut naître dans trois cas :

1. Le ministère de la Justice a gain de cause dans une poursuite fondée sur la violation d'une disposition pénale de la Partie XI (complot, trucage des offres, discrimination par les prix, prix d'éviction, publicité trompeuse, télémarketing trompeur, double étiquetage, vente pyramidale au maintien des prix);
2. Le commissaire et une partie ont consenti à une ordonnance et cette ordonnance par consentement a été rendue par un tribunal, mais la partie ne la respecte pas;
3. Une partie lésée a gain de cause dans une poursuite privée.

Selon le droit canadien actuel, seul le commissaire à la concurrence a le droit d'adresser une demande d'examen au civil au Tribunal de la concurrence. Mais la situation est sur le point de changer. Après avoir exécuté un examen exhaustif, le Comité a amendé le projet de loi C-23 pour permettre aux particuliers d'avoir accès au Tribunal pour régler les différends découlant de pratiques commerciales susceptibles d'examen au civil : refus de vente (article 75); ventes liées, exclusivité et limitation du marché et exclusivité (article 77).

Les témoins qui ont comparu devant le Comité semblent généralement accepter les modifications à ce sens. Le principal argument contre l'attribution du droit privé d'accès est le risque d'abus sous la forme de « litige stratégique », c'est-à-dire des actions en justice entamées non pour obtenir réparation du préjudice causé par des

agissements anticoncurrentiels, mais pour obtenir un avantage sur un concurrent. Le Comité est cependant convaincu que les garanties prévues dans le projet de loi C-23 permettent de résoudre correctement ces préoccupations.

Lors des audiences du Comité sur la *Loi sur la concurrence*, il s'est dégagé un consensus sur le principe d'accorder un accès privé au tribunal, mais on s'entendait moins sur le redressement à offrir. De nombreux témoins étaient en faveur du droit de réclamer des dommages-intérêts, alors que d'autres s'y opposaient. Le Comité s'en est donc tenu au consensus dégagé, proposant de n'accorder au plaignant qu'une mesure injonctive. Comme nous l'avons déjà souligné, la principale raison pour refuser les demandes en dommages-intérêts serait de décourager les litiges stratégiques. À plus long terme, nous croyons cependant que les dommages et même les amendes pourraient se révéler nécessaires à une application efficace.

Les avantages prévus des recours privés diffèrent légèrement selon la position émise que vous adoptez. Certains prétendent que cela entraînera un grand nombre d'affaires dont le Bureau ne pourra pas s'occuper en raison de son mandat et de son manque de ressources. Les recours privés viendront compléter les recours publics et entraîneront peut-être des économies qui pourront être affectées au budget actuel du Bureau en matière d'application. Par contre, d'autres sont d'avis que cette situation n'entraînera qu'un nombre très restreint d'affaires. Cependant, il s'agira d'affaires importantes qui viendront enrichir notre jurisprudence, préciser davantage la *Loi* et décourager les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient passer inaperçues autrement en raison des lacunes du droit et dans la pratique.

Le Comité est d'avis que, la mesure injonctive constituant le seul incitatif, les particuliers pourraient, dans la plupart des cas, échanger uniquement les frais découlant d'une poursuite pour pratiques anticoncurrentielles; le coût moyen serait inférieur, espère-t-on, à un million de dollars par affaire étant donné les réformes dont les méthodes du Tribunal font l'objet. En fait, si ce scénario se concrétisait au cours des prochaines années, le monde des affaires ne tardera pas à en être au courant, et le Canada perdra

Une autre façon d'accroître les ressources pour le contrôle d'application et obtenir davantage de jurisprudence serait d'autoriser les poursuites privées et les recours privés au Tribunal. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:55]

J'aimerais néanmoins souligner que les coûts pour qu'un plaignant fasse aboutir une affaire sont très importants et que c'est encore plus un problème dans le cas des petites et moyennes entreprises. Il leur faudra donc définitivement pouvoir continuer de faire appel au commissaire comme point de premier contact pour les affaires de concurrence. Je ne pense pas que des actions privées soient une solution au problème de ressources ni même au problème d'imputabilité. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

[Lorsque le mandat commençait à être mis en place — et il n'était pas aussi large qu'aujourd'hui — je peux vous assurer que la tâche du responsable du Bureau de la concurrence est tellement lourde — et je le dis sans critiquer en rien la manière dont elle est exécutée aujourd'hui — qu'elle mérite un organe de trois personnes.
[Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:15]

J'estime que le Bureau ne peut tout simplement pas être efficace sans ressources adéquates pour administrer une loi d'application générale dans un environnement de plus en plus déréglementé. Il a besoin de ressources de façon à pouvoir agir en bonne connaissance de cause. Cela ne signifie pas nécessairement intenter davantage de poursuites. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:50]

l'avantage qu'il possédait. Les droits dotés d'aucune valeur ne sont que du camouflage. Comme l'ont fait remarquer bien des observateurs, ces droits se retrouvent depuis trop longtemps dans les lois canadiennes sur la concurrence.

Ressources du Bureau de la concurrence

Plusieurs témoins ont fait valoir que les problèmes d'application auxquels fait face le Canada par rapport à sa politique sur la concurrence ne sont pas imputables uniquement à une législation inadéquate mais également aux ressources insuffisantes affectées au Bureau aux fins de l'application. En outre, certains témoins ont signalé que le Bureau éprouvait de la difficulté à conserver son personnel, principalement en raison des faibles salaires versés par rapport à ce que le secteur privé peut accorder à des employés expérimentés pour accomplir un travail analogue ou exécuter d'autres tâches. En fait, ils ont précisé plusieurs modèles de restructuration pour résoudre le problème de recrutement et de fidélisation, mais ils n'ont pas réussi à évaluer les lacunes éventuelles de ces modèles. Les auteurs du rapport VanDuzer font ressortir en outre le manque de personnel spécialisé, qui viendrait compléter l'effectif des agents d'application et permettrait l'exécution d'évaluations précises en temps opportun, compétences qu'il faudrait donc chercher à obtenir et à perfectionner. Selon l'avis de ces témoins, la formation en cours d'emploi n'est pas toujours efficace.

Cependant, le Comité est également conscient que, au cours de la dernière décennie, le problème relatif à l'application était partiellement imputable à des facteurs incontrôlables comme la déréglementation et la libéralisation des transports, des télécommunications et du secteur énergétique. L'augmentation des crédits versés au cours de cette période ne correspondait pas aux responsabilités accrues dont devait s'acquitter le Bureau en raison de cette situation nouvelle. La vague imprévue de fusions a été le deuxième facteur incontrôlable. Comme l'ont signalé plusieurs témoins, le tout semble se calmer et le gros de cette tempête semble être derrière nous maintenant. Le Comité estime que le Bureau de la concurrence a besoin de nouvelles ressources pour appliquer la *Loi*, afin de pouvoir exécuter son mandat efficacement, et il recommande donc :

5. Que le gouvernement du Canada fournisse au Bureau de la concurrence les ressources nécessaires à l'application efficace de la Loi sur la concurrence.

Effet dissuasif des amendes et de l'emprisonnement

L'amende imposée par un tribunal constitue probablement le plus important instrument d'application de la politique canadienne sur la concurrence. Contrairement aux ordonnances d'interdiction du recours à une pratique, l'amende imposée par un tribunal punit à la fois le coupable et dissuade les autres d'envisager de s'engager dans la même pratique anticoncurrentielle. L'emprisonnement, qui a également un effet dissuasif important, a joué un rôle relativement secondaire. Néanmoins, ces instruments d'application ne sont utilisés conjointement que pour les crimes les plus flagrants.

Au Canada, les sociétés ou les particuliers ayant contrevenu à l'article 45 sur les complots sont passibles d'une amende maximale de 10 millions de dollars par infraction, et les particuliers peuvent recevoir une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans. Ces amendes comptent parmi les plus sévères qui soient imposées dans le monde. Le montant des amendes pour truquage des offres (article 47) est établi par le Tribunal, qui n'est pas astreint à un maximum. Par contre, l'examen des amendes imposées par le Tribunal montre que celles-ci sont loin du maximum autorisé. Cependant, on a noté une augmentation marquée tout récemment.

En 1990, la Cour d'appel du Manitoba a déterminé que les gains d'un accusé peuvent être pris en considération dans l'établissement du montant d'une amende, et elle n'a pas hésité à porter l'amende initiale de 100 000 \$ à 200 000 \$ dans une affaire de maintien des prix (alinéa 61a)) et de distribution d'essence. En ce qui concerne le truquage des offres, huit minoteries ont reçu des amendes totalisant 3,4 millions de dollars en 1990. De plus, la plus importante affaire de complot dans l'histoire canadienne, la fixation des prix de vitamines en vrac par un cartel international, a rapporté au gouvernement 91,5 millions de dollars en 1999-2000. Enfin, les données totales indiquent que, depuis 1980, les condamnations à la

Lorsqu'on voit que 150 millions de dollars d'amendes ont été imposés ces dernières années au titre de cet article, il ne faut pas prétendre trop vite que la Loi n'est pas assez rigoureuse.
[Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

Songez aux grosses multinationales au monde qui sont venues, qui ont écouté très attentivement le Canada, après les États-Unis, et qui ont payé de lourdes pénalités et dont des représentants ont plaidé coupables à des crimes au Canada : c'est tout à fait remarquable. Je pense que le Bureau est un organe de maintien de l'ordre très crédible sur la scène mondiale s'agissant d'un cartel. Il a également fait de l'excellent travail en matière de cartels locaux ici au Canada. Il a mis des gens en prison. Il a obtenu des verdicts de culpabilité. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:55]

suite de 32 infractions aux termes de l'article 45 sur les complots ont entraîné des amendes totalisant 158 millions de dollars; les infractions aux termes de l'article 46 sur les directives étrangères et de l'article 47 sur le truquage des offres ont rapporté respectivement 14 millions de dollars et 8,8 millions de dollars. Plus de 80 % de ces amendes ont été perçues au cours des deux dernières années uniquement, à la suite de plaidoyers de culpabilité de la part d'importantes multinationales engagées dans des complots à l'échelle mondiale.

Le Comité est satisfait du dossier du Canada au cours des dernières années en matière d'application. Nous nous préoccupons du fait que certains complots pourraient éventuellement rapporter un montant supérieur aux 10 millions de dollars que prévoit l'amende maximale en cas de condamnation, mais le Bureau prétend que le monde des affaires ne considère pas ces amendes comme des « frais de redevance » ou comme simplement un autre coût à assumer pour transiger.

CHAPITRE 3 : LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

Organisation et composition du Tribunal

Le Tribunal de la concurrence a été créé en 1986 lorsqu'on a procédé à une réforme en profondeur du droit de la concurrence canadien et remplacé la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* par la *Loi sur la concurrence*. Le Tribunal est une cour spécialisée à la fois en matière d'économie et en matière de droit, qui entend et tranche toutes les demandes présentées sous le régime des parties VII.1 et VIII de la *Loi sur la concurrence* (en ce qui concerne notamment les fusions, l'abus de position dominante et d'autres pratiques commerciales susceptibles d'examen). Organisme décisionnel indépendant de tout ministère, le Tribunal se compose d'au plus quatre membres provenant de la magistrature et d'au plus huit autres membres. Les membres juristes sont choisis parmi les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale, les autres étant nommés par la gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre de l'Industrie.

Le Tribunal examine des questions complexes d'économie et de droit, et il rend des décisions qui ont une incidence non seulement sur les droits et le bien-être économique des parties, mais également sur les entreprises et les consommateurs au Canada et de l'étranger. Afin de pouvoir résoudre ces questions, le Tribunal est investi des mêmes pouvoirs qu'une cour supérieure d'archives, y compris le pouvoir d'entendre des preuves, de convoquer des témoins, d'ordonner la production et la consultation de documents, d'assurer l'exécution d'ordonnances et, de façon générale, de faire ce qui est nécessaire pour exercer sa compétence. Toutes ces procédures visent un seul objectif : permettre au Tribunal de recueillir les preuves dont il a besoin pour rendre une décision judiciaire et équitable sur les faits du litige. Le Tribunal ne rassemble pas d'éléments de preuve; il s'en remet plutôt aux parties (ou, habituellement, à leurs avocats), pour assembler et présenter les preuves dont il a besoin pour rendre une décision. Les parties produisent leurs éléments de preuve, chacune essayant de démontrer qu'elle a raison. Les parties ont également l'occasion de

Vous devriez envisager d'ouvrir le système afin de permettre aux participants un meilleur accès au Tribunal. Je trouve extrêmement ironique que dans une loi consacrée à la concurrence, le commissaire ait un monopole ou quasi-monopole au chapitre de l'accès. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Dans l'ensemble, presque tous les travaux du Tribunal ont trait à la partie VIII, en particulier les fusions. On doit se rappeler qu'en vertu des modifications de 1986, les fusions ont été décriminalisées et placées sous la compétence exclusive du Tribunal de la concurrence [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:10]

Le Tribunal n'a pas énormément d'expérience. Il a été créé en 1986 et n'a réellement commencé à fonctionner qu'en 1987. Ce n'est qu'en 1990 qu'il a instruit les premières contestations relatives à des fusions. Il n'a pas eu tant d'affaires à juger. Comparativement à l'expérience des États-Unis ou même de l'Union européenne, nous n'avons pas eu énormément de causes, de sorte que l'importance de chacune se trouve amplifiée. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:10]

Lorsqu'il est question de tronquer les procédures ou d'instaurer des procédures spéciales pour le Tribunal, nous ne devrions pas oublier qu'il est question ici de litiges commerciaux dans un certain domaine. Nous avons beaucoup d'expérience dans notre système judiciaire, sinon dans notre Tribunal, sur la façon de gérer ces affaires, et nous disposons de différents modèles, non seulement au Canada, mais dans d'autres administrations comme les États-Unis, où l'on a commencé à gérer les litiges commerciaux de manière plus efficace et plus efficiente.
[Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

Dans toute la réflexion au sujet du genre de processus que nous voudrions avoir au Tribunal, typiquement, il y a l'idée d'imposer un modèle de procès traditionnel à part entière. Ce genre d'activité d'application n'est pas approprié dans un contexte de droit public. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

« tester » les preuves de la partie adverse lors d'un contre-interrogatoire. Ce système — appelé le modèle « adversatif » ou « contradictoire » — est utilisé de manière courante par les tribunaux canadiens et d'autres organismes d'arbitrage.

Dans le système « adversatif » du Tribunal, le commissaire de la concurrence est l'une des parties et il engage des procédures en présentant une demande au Tribunal. Par conséquent, le Tribunal et le Bureau fonctionnent de manière totalement indépendante l'un par rapport à l'autre. Il n'y a aucun partage des ressources ni consultation sur les instances en-dehors du processus officiel de règlement des différends. De fait, cette stricte séparation des fonctions est jugée essentielle pour préserver l'intégrité du processus décisionnel. Le Comité est au courant que d'autres administrations (notamment l'Union européenne) utilisent un modèle différent, en vertu duquel les rôles d'enquêteur et d'arbitre sont fondus en un seul. Le Comité est d'avis que notre modèle actuel est adéquat, compte tenu à la fois de la dynamique fonctionnelle de notre système de droit et des exigences liées à la Charte canadienne des droits et libertés. En outre, la séparation des fonctions au sein du système adversatif donne généralement des résultats sensés et équitables. Néanmoins, le système peut s'avérer passablement lent et lourd sur le plan de la procédure. Sans compter que les instances sont souvent rendues plus complexes par la présence de parties et d'intervenants multiples, ainsi que par la présentation de requêtes interlocutoires sur des questions de procédure. Les affaires contestées portent souvent sur des considérations économiques très complexes, par exemple la définition du marché, l'emprise sur le marché, les barrières à l'entrée, etc. Les parties font souvent appel à de nombreux experts pour mettre en lumière toutes les facettes du débat économique. Ces experts peuvent produire des rapports et présenter au Tribunal des preuves qui feront l'objet d'un contre-interrogatoire. Dans une certaine mesure, à tout le moins, les coûts élevés des instances dont est saisi le Tribunal sont attribuables à ce qui semble une tendance croissante à engager de plus en plus d'experts. Par ailleurs, certains témoins ont fait observer que les témoins experts ont de plus en plus tendance à intercéder en faveur de leurs clients, c'est-à-dire à affirmer des

conclusions de droit plutôt que de se cantonner à leur rôle qui est d'aider le Tribunal à juger correctement des faits.

Le Comité est particulièrement conscient du fait que les frais élevés des procédures engagés devant le Tribunal peuvent décourager les petites et moyennes entreprises de soumettre à ce dernier des causes légitimes. Peu d'éléments de preuve ont été présentés au Comité sur les attributions des dépens, mais le Tribunal semble disposer d'un vaste pouvoir discrétionnaire à cet égard; de fait, le Tribunal n'est aucunement obligé d'attribuer les dépens. Le public aurait peut-être intérêt à disposer d'une politique explicite sur le sujet. Par conséquent, le Comité recommande :

- 6. Que le Tribunal de la concurrence élabore une politique visant une attribution juste et équitable des dépens, compte tenu des ressources dont disposent les parties à l'instance. Qu'une telle politique tienne compte des avantages qu'il y aurait à exempter les petites entreprises des frais de contentieux devant le Tribunal.**

De nombreux témoins qui ont comparu devant le Comité, tant dans le contexte de l'étude de juin 2001 qui a mené au *Rapport intérimaire* que lors de nos tables rondes récentes, ont exprimé un certain mécontentement à l'égard du processus d'arbitrage. Par contre, ils n'ont pas hésité à dire que, dans l'ensemble, le système est très efficace et ne nécessite aucune réforme majeure. Deux des problèmes invoqués étaient le temps nécessaire pour les mesures de redressement provisoires et pour rendre les décisions. En outre, beaucoup considèrent que les coûts liés à l'instruction d'une affaire par le Tribunal sont prohibitifs, ce qui est attribuable en partie, semble-t-il, à une démarche trop procédurière de communication préalable ainsi qu'aux longues listes de témoins experts que les parties peuvent appeler à témoigner.

Délais

Pour ce qui est de la critique selon laquelle le Tribunal ne prend pas assez rapidement des mesures de redressement provisoires, le Comité prévoit que ce

J'ai été l'un des seuls à déplorer le caractère formel et judiciaire de la procédure suivie par les juges de ce tribunal. Je préférerais un tribunal du type administratif, qui pourrait rendre les décisions plus rapidement sur la base d'avis d'experts. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

[U]ne bonne application de la loi, sur le plan des procédures formelles, dépend en partie d'une rationalisation et amélioration des procédures du Tribunal de la concurrence, sans pour autant priver la partie incriminée de ses moyens de défense. [...] Une structure de type tribunal administratif, tribunal expert, serait beaucoup plus utile. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

[L]es décisions du Tribunal prennent beaucoup trop longtemps [...] La plus récente affaire de consentement, pour laquelle il y a eu des déclarations de faits convenues et un degré élevé de collégialité entre les avocats de part et d'autre, a demandé environ 18 mois, et ce sur la base du consentement. Il fallait compter 18 à 20 mois pour une fusion. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

problème sera réglé en grande partie grâce aux nouveaux pouvoirs dont le projet de loi C-23 investit le Tribunal, à l'article 103.3 de la *Loi*. Ces nouveaux pouvoirs permettront au Tribunal de rendre une ordonnance provisoire afin d'empêcher certaines pratiques anticoncurrentielles. Le critère du droit pour la délivrance de l'ordonnance est très faible — le commissaire n'a pas à démontrer que la concurrence sera irrémédiablement compromise, mais simplement que quelqu'un sera probablement éliminé en tant que compétiteur, ou qu'une personne subira vraisemblablement un revers important pour ce qui est de sa part du marché ou de ses revenus, ou un autre préjudice irrémédiable.

Le Comité croit que le fait d'accorder un redressement — provisoire ou définitif — pour le simple motif qu'un compétiteur perd des revenus (ce qui ne cesse de se produire et ne constitue pas, en soit, la preuve d'une activité anticoncurrentielle) est une mesure qui s'écarte considérablement du principe important et bien établi selon lequel la *Loi sur la concurrence* vise à protéger la concurrence elle-même, et non les compétiteurs. Toutefois, le redressement dont il est question ici est *temporaire* et vise à aider le commissaire à empêcher qu'un compétiteur ne subisse un préjudice immédiat et irréparable, c'est-à-dire qu'il soit éliminé du marché. Ainsi, bien qu'une ordonnance provisoire puisse à l'occasion s'avérer inefficace en protégeant un compétiteur non concurrentiel, cet effet sera de toute façon temporaire. Au bout du compte, le commissaire ou le demandeur devront quand même prouver les éléments de fond de l'article pertinent afin d'obtenir une ordonnance définitive.

Il est impératif de rationaliser et d'améliorer très considérablement [la procédure du Tribunal]. [...] Le Tribunal de la concurrence a entendu quatre affaires de fusion contestées. Le temps moyen mis par le Bureau à rendre une décision dans ces transactions était d'environ huit mois et demi. La procédure du Tribunal [...] a duré en moyenne 19 mois, du début jusqu'au jugement. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

Néanmoins, le Comité craint que le fait d'abaisser ainsi la barre pour le redressement provisoire peut amener le commissaire à réclamer de telles mesures dans des cas dont le bien-fondé est douteux, ce qui serait nuisible à la concurrence. Dans une poursuite normale au civil, cela risque moins de se produire car la partie réclamant l'injonction va en justice en sachant que si elle perd en dernier recours, elle devra payer des dommages-intérêts à l'autre partie à cause du préjudice résultant de l'injonction. Cette règle vise à forcer la partie qui réclame l'injonction à bien examiner la validité de sa

demande. Toutefois, cet important facteur de dissuasion ne semble pas exister dans la *Loi sur la concurrence*. En outre, même si elle existait, une telle règle ne produirait pas nécessairement l'effet escompté, car les dommages-intérêts payables par le commissaire à la partie lésée seraient puisés dans les deniers publics et non dans le portefeuille du commissaire (comme ce serait le cas pour un plaideur privé dans une action normale au civil). Dans ces conditions, presque rien ne dissuade le commissaire de réclamer une ordonnance provisoire, ce dernier n'ayant guère à rendre de comptes quant à sa décision de présenter une telle demande.

Outre la question du temps nécessaire pour les mesures de redressement *provisoires*, il y a celle du temps nécessaire pour les mesures *définitives*, c'est-à-dire l'ordonnance finale du Tribunal. Dans l'affaire dont est actuellement saisi le Tribunal par suite de l'allégation du commissaire concernant un abus de position dominante par Air Canada, nous constatons que les mesures provisoires n'ont pas tardé. Toutefois, le règlement définitif ne semble pas pour demain. Le commissaire a rendu une ordonnance en vertu de l'article 104.1 le 12 octobre 2000, et il l'a prolongée pour une période supplémentaire de 30 jours le 31 octobre 2000. Puis, le Tribunal l'a prolongée de nouveau jusqu'au 31 décembre 2000. Le Comité s'inquiète de constater que l'audience ne doit pas débiter avant l'automne 2002. Justice différée est justice refusée. Nous croyons que le règlement de cette question est important pour tous les Canadiens.

Équité procédurale

En raison des enjeux considérables des affaires traitées, le Tribunal s'efforce d'assurer aux plaideurs une équité procédurale suffisante. L'«équité procédurale» s'entend des droits et obligations inhérents au droit d'une partie à l'application régulière de la loi («due process», comme on le dit aux États-Unis) dans un cadre d'arbitrage quasi judiciaire. À tout le moins, l'équité procédurale correspond normalement au droit d'une partie de donner sa version des faits à un arbitre impartial (c'est-à-dire sans parti pris), et au droit de s'attendre à ce que cet arbitre agisse en conformité des lois applicables. S'il n'agit pas conformément à ses compétences légales, la partie devrait

S'il existe un comité des règles, il n'est pas nécessaire de rédiger tout un ensemble de règles, ce qui peut nécessiter jusqu'à cinq ans car il s'agit d'un domaine complexe. On modifie sans cesse les règles en fonction de l'évolution de la loi, des procédures et de la technologie, de façon à s'adapter. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

Les litiges dont a été saisi le Tribunal ont souvent été acrimonieux parce qu'on sent un déséquilibre de l'information et des pouvoirs entre le commissaire [...] et les défendeurs [...] C'est très significatif en ce moment, ou ce le sera en raison des modifications au projet de loi C-23, car le Parlement a cru bon de donner au commissaire le pouvoir de demander une ordonnance provisoire pour des motifs très limités, ex parte [...] [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Les avocats réclament toujours davantage de protection, de mesures de sauvegarde, d'audiences et de réexamen. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

pouvoir demander un contrôle judiciaire (c'est-à-dire un réexamen du dossier) à une cour de justice.

Peu importe de quel côté nous nous trouvons dans une affaire, le résultat peut nous décevoir. C'est ce qui se passe dans le système judiciaire, mais personne ne propose jamais d'abolir les cours ou de limiter leurs pouvoirs dans leur secteur de compétence. Il semble que nous ayons tendance, chaque fois que quelqu'un n'aime pas une décision du Tribunal, à dire immédiatement qu'il faudrait réduire son champ d'action?
[Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

La question essentielle qui s'applique à cette notion est la suivante : jusqu'où va l'équité procédurale? Donne-t-elle à l'arbitre (en l'occurrence le Tribunal) la possibilité d'établir des règles limitant la portée de l'interrogatoire préalable, ou le délai imparti à cet égard? Qu'en est-il des délais impartis pour la présentation d'une argumentation? Ou des limites au nombre de témoins experts qu'on peut appeler à témoigner? De fait, peut-on « arrondir les coins » sans empiéter sur les droits des parties?

En veillant à l'équité procédurale, le Tribunal veut s'assurer que les parties qui comparaissent devant lui peuvent présenter leur cause de manière adéquate. Traditionnellement, chaque partie a le droit de déterminer quelle est la meilleure façon de procéder à cet égard et, en règle générale, les cours sont réticentes à intervenir sauf en cas de nécessité absolue.

Pour ce qui est de la protection procédurale, on ne peut pas dire qu'il existe de réponse définitive à la question : « qu'est-ce qui est suffisant? » De manière générale, plus les enjeux sont considérables pour les parties, plus ces dernières devraient être protégées sur le plan de la procédure. Par exemple, une instance pouvant mener à un emprisonnement devrait offrir la meilleure protection possible (c'est-à-dire celle d'une cour pénale, avec les procédures pénales, les règles de la preuve pertinentes et le fardeau de la preuve « hors de tout doute raisonnable »). À l'autre extrémité, les affaires de moindre importance au civil (p. ex., des décisions touchant l'attribution de permis) comporteraient une protection procédurale beaucoup moins rigoureuse. Toutefois, de « petits enjeux » pour une grande société peuvent constituer de très « gros enjeux » pour une petite entreprise. Il s'ensuit que la protection procédurale doit également répondre aux préoccupations des petites entreprises.

Comme n'importe quelle cour, le Tribunal devrait pouvoir gérer son registre comme il le juge bon. C'est le cas à l'heure actuelle, mais il semble qu'on veuille de plus en plus fixer des limites aux différentes activités qui précèdent la phase du litige. Mais c'est au Tribunal qu'il devrait revenir de déterminer l'équilibre approprié entre la rapidité d'exécution et l'équité.
[John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Il n'est guère facile de déterminer ce qui est suffisant en matière d'équité. Par exemple, il semblerait raisonnable d'avancer qu'une personne a le droit d'être avertie si une instance judiciaire est entamée contre elle. Il nous semble

injuste en effet qu'une poursuite judiciaire puisse aller de l'avant — et qu'une ordonnance soit rendue contre quelqu'un — sans que cette personne en ait été informée ou ait eu la possibilité de réagir. De fait, le droit d'être informé est un principe important que les tribunaux civils ont souvent réitéré. Pour cette raison, les tribunaux n'autorisent généralement les demandes faites sans avis (*ex parte*) que dans des circonstances exceptionnelles.

Toutefois, si l'on pousse un peu plus loin l'idée du « droit à un avis », la situation devient un peu moins claire. Premièrement, donner « avis » d'une procédure n'a aucune signification si la personne ainsi avisée (le défendeur) ne peut rien faire pour influencer sur le résultat de l'instance. Pour que le droit à l'avis ait une signification ou une utilité quelconque, on doit au moins avoir la possibilité d'agir sur l'issue du recours. On crée cette possibilité en permettant au défendeur de contester la preuve sur laquelle le requérant entend s'appuyer. Pour cela, le défendeur doit pouvoir d'une certaine façon « découvrir » l'argumentation du requérant, de sorte que la communication préalable devient nécessaire. Et qu'advient-il si une partie refuse de divulguer l'information réclamée par l'autre? Il faut qu'il y ait un moyen d'obliger les parties à divulguer leur preuve documentaire. De même, une procédure doit exister pour que les parties puissent régler leurs différends quant à la marche à suivre appropriée. Cela s'effectue au moyen de motions. Une décision doit être rendue sur chacune de ces motions, en fonction de sa valeur intrinsèque. En outre, le défendeur devrait avoir la possibilité de présenter des éléments de preuve en son propre nom, ce qui l'obligera vraisemblablement à engager des témoins experts. Il s'ensuit que le simple droit à un avis peut donner lieu à toute une ramification de droits réels et procéduraux. Le processus adversatif produit des résultats généralement justes et équitables, mais souvent à un coût très élevé.

Compte tenu des principes de l'équité procédurale, le Tribunal cherche plutôt à élargir les protections qu'à les restreindre. Cela signifie que, normalement, les parties disposent de la période qui leur est nécessaire pour clore la question « en temps et lieu », sans que le Tribunal ne soit trop directif. De même, les parties s'entendent souvent sur un calendrier pour le déroulement des activités, la production de documents, etc., et ces cadres d'action

La difficulté survient si nous insistons trop sur la pleine et régulière application de la loi, ce qui demande énormément de temps et pour laquelle nous avons ce modèle judiciaire. [...] Vous vous demandez parfois si le processus a pour véritable objet de déterminer la vérité. Si nous pouvions régler ce côté-là des choses, cela ferait beaucoup pour régler les questions d'indépendance et ainsi de suite.
[Margaret Sanderson, Charles River Associates 59:12:00]

peuvent nécessiter beaucoup de temps dans les cas compliqués.

Traitement des affaires signifie également limitation du nombre de témoins. Cela vous intéresserait peut-être de savoir que dans l'affaire Microsoft [...] il n'y a eu que 24 témoins et la décision n'a fait que 46 pages. Dans l'affaire de Superior Propane, dont vous avez beaucoup entendu parler, il y a eu 91 témoins et une décision de 109 pages. Je considère, bien franchement, que cela ne constitue pas de la gestion dynamique d'affaires. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:35]

Franchement, nombre de mes collègues [...] ont lutté avec acharnement, disant : « Ce n'est pas cela la justice. La justice c'est pouvoir convoquer autant de témoins que vous le voulez, faire un plaidoyer aussi long que vous le voulez et obtenir tous les ajournements que vous voudrez. » Je pense que l'hésitation de la part du tribunal à faire plus est attribuable à cette impression de barreau privé disant que le modèle est comme une cour. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:12:20]

Gestion des instances

Le Comité partage les préoccupations de ceux qui trouvent que les procédures du Tribunal sont longues et onéreuses. Les intervenants ont indiqué plusieurs secteurs où elles pourraient être améliorées :

- le délai à l'intérieur duquel les différentes étapes des procédures doivent être achevées;
- le temps accordé aux interrogatoires préalables, et la portée de ceux-ci; et/ou
- la quantité de témoignages d'experts que les parties peuvent produire.

À l'heure actuelle, le Tribunal a le pouvoir, en vertu de l'article 16 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, d'adopter (sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil) des règles d'application générale régissant la pratique et la procédure devant lui. À l'heure actuelle, ces règles sont énoncées dans les *Règles du Tribunal de la concurrence*¹¹, qui définissent un code complet de procédures pour l'arbitrage des conflits dont est saisi le Tribunal, y compris les mesures concrètes que les parties doivent prendre et le délai à l'intérieur duquel elles doivent l'être. Les mesures en question englobent l'échange de plaidoiries, la communication préalable, la conférence préparatoire à l'audition, le redressement provisoire, les demandes des intervenants, les motions interlocutoires et l'audience elle-même.

Le Tribunal est au courant de ces critiques et il a déployé, et déploie encore, des efforts constructifs en vue d'y répondre. En particulier, il a établi en 1997 un Comité de liaison Tribunal/Barreau formé de membres du Tribunal, de membres de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien et de l'avocat général de la Section du droit de la concurrence du ministère de la Justice (qui représente le commissaire de la concurrence). Le Comité de liaison passe en revue les façons de procéder

¹¹ DORS/94-290, modifié par DORS/96-307; DORS/2000-198.

du Tribunal afin de déterminer s'il est possible de les raffiner et de les améliorer. Au moment de la rédaction du présent rapport, on prévoyait l'option d'un certain nombre d'améliorations sur le plan de la procédure. Entre autres, on remplacera les modalités actuelles du processus de communication préalable — la partie du processus qui, depuis toujours, nécessite le plus de temps et donne lieu au plus grand nombre de questions interlocutoires — par les procédures suivantes :

- une obligation réciproque des parties de fournir un document déclaratoire contenant une liste des dossiers qu'elles ont l'intention d'invoquer à l'audience;
- des énoncés de ce que « vont dire » les témoins non-experts qui comparaitront à l'audience;
- un énoncé concis de la théorie économique qui sous-tend la demande.

En outre, les nouvelles procédures permettront de déposer certains renseignements fournis par le défendeur comme éléments de preuve, plutôt que d'obliger le témoin à se présenter en personne.

Autre modification tout aussi importante, les nouvelles procédures s'écarteront du modèle habituel qui permet aux parties de produire toutes leurs preuves d'expert à tour de rôle. Au lieu de cela, le Tribunal regroupera en comité les experts d'une question particulière. Chacun exposera son point de vue dans une déclaration, laquelle fera ensuite l'objet d'un contre-interrogatoire par les autres experts plutôt que par des avocats. Les avocats auront encore le droit d'interroger les experts, mais de façon limitée. Apparemment, on a utilisé cette approche en Australie et elle a donné de bons résultats.

Le Comité est également au courant du fait que le Comité de liaison Tribunal/Barreau est en train de rédiger un document de travail sur la possibilité de créer des règles similaires concernant les fusions. Ces modifications porteraient sur l'utilisation d'équipement électronique pour le dépôt des documents et les audiences, la limitation du nombre des témoins appelés à témoigner et la fixation d'échéances (au plus quatre mois à partir de la date du dépôt de l'avis de requête) pour la délivrance des motifs et

La tendance est toujours de dire, remanions un peu les règles de procédure du Tribunal et espérons que cela réglera le problème. Ce n'est pas toujours vrai. Cela peut aider, mais il faut également une gestion des affaires agressive de la part du Tribunal. Par exemple, une affaire récente, mettant en jeu Air Canada, a été ajournée pendant six mois sans qu'aucune raison ne soit donnée. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:30]

J'exhorte le Tribunal à conserver un pouvoir discrétionnaire large et souple pour la gestion des cas, dans l'intérêt tant des parties que du public. Je m'inquiète de voir que des membres du Tribunal ont tendance à penser — et les règles vont dans ce sens — que cela peut s'accomplir au moyen de modalités fixes, lesquelles concernent essentiellement le moment où certaines pièces devraient être déposées et ainsi de suite. À mon avis, on ne fait que du rafistolage qui ne porte pas vraiment sur la substance. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

À mon avis, le Tribunal de la concurrence gère avec beaucoup d'efficacité sa charge de travail, et les affaires récentes dont il a été saisi en fournissent la preuve. Cela ne veut pas dire que certaines affaires ne s'étireront pas en longueur; en fait, cela va se produire. Dans cette éventualité, je ne crois pas que le Comité devrait entreprendre un débat déchirant sur le processus. C'est dans la nature du contentieux. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

[I]l faut être en mesure de dire aux parties : « Je veux des experts sur cette question-ci et sur cette question-là, et vous feriez mieux de trouver des experts dans ce domaine »; au lieu de dire : « Faites ce que vous voulez, faites ce que vous voulez, et vous pourrez ensuite répondre et vous pourrez répondre aussi ». Dans ce domaine, ce n'est pas de cette façon que l'on traite les affaires. Dans ce domaine, il faut être extrêmement agressif, poussant à la roue dès le premier jour où l'affaire arrive au Tribunal. Le Tribunal peut faire cela sans qu'il soit nécessaire de modifier le processus. Chaque fois que vous avez une modification, cela crée davantage de jurisprudence sur son sens réel. Le cadre est assez bon pour que le Tribunal apporte ces changements. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:12:20]

des ordonnances du Tribunal. Les nouvelles procédures visent non seulement à réduire le délai nécessaire pour régler le dossier, mais également à rendre la démarche moins incertaine, ce qui en fin de compte aidera les parties à administrer leurs affaires.

Le Comité félicite le Tribunal pour ses réformes sérieuses et opportunes, et il l'encourage à poursuivre le processus. Toutefois, le Comité tient à préciser que, lorsqu'on songe à imposer des limites au droit d'une partie de faire valoir son point de vue complètement et équitablement, on doit toujours accorder une considération spéciale aux principes établis en matière d'équité et de justice. Par exemple, si l'on restreint le nombre de témoins qu'une partie peut appeler, ou le délai à l'intérieur duquel les parties doivent terminer leur argumentation, on court toujours le risque de créer une injustice réelle ou apparente.

Le Comité a évalué plusieurs options pour remédier aux lacunes perçues dans les façons de procéder du Tribunal. Par exemple, nous pourrions recommander que le gouvernement modifie la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* de façon à imposer des limites procédurales aux travaux du Tribunal; ou nous pourrions recommander que le gouvernement modifie la *Loi* afin d'exiger que le Tribunal lui-même modifie ses règles afin de créer de telles limites.

Toutefois, le Comité estime que la première option est problématique pour plusieurs raisons. Le Comité n'a ni expérience directe ni expertise particulière de la conduite des travaux du Tribunal. En outre, dans la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, il est clair que le Parlement avait l'intention à l'origine de permettre au Tribunal de déterminer ses propres procédures, ce que ce dernier semble en train de faire de façon active. Pour ces raisons, le Comité ne considère pas qu'il est impératif de s'écarter de ce modèle.

La deuxième option serait d'imposer au Tribunal l'obligation de modifier les règles, tout en lui laissant la latitude de déterminer exactement dans quelle mesure. Mais, encore une fois, il est clair que le Tribunal possède déjà, en vertu de la *Loi*, la compétence nécessaire pour

imposer une procédure de gestion des cas et qu'il examine activement des moyens de le faire.

Finalement, le Comité croit que le Tribunal est le mieux placé pour énoncer les règles régissant son mode de fonctionnement. Pour cette raison, le Comité recommande :

- 7. Que le Tribunal de la concurrence, en consultation avec le Comité de liaison Tribunal/Barreau, poursuive son examen continu des procédures afin de créer un régime d'arbitrage capable d'assurer des « résultats justes » rapidement et en temps voulu. L'objectif devrait être de réduire les délais et les coûts pour les parties dans les affaires contestées, tout en prenant dûment en considération les principes d'équité procédurale et d'apparence de la justice.**

[A]u fur et à mesure du renforcement du processus du Tribunal et de l'amélioration du mécanisme d'arbitrage par le biais du Tribunal, nous ne devrions pas en même temps donner au commissaire le pouvoir d'éviter le Tribunal. Je pense que les pouvoirs d'injonction provisoire qui ont été accordés au commissaire dans le contexte des lignes aériennes sont un cas spécial, mais si l'on veut séparer l'enquête de l'arbitrage, alors il faudrait avoir un Tribunal revitalisé. Cela ne sert à rien de conférer en même temps au commissaire des pouvoirs qui lui permettent d'éviter le Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:12:30]

Équilibrer les facteurs incitatifs : Dommages-intérêts, frais de contentieux et amendes

L'indemnisation que peut recevoir un requérant éventuel est un facteur d'importance critique lorsque vient le moment de décider d'introduire une instance devant le Tribunal. Avec l'adoption du projet de loi C-23, le droit d'intenter une action privée devant le Tribunal existera dans une certaine mesure, mais ce texte de loi est de toute évidence conçu davantage pour décourager plutôt qu'encourager un requérant à entamer des poursuites à titre privé. L'absence de recours en dommages-intérêts est l'élément dissuasif le plus évident. Si l'on refuse au demandeur ce qui, dans la plupart des affaires civiles, constituerait la mesure de redressement la plus importante, on peut raisonnablement s'attendre à ce que cela ait une incidence sur la décision d'aller ou non de l'avant avec une requête; autrement dit, est-ce que la solution (une ordonnance) vaut le temps, les efforts et les frais consentis? La possibilité de devoir verser des dommages-intérêts constitue aussi un important facteur dissuasif pour les comportements anticoncurrentiels. À l'heure actuelle, la seule mesure dont peut profiter le requérant est une ordonnance du Tribunal, c'est-à-dire une ordonnance de cesser et de s'abstenir, ou, dans certains cas, une

Je crois que des sanctions administratives et des dommages-intérêts sont des éléments nécessaires pour améliorer l'efficacité de la Loi. À l'heure actuelle, l'abus de position dominante peut s'interpréter comme suit : faites-le jusqu'à ce qu'on vous dise de ne plus le faire. Et quel en est le coût? Le conseil que nous devons donner est que ce n'est pas illégal jusqu'à ce que le Tribunal en décide autrement. Bien entendu, les clients peuvent lire la même chose, c'est-à-dire, faites-le jusqu'à ce qu'on vous dise non. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:35]

ordonnance de cession d'actifs. Mais il ne peut réclamer de dommages-intérêts.

Mais à moins de disposer de sanctions importantes, ces dispositions ne font peur à personne. Nous intentons simplement une poursuite, et la poursuite peut elle-même devenir un outil pour faire traîner les choses en longueur jusqu'à ce que le dommage soit fait et que le compétiteur disparaisse du paysage. Dans ces conditions, seule la menace de sanctions importantes aura un véritable effet dissuasif dans notre économie. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:35]

Partout dans le monde, le droit de poursuivre en dommages-intérêts est un droit fondamental accordé aux demandeurs dans des poursuites au civil. Il est injuste que les requérants devant le Tribunal se voient refuser un droit fondamental de tout autre plaideur, c'est-à-dire celui de réclamer la restitution des pertes subies du fait du comportement anticoncurrentiel d'une autre personne. La justification prétendue de cette politique est que la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts provoquerait une avalanche de litiges comme cela s'est produit aux États-Unis, ainsi que le départ du Canada d'entreprises devant consacrer des sommes énormes à se défendre contre des poursuites vexatoires.

Il devrait y avoir des sanctions administratives et des dommages-intérêts pour les parties lésées. Sans cela, le texte de loi est inefficace pour ce qui est de mettre au jour d'importantes questions susceptibles d'examen. Si vous réussissez à évincer une entreprise du marché aujourd'hui, tout ce qu'on vous dira, c'est que vous n'auriez pas dû le faire. Ce n'est pas une mesure dissuasive suffisante. Si vous abusez de votre position dominante dans le pays, on devrait vous obliger à payer des dommages-intérêts à la partie lésée, à assumer les frais de l'instance et à verser une amende parce que vous avez nui à l'intérêt public. Nous avons besoin de ces moyens coercitifs. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:45]

Le Comité connaît très bien les nombreuses différences qui existent entre le Canada et les États-Unis pour ce qui est de l'application des règles antitrust, et il est d'avis que ces différences sont si fondamentales qu'il ne sert à rien d'essayer de les comparer. En plus de permettre le versement de triples dommages-intérêts au demandeur qui obtient gain de cause, la formule américaine prévoit d'autres mesures qui encouragent l'introduction d'instances, par exemple des procès devant jury au civil et l'attribution des dépens, qui favorisent dans la grande majorité des cas le demandeur. Pour cette raison, le Comité est fermement convaincu qu'il n'y a aucun fondement à l'argument selon lequel la création d'un droit à des dommages-intérêts dans les procédures du Tribunal aurait une incidence néfaste sur le climat des affaires. De fait, c'est le contraire qui pourrait se produire. La création d'un système où toutes les personnes et entreprises sont en mesure de protéger leurs droits et intérêts économiques aurait plutôt tendance à attirer l'investissement qu'à l'éloigner. Cette conclusion est corroborée par l'expérience des États-Unis où, malgré qu'on y trouve le régime antitrust le plus litigieux du monde, les investissements continuent d'affluer dans le secteur commercial, davantage que partout ailleurs dans le monde.

Du reste, l'argument n'est pas confirmé par l'expérience des tribunaux civils ordinaires au Canada. Nos tribunaux accordent constamment des dommages-intérêts dans des causes civiles et il n'y a absolument aucune raison de croire que la disponibilité de ce recours a entraîné une

avalanche de litiges stratégiques à ce niveau. Pour la même raison, rien ne laisse croire que le fait d'autoriser les requérants à réclamer des dommages-intérêts devant le Tribunal augmenterait considérablement les litiges, en particulier si l'action donne lieu à une « simple réparation », correspondant à la perte véritable et prouvable. La menace de litiges stratégiques serait également écartée par les nouvelles règles du Tribunal concernant les frais ainsi que par son pouvoir de rendre des jugements sommaires et de refuser l'autorisation de présenter une demande.

Le Tribunal est formé de membres très expérimentés de la magistrature et d'experts en économie, qui ont certainement les compétences nécessaires pour évaluer des dommages-intérêts. Le Comité ne recommande aucunement les triples dommages-intérêts que peuvent réclamer les plaideurs aux États-Unis et qui seraient à l'origine de l'énorme croissance de l'industrie des procès antitrust dans ce pays.

Jusqu'à ce qu'on autorise les dommages-intérêts en vertu de la *Loi sur la concurrence*, il est probable que l'équilibre des facteurs d'incitation et de dissuasion ne pourra être optimal. Il est probable que certaines causes valables ne se matérialiseront pas à cause de l'impossibilité d'obtenir une telle compensation. Ces requérants potentiels décideront simplement que les mesures injonctives limitées que peut prendre le Tribunal ne compensent tout simplement pas les coûts élevés qu'implique une procédure. Par conséquent, du point de vue du requérant, il est amplement justifié de créer un droit de poursuite en dommages-intérêts.

Par ailleurs, les dommages-intérêts constitueraient un excellent agent dissuasif. La possibilité de devoir payer des dommages-intérêts créerait certainement pour les entreprises dominantes une motivation supplémentaire à s'abstenir de pratiques anticoncurrentielles, le coût éventuel d'un tel comportement s'en trouvant haussé. Bien entendu, si la *Loi* était davantage respectée, le contribuable canadien économiserait les dépenses liées au fait que le Bureau est seul responsable de la faire exécuter. À l'heure actuelle, une entreprise en position de dominance n'a guère d'incitation à ne pas abuser de son emprise. Elle sait que le pire qui peut lui arriver, à la fin de l'instance, est de faire l'objet d'une ordonnance de cessation de son

Comme nous avons pu l'observer à l'époque des grands cartels, même une amende de 10 millions de dollars peut être insuffisante. Je sais que lorsque j'étais au Bureau de la concurrence, dans un cas particulier, nous avons calculé que les prix excessifs atteignaient les centaines de millions de dollars, ce qui fait que même une amende de 10 millions de dollars n'aurait représenté qu'une fraction des profits. Si l'on introduit une sanction administrative pécuniaire pour abus de situation dominante, je pense qu'on voudra en fait donner au Tribunal le plus de latitude possible afin qu'il impose une peine à sa discrétion. Il pourra ainsi la fixer à n'importe quel niveau. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:55]

Historiquement, la législation antitrust du Canada a surtout été axée sur l'intérêt du public au chapitre de la concurrence, plutôt que sur les intérêts privés des concurrents à titre individuel. Si l'on modifie la loi [...] de façon à donner à un plaideur le droit d'obtenir des dommages-intérêts, je crois que cela aurait des répercussions très profondes [...] Je pense qu'inévitablement, le Tribunal finirait par devenir une cour comme une autre, sauf qu'il s'agirait d'une cour spécialisée. Il faut donc bien examiner s'il est dans l'intérêt du public de faire évoluer la loi dans cette direction. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:55]

J'estime qu'il peut être très utile d'examiner d'autres modèles de gestion de l'instance lorsqu'un juge est chargé non seulement d'établir le calendrier des audiences, mais de déterminer les questions qui seront entendues par le Tribunal. Je crois que nous en avons un très bon exemple dans la liste commerciale qui existe à Toronto [...] Il y a des juges, en moyenne six à la fois, qui sont assignés à la liste — trois membres relativement permanents, et trois membres qui font un roulement tous les six mois. Un protocole particulier est prévu pour traiter des litiges commerciaux, de même qu'un système très serré de gestion de l'instance, selon lequel un juge non seulement gère les audiences préalables au procès, si on peut dire, mais aussi oblige les parties à recourir aux méthodes de médiation, habituellement avant l'étape du procès. [...] La gestion efficace de l'instance par un juge [...] serait effectivement utile pour nos procédures devant le Tribunal. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:25]

Je pense qu'il est nécessaire d'examiner de façon exhaustive ce que nous voulons faire [...] En vertu du projet de loi C-23, il y a maintenant une amende de 15 millions de dollars dans la situation du transport aérien. Je pense qu'on va trop vite. Je sais qu'il y a toutes sortes de considérations politiques à prendre en compte, mais [...] il faut examiner de manière plus générale les principes qu'on veut inscrire dans la loi relativement aux pratiques susceptibles d'examen [...] Il ne s'agit pas de déterminer ce qu'on peut faire pour arrêter les grandes entreprises. Une fois que ces sanctions seront en place, elles s'appliqueront également aux petites entreprises. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:10:15]

comportement anticoncurrentiel, et peut-être de devoir payer une partie des frais juridiques du requérant. Elle n'aura pas à verser des dommages-intérêts, peu importe les sommes que sa ou ses victimes pourront avoir perdu. Il suffit de comparer cela aux énormes profits que l'entreprise abusive peut réaliser pendant que la cause est devant le Tribunal. L'absence de dommages-intérêts constitue pour elle une incitation très forte à prolonger le litige; ce faisant, elle fait bien entendu augmenter quelque peu ses propres frais juridiques, mais elle n'accroît pas sa vulnérabilité du point de vue des dommages-intérêts. Entre temps, la victime de sa conduite continuera de subir des pertes (et sera de plus en plus pressée d'arriver à un règlement), tandis qu'elle-même continuera de toucher ses profits mal acquis sans s'inquiéter de devoir un jour payer.

Avec l'adoption du projet de loi C-23, le Tribunal aura maintenant la possibilité d'adjuger les dépens au plaideur qui obtient gain de cause. On s'attend à ce que cette disposition ait également une incidence sur la décision d'un éventuel requérant d'aller de l'avant, bien qu'on ne puisse considérer qu'il s'agit là d'une forte incitation dans un sens ou dans l'autre. En effet, l'éventualité de devoir assumer les dépens d'un défendeur victorieux aurait tendance à dissuader un requérant qui n'est pas fermement convaincu du bien-fondé de sa requête, tout comme, à n'en point douter, la perspective d'un recouvrement des frais aurait tendance à l'encourager. Qui plus est, on prévoit que dans certains cas, à tout le moins, le Tribunal ne fera pas droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu des articles 75 et 77, ce qui peut également dissuader un demandeur d'engager une démarche.

Le Comité a aussi constaté que les témoins étaient fortement en faveur d'autoriser le Tribunal à imposer des sanctions administratives pécuniaires afin de décourager davantage les comportements anticoncurrentiels flagrants. La menace des dommages-intérêts constitue certainement un élément dissuasif efficace, mais l'imposition d'amendes serait un remède additionnel utile : 1) dans les situations où le versement de dommages-intérêts à lui seul ne serait pas suffisant; 2) si les victimes du comportement en question ne pouvaient être facilement identifiées, par exemple en cas de perte répartie parmi un grand nombre de consommateurs; 3) ou si la perte de chacun était trop minime pour que

l'attribution de dommages-intérêts soit une solution efficace.

Afin d'être efficaces, les sanctions administratives doivent être suffisamment lourdes pour décourager les pratiques anticoncurrentielles. De fait, pour prévenir un tel comportement à l'avenir, la sanction doit être supérieure aux profits que l'entreprise abusive peut réaliser grâce à son comportement anticoncurrentiel. C'est pourquoi il ne devrait pas y avoir de plafond à l'amende éventuelle que le Tribunal peut imposer. Ce dernier devrait avoir toute la latitude voulue à cet égard, compte tenu des profits réalisés par la partie abusive et des autres facteurs qu'il juge pertinents dans les circonstances particulières de l'espèce.

En conséquence, la *Loi* doit instituer une combinaison optimale de mesures incitant à son observation et favorisant la matérialisation des causes valables. Deux options ont été présentées au Comité :

1. Que le gouvernement modifie la *Loi sur la concurrence* afin de permettre au Tribunal, outre les autres recours dont il dispose dans des poursuites au civil, d'ordonner d'indemniser une partie au moyen de dommages-intérêts et d'imposer des sanctions administratives pécuniaires en vertu de l'article 79, afin de décourager les pratiques anticoncurrentielles et de favoriser le règlement juste et rapide des instances dont il est saisi.
2. Attendre de voir quel sera l'impact des réformes du projet de loi C-23 (c'est-à-dire le droit privé d'accès, les renvois) sur le fonctionnement du Tribunal et ses procédures.

On ne peut dire avec certitude si la création du nouveau droit d'accès privé ainsi que les nouvelles procédures du Bureau concernant les renvois et les jugements sommaires produiront effectivement le résultat escompté d'encourager les litiges constructifs. Le Comité n'est pas convaincu que ces réformes limitées permettront à elles seules d'établir un juste équilibre. Pour cette raison, le Comité recommande :

[...] si nous adoptons une approche holistique et réfléchissons aux structures institutionnelles et aux incitations mises en place [...] cela atténuera largement les problèmes de coût. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:25]

Le Parlement devrait se demander quelle part des ressources publiques il peut se permettre de répartir parmi de nombreux objectifs tout à fait louables pour ce genre de dossier. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

Il nous faut tout simplement ouvrir la possibilité d'actions privées, incluant possiblement des dommages ou en tout cas le remboursement des coûts occasionnés par certains de ces autres délits. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:12:45]

[N]ous devrions donc nous concentrer [...] sur la question de savoir quels sont les instruments légaux justes et économiquement indiqués, et la jurisprudence devrait découler de là. [Neil Campbell, McMillan Binch 59:12:15]

8. **Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* de façon à étendre les droits privés d'action aux situations d'abus de position dominante (article 79) ainsi qu'à autoriser le Tribunal à accorder des dommages-intérêts dans les actions intentées à titre privé (articles 75, 77 et 79).**

Jurisprudence — Encourager les causes légitimes

Il y a un vaste consensus parmi les témoins sur le fait qu'il n'y a tout simplement pas assez d'affaires soumises au Tribunal. Cela ne revient pas à dire qu'il faut encourager les litiges comme une fin en soi; toutefois, le fait de porter des causes devant le Tribunal aura pour effet, au fil du temps, de développer une interprétation judiciaire qui servira à clarifier le sens de la *Loi* ainsi qu'à améliorer son observation et son exécution. Le défi des législateurs est d'établir un système grâce auquel les causes légitimes seront portées devant le Tribunal. Parallèlement, il faut prendre garde de ne pas encourager les litiges à caractère frivole, vexatoire ou stratégique.

Pourquoi voudriez-vous présenter une demande au Tribunal en tant que plaideur privé si vous pouvez convaincre le commissaire de présenter une demande ex parte afin d'empêcher votre compétiteur de mener son activité au sein du marché? Pourquoi dépenser son propre argent lorsqu'on peut dépenser les deniers publics [...]? [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Le Comité est convaincu que les nouveaux pouvoirs du Tribunal institués par le projet de loi C-23 sont bien conçus de manière à écarter les litiges futiles. Toutefois, il est loin d'être évident que les réformes constitueront une incitation suffisante à soumettre au Tribunal les affaires bien fondées.

Il ne fait guère de doute que de nombreux conflits pourront être réglés grâce au nouveau pouvoir du Tribunal d'entendre des renvois¹². En même temps, il est raisonnable d'anticiper que certaines affaires seront réglées par voie

¹² Le Tribunal pourra entendre toute question de droit, question mixte de droit et de fait ou question de compétence, de pratique ou de procédure liée à l'application ou à l'interprétation des parties VII.1 (*Pratiques commerciales trompeuses*) ou VIII (*Affaires que le Tribunal peut examiner*), qu'une demande ait été présentée ou non en vertu de l'une de ces parties. De même, le commissaire peut, de son propre chef, soumettre au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure (mais non une question mixte de droit et de fait) liée à l'application ou à l'interprétation des parties VII.1, VIII ou IX (transactions devant faire l'objet d'un avis, c'est-à-dire les fusions).

sommaire en vertu des nouveaux pouvoirs de jugement sommaire du Tribunal. Les affaires manifestement dénuées de fondement seront « tuées dans l'œuf » grâce au droit du Tribunal de refuser la permission de présenter une demande.

Le Comité s'attend à ce que le nouveau droit d'accès privé à l'arbitrage des différends en vertu des articles 75 et 77 créé par le projet de loi C-23 ajoute à la charge de travail du Tribunal, car des particuliers voudront obtenir sa protection lorsqu'ils estiment faire l'objet de pratiques commerciales anticoncurrentielles. Toutefois, étant donné qu'il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts, le Comité ne s'attend pas à l'avalanche de litiges que certains opposants à l'accès privé ont prédite. On prévoit néanmoins — de fait, on espère — que les parties prenantes utiliseront le texte de loi de bonne foi afin d'affirmer leurs droits devant le Tribunal, de protéger leurs droits civils et, de façon plus générale, d'assurer une saine compétition.

Au sujet des renvois, le Comité a entendu plusieurs critiques du projet de loi C-23. Celui-ci stipule que le commissaire, de son propre chef, ou les deux parties d'un commun accord, peuvent soumettre au Tribunal toute question de droit, question mixte de droit et de fait ou question de compétence, de pratique ou de procédure. Le commissaire peut, de son propre chef, soumettre ces questions au Tribunal (sauf une question mixte de droit et de fait), alors qu'une partie intimée ne le peut pas. Ne trouvant aucune justification convaincante pour cette iniquité apparente, le Comité recommande:

- 9. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 124.2 de la *Loi sur la concurrence* pour qu'une partie à une affaire contestée aux termes des parties VII.1 ou VIII puisse soumettre au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure liée à l'application ou à l'interprétation de l'une ou l'autre de ces parties.**

Le Parlement a érigé autour de ce droit d'accès du public un certain nombre de barrières [...] et il reste à voir si la méthode est applicable et sera utilisée [...] Je ne vois pas trop ce qui pourrait inciter un plaideur privé à aller de l'avant. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Une décision motivée est avantageuse pour tout le monde. Non seulement est-ce à l'avantage du plaignant, mais c'est également utile au public qui comprend ainsi comment le Bureau applique la loi dans une situation donnée. Le fait de voir ce que le Bureau a fait ou n'a pas fait est un garant de transparence. [Neil Campbell, McMillan Binch 59:11:25]

Dans le contexte d'actions privées, les parties ont la liberté de dépenser autant d'argent qu'elles le veulent pour défendre leurs intérêts, alors il y a une concurrence naturelle à ce niveau-là. Une partie de la résistance du Bureau à l'idée de la multiplication des affaires est attribuable au montant d'argent que celles-ci consomment. Le processus devient ainsi un genre de perle qui n'a pas de prix affiché. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

Ressources du Tribunal

Je pense qu'on appuie généralement l'idée que les instances du Tribunal ne prennent pas plus de six mois du début à la fin, y compris une période de quatre mois pour rendre la décision et deux mois pour la rédiger. Mon sentiment est que le Tribunal lui-même est prédisposé à le faire et qu'il a de toute évidence besoin de la coopération des parties ainsi que de ressources suffisantes. Je crois comprendre que, par le passé, l'un des problèmes liés aux retards était que les ressources juridiques étaient insuffisantes. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:25]

Le Comité n'a pas entendu beaucoup de témoignages sur le caractère adéquat ou non des ressources du Tribunal. Toutefois, certains témoins ont signalé une pénurie d'économistes dans certains cas, ce qui aurait entraîné des retards dans le traitement de dossiers. Nous prévoyons qu'une augmentation du budget actuel du Tribunal puisse être nécessaire afin de traiter les affaires soumises par des parties privées après l'adoption du projet de loi C-23. On ne peut cependant déterminer l'ampleur de cette augmentation. Parallèlement, il est possible que le pouvoir de rendre des jugements sommaires et d'entendre des renvois donne lieu à un plus grand nombre de règlements des différends sans qu'une audience complète ne soit nécessaire, d'où une possible économie de ressources.

Quoi qu'il en soit, le Comité est d'avis que le Tribunal lui-même est le mieux placé pour déterminer ses besoins en ressources et qu'on peut régler cette question au moyen du processus budgétaire actuel. Pour cette raison, le Comité ne croit pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le budget actuel du Tribunal est suffisant. Le Comité a l'intention de suivre les opérations du Tribunal dans le cadre de la surveillance qu'il exerce sur le fonctionnement de la législation canadienne en matière de concurrence.

Je ne pense pas que lui jeter davantage d'argent vienne régler le problème. Si nous conservions le modèle que nous avons aujourd'hui [...] vous pourriez avoir une situation comme l'affaire de Superior Propane où le commissaire peut diriger dix économistes en tant qu'experts. [...] Je pense qu'il nous faut changer ce processus, sans quoi la quantité de ressources dont nous disposons à cette fin l'emportera [...] sur ce que le contribuable moyen considérerait comme étant un budget raisonnable, étant donné les objectifs très louables en matière de politique gouvernementale qui se font concurrence. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:12:35]

La Loi sur le Tribunal de la concurrence

On a fait valoir au Comité que le paragraphe 12(1) de la *Loi*, dans son libellé actuel, ne reflète pas les pratiques du Tribunal. Cet article stipule que les questions de droit ne peuvent être résolues que par les membres juristes, alors que les questions mixtes de droit et de fait peuvent l'être tant par les juristes que par les autres membres.

Distinguer entre les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait présente souvent des difficultés, en particulier dans un régime législatif déterminé par l'économie et les forces du marché. En pratique, le Tribunal n'empêche pas les autres membres d'exprimer leur point de vue sur les questions de droit. De fait, dans un cas

particulier, la Cour d'appel a confirmé l'opinion dissidente d'un membre non juriste sur une question relevant de la compétence du Tribunal.

Le Comité croit qu'il n'y a aucune raison impérieuse de maintenir la distinction artificielle et quelque peu encombrante entre les questions de fait et les questions de droit, ou les questions mixtes de fait et de droit, dans les procédures du Tribunal. En conséquence, le Comité recommande :

10. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour que tous les membres qui instruisent une affaire puissent se prononcer sur les questions de droit.

Droit automatique d'appel

L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* crée un droit automatique d'appel¹³ de toute décision ou ordonnance du Tribunal, y compris les ordonnances provisoires¹⁴. Il existe cependant une exception à ce droit automatique : un appel d'une question de fait seulement ne peut être interjeté qu'avec la permission de la Cour. Cette formule reflète un principe qu'il est convenu d'appeler la retenue judiciaire. L'idée qui le sous-tend est que le Tribunal, avec son expertise spécialisée et l'audition complète de la preuve, est mieux placé que la Cour d'appel pour établir les faits à partir d'éléments de preuve. Mais devrait-on étendre également aux questions de droit le principe de la retenue?

Les membres juristes du Tribunal sont des juges de la Cour fédérale. Il est évident pour le Comité qu'avec une telle somme d'expérience et de connaissances juridiques, le Tribunal est extrêmement compétent dans les questions de droit. De plus, il a été clairement démontré que les membres non juristes du Tribunal pouvaient faire des observations judicieuses, et le font, sur des questions de droit. Pour cette raison, le Comité croit que le principe de la

À mon avis, un élément qui ajouterait énormément de transparence, en particulier dans le cas des fusions, serait de modifier le pouvoir de renvoi qui existe dans le projet de loi C-23 de façon à permettre au défendeur, lorsqu'un tel cas examiné par le Tribunal, de demander à celui-ci de rendre une décision sur un point sommaire. [...] Si le défendeur [...] pouvait se présenter au Tribunal et dire « ceci dépasse le mandat du commissaire dans les circonstances actuelles et vous devez prendre des mesures en conséquence », cela aurait un effet sain et disciplinaire sur l'exercice de la discrétion [...] [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Les membres juristes ont le droit exclusif de décider des questions de droit, après quoi toutes les autres questions sont décidées par l'ensemble du groupe. [...] Il est peu commode pour le Tribunal de fonctionner de cette façon [...] en réalité, les membres du Tribunal étudient probablement toutes les questions ensemble. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

¹³ Devant la Section d'appel de la Cour fédérale.

¹⁴ Toutefois, les ordonnances provisoires prévues à l'article 103.3 (projet de loi C-23) ne seraient pas sujettes à révision.

À l'heure actuelle, il existe un droit automatique d'appel, sauf à l'égard des questions de fait. Je ne connais aucun avocat habile qui ne puisse à tout le moins trouver une question mixte de fait et de droit pour interjeter appel. Je crois que cela retarde inutilement le processus d'arbitrage étant donné que le Tribunal est censé être une cour spécialisée. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

Il ne sert à rien que le processus d'appel soit aussi long surtout dans le cas des fusions étant donné que cela n'empêche pas les fusions de se réaliser. En fait, on n'a jamais reporté une fusion pendant un appel. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

retenue judiciaire devrait s'appliquer au Tribunal non seulement pour les questions de fait, mais également pour les questions de droit d'application générale et de droit particulier aux dossiers de concurrence.

Il importe de préciser que l'obligation faite à une partie d'obtenir la permission d'en appeler ne la prive pas de son droit d'appel. Cela implique simplement que l'appelant doit d'abord convaincre la Cour d'appel du bien-fondé de sa démarche. Si elle considère que l'appel n'est pas fondé, la Cour peut rejeter la demande de façon sommaire, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une instance complète d'appel. De cette manière, on pourrait abréger de nombreuses instances sans sacrifier les principes d'équité procédurale. Par conséquent, le Comité recommande :

- 11. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour exiger qu'on ne puisse interjeter appel de toute ordonnance ou décision du Tribunal qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.**

CHAPITRE 4 : COMLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES

Le continuum organisationnel

La coopération entre concurrents est une arme à double tranchant. Certes, elle peut offrir des possibilités d'avantages économiques, mais l'amointrissement de la compétitivité qu'elle peut entraîner a aussi un prix. Les avantages économiques tiennent à la synergie qui résulte du rapprochement de personnes et d'organisations aux compétences et aux ressources diverses. Ce type de coopération peut en particulier : 1) aboutir à des procédés de fabrication nouveaux et moins coûteux; 2) faciliter la réalisation d'économies d'échelle et de gamme ; et 3) entraîner une rationalisation de l'affectation des ressources ou une amélioration de la qualité des produits. Un exemple typique dans l'économie du savoir contemporaine se produit quand deux entreprises ou plus combinent leurs ressources en recherche, en développement et en commercialisation pour réduire le temps nécessaire — et le degré de risque — à l'élaboration et à la mise en marché de nouveaux produits. D'un point de vue social, cet arrangement présenterait l'avantage de minimiser voire d'éviter les doubles emplois au niveau du travail et des installations. Malheureusement, ces avantages sont parfois associés à une entente de partage du marché ou d'établissement concerté des prix nécessaires pour rendre ce type de coopération profitable. Cela peut se solder à des degrés divers par des approvisionnements limités, des prix plus élevés, une gamme de produits moins vaste ou une qualité non optimale. Il faut donc tenir compte d'un ensemble complexe de facteurs économiques pour tirer des conclusions définitives sur les répercussions ultimes de ce type de coopération.

Il faut savoir que ce type de coopération peut prendre plusieurs formes. Elle peut procéder purement par contrat ou purement par combinaison ou se situer quelque part entre ces deux pôles. Par souci de simplicité, le Comité englobe les divers types de relations commerciales

Dans de nombreux cas, une alliance stratégique n'est rien d'autre qu'un arrangement contractuel similaire à une fusion. Elle peut être dictée par des considérations fiscales qui la font préférer à un arrangement contractuel. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

Il est également raisonnable de réfléchir à ces arrangements entre sociétés qui ne sont pas tout à fait des fusions mais ne sont pas un comportement collusoire injustifiable, comme c'est le cas de beaucoup d'alliances stratégiques et de coentreprises. Il y a l'exemple ... d'une coentreprise établie pour la mise au point d'un vaccin. Nombre de ces arrangements sont merveilleusement efficaces, d'une part, mais posent néanmoins des difficultés sur le plan de la concurrence, d'autre part. Il faut, dans leur cas, une évaluation plus nuancée, plus libérale, comme celle à laquelle les fusions sont soumises. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:30]

Il existe de nombreuses ententes qui ont un effet sur les prix ou sur les clients par voie de conséquence, mais qui ne sont pas des accords de fixation des prix en tant que tels. Si vous vous limitez à interdire les accords destinés à fixer des prix, c'est-à-dire des accords dont le but est de fixer des prix, par opposition à des accords qui ont incidemment un effet sur les prix, alors vous approcherez beaucoup plus des comportements véritablement criminels. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Il est assez étrange que deux entreprises ou concurrents qui fusionnent font l'objet d'un examen au civil, où ils peuvent expliquer les gains d'efficacité et où leur proposition fait l'objet d'une analyse coûts-bénéfices, alors que si elles ne vont pas jusqu'à la fusion, le droit pénal leur est appliqué et leurs responsables sont passibles de prison et d'amendes. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:25]

le long de ce continuum organisationnel dans l'expression « alliances stratégiques ¹⁵ ». Ce type d'intégration peut être comparé avec celle qui découle d'une fusion ou de l'acquisition d'actifs ou de capacités.

Lorsqu'elle ne fait que masquer un cartel, la coopération entre concurrents inquiète non seulement parce qu'elle redistribue clandestinement les recettes (des acheteurs aux vendeurs), ce qui équivaut à une fraude, mais parce qu'elle réduit l'efficacité économique, car les ressources sont mal employées. Ce genre de monopolisation, parce qu'elle fait obstacle au bien-être économique, est considéré comme un crime contre la société. Cependant, dans un examen approfondi des effets sur la concurrence, les deux types de coopération, fusion et alliance stratégique, recevraient un traitement similaire, car ni l'un ni l'autre ne peut être considéré a priori comme favorable à la concurrence ou comme néfaste pour celle-ci.

Théoriquement, une alliance stratégique qui ne constitue pas ce que les spécialistes considèrent comme un véritable cartel peut être traitée pénalement ou civilement dans la *Loi sur la concurrence* du Canada, même si elle est en fait propice à la concurrence et ne restreint celle-ci que d'une façon accessoire. L'application de la *Loi* peut se faire par le truchement d'un procès pénal, aux termes de la disposition sur les complots (article 45) ou d'un procès civil, aux termes des dispositions sur la domination conjointe (article 79) ou sur les fusions (article 92). L'incertitude plane sur la voie à suivre, mais une alliance stratégique ne répondrait à l'idéal d'égalité des chances par rapport à une fusion que si elle passait avec succès un examen aux termes des articles 92 à 96. Malheureusement, comme beaucoup de témoins l'ont dit au Comité, une alliance stratégique pourrait par inadvertance faire l'objet des dispositions de l'article 45 alors que le droit pénal n'est pas particulièrement approprié pour juger ce type d'entente. En effet, le recours

¹⁵ Les entreprises préfèrent constituer des alliances stratégiques, généralement sous la forme d'entreprises conjointes, ce qui suppose une intégration moins poussée que dans un fusionnement en bonne et due forme. Ces ententes horizontales prévoient en général des arrangements formels en matière d'approvisionnement, l'accès à des technologies et à des savoir-faire spécialisés, à des canaux de distribution et à des clientèles (surtout à l'étranger, là où il existe des barrières au commerce), à des capitaux, à un partage des risques ou encore à une collaboration en matière de recherche et de développement.

à l'article 45 présente les carences suivantes :

- au pénal, les tribunaux ne possèdent pas les connaissances spécialisées nécessaires;
- les considérations structurelles (parts de marché ou concentration) ont tendance à y dominer l'analyse, qui est plutôt limitée;
- les efficacités et l'innovation ne sont aucunement prises en considération;
- les sanctions se limitent à des amendes, car il n'existe pas de solutions mettant en jeu les comportements.

La situation a pour effet de « refroidir » l'ardeur des gens d'affaires qui envisageraient une alliance stratégique favorable à la concurrence et le Comité a l'intention de remédier au problème. Il entend du même coup étudier les facteurs qui expliquent les problèmes de ciblage des dispositions sur les complots et corriger la situation.

Historique du traitement légal des complots

L'interdiction des ententes horizontales (entre concurrents sur le marché d'un même produit) pour fixer les prix, répartir les marchés ou restreindre l'accès d'autres concurrents est l'un des pivots de la loi canadienne antitrust depuis 1889. Pendant la majeure partie de l'existence de cette loi cependant, l'interdiction est demeurée sans effet en raison de la présence du terme « unlawful » et de l'absence d'un organe permanent d'enquête et d'application de la loi. Entre la *Loi des enquêtes sur les coalitions* de 1923 et l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, en 1986, l'application de l'interdiction a varié en fonction de l'interprétation juridique qui a été donnée au terme *indûment* dans la partie de la disposition portant sur les effets sur la concurrence au moment d'apprécier les répercussions économiques d'une entente. Au cours de cette période, comme on pourrait s'y attendre, plusieurs tentatives infructueuses ont été faites pour débarrasser la *Loi* de ce terme, afin d'en renforcer l'interdiction. À la suite des arrêts *Aetna Insurance* (1977) et *Atlantic Sugar* (1980) de la Cour suprême, la Couronne a été tenue de prouver que les présumés conspirateurs avaient l'intention à la fois de conclure une entente et de réduire la concurrence *indûment*, une double intention difficile à établir, comme le

Je ne pense pas que le bulletin sur les alliances stratégiques ait donné aux milieux d'affaires les assurances qu'ils recherchaient, car il apparaît très clairement qu'il y a un risque d'une application simultanée des dispositions sur les fusions et aussi, potentiellement, des dispositions pénales de l'article 45 et même des dispositions sur la domination conjointe. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:20]

Nous n'avons pas rencontré de grands succès avec cette disposition. Étant donné son libellé et la difficulté d'apporter les preuves requises, il est très difficile de l'invoquer contre les ententes injustifiables. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

[...] les 150 millions de dollars d'amendes récemment imposées sont le produit de l'effet de raccrochage. Nous avons perçu 150 millions de dollars d'amendes au Canada après que d'autres pays aient condamné ces cartels internationaux. Nous avons obtenu des plaidoyers de culpabilité grâce à cela, mais ce n'est pas une réussite de notre régime à nous. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:40]

[...] lorsque nous avons analysé les cas au début des années 80, lorsque nous cherchions à décider quoi faire, nous avons constaté que le gouvernement avait perdu plus de causes qu'il n'en avait gagnées parce qu'il ne parvenait pas à faire la preuve. Ce n'est pas qu'il ne pouvait pas prouver le caractère indu; il ne pouvait prouver qu'il y avait effectivement une entente. Or, cela est la pierre angulaire de l'article sur le complot. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:25]

La question du retrait du mot « indûment » de l'article 45, plutôt que d'adopter une approche à deux volets, a déjà été soulevée. La réponse la plus simple, c'est que l'article serait alors trop inclusif. Il engloberait alors de nombreux accords qui sont sans problème. Par exemple, des accords entre un franchiseur et un franchisé pourraient faire l'objet de l'article 45, si on disait simplement tout accord qui restreint indûment la concurrence, la fourniture, la production, etc. [R.W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:09:15]

montre la chute de 90 à 55 % du taux de réussite de la Couronne¹⁶.

La *Loi sur la concurrence* a toutefois renversé ces jugements. Elle prévoit en effet, dans son article 45, que « quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement avec une autre personne » pour empêcher ou réduire *indûment* la concurrence commet un acte criminel et est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. Cette disposition prévoit une défense pour les ententes horizontales visant :

- l'échange de données statistiques, la définition de normes de produits, la définition des tailles ou des formats des contenants et emballages de produits;
- l'échange de renseignements sur le crédit, la R-D, la restriction de la réclame ou de la promotion, les mesures tendant à protéger l'environnement;
- l'adoption du système métrique de poids et mesures.

Il existe en outre des défenses spécifiques pour les consortiums d'exportation et les ententes spécialisées.

Toutefois, les modifications les plus importantes de la *Loi* découlent des paragraphes 45(2.1) et 45(2.2) qui permettent au Tribunal de déduire l'existence d'un complot, d'une association d'intérêts, d'un accord ou d'un arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle; par ailleurs, s'il est nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention de participer à cet arrangement et l'ont effectivement fait, il n'est pas nécessaire de prouver que l'arrangement en question était conçu pour réduire *indûment* la concurrence. La jurisprudence est conforme à cette interprétation.

La Cour suprême a, par la suite, donné une interprétation controversée de la signification et des répercussions du mot « indûment » dans sa décision dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Association*. Les tribunaux sont maintenant tenus d'appliquer un critère en deux parties aux ententes de fixation des prix avant de conclure qu'elles entravent « indûment » la concurrence. La

¹⁶ William Stanbury, « The New Competition Act and Competition Tribunal Act: Not With A Bang, But A Whimper », *Canadian Business Law Journal*, vol. 12, 1986/87, p. 20.

première partie concerne l'emprise sur le marché et la seconde consiste à vérifier si l'entente a un effet préjudiciable sur la concurrence que l'on peut qualifier d'indu. Ce cadre juridique établi en fait en partie une règle de la raison du fait que les ententes ne seraient pas considérées comme en soi illégales, même celles qui sont des exemples patents de cartel dénué de tout avantage pour la société, et ne seraient pas non plus assujetties à la règle de la raison qui permettrait de peser le pour et le contre du point de vue économique. Une alliance stratégique qui ne porterait atteinte à la concurrence sur le plan des prix que de manière secondaire ferait ainsi l'objet d'un examen approximatif pour déterminer son impact économique.

Dans l'état actuel des choses, la Couronne doit établir quatre éléments hors de tout doute raisonnable dans toute affaire relevant de l'article 45 :

1. L'existence d'un complot, d'une association d'intérêts, d'un accord ou d'un arrangement auquel l'accusé est partie.
2. S'ils se concrétisent, le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire *indûment* la concurrence (cela veut dire que le passage aux actes n'est pas nécessaire);
3. L'accusé avait une intention subjective vis-à-vis des deux premiers éléments;
4. L'accusé savait ou aurait dû savoir que l'arrangement aurait pour effet d'empêcher ou de réduire *indûment* la concurrence.

Un examen de l'application de la *Loi* est révélateur.

Le caractère exécutoire de l'article 45

Les experts du droit de la concurrence sont presque unanimes à affirmer que, tel qu'il est libellé, l'article 45 est difficile à faire exécuter dans un procès contesté même dans le cas de cartels patents. Ils estiment aussi que le critère en deux parties relativement à la structure et au comportement sur le marché offre trop de possibilités de

J'ai été l'un des conseillers spéciaux du Procureur général du Canada dans la poursuite contre les sociétés pharmaceutiques en Nouvelle-Écosse, où nous avons cherché, dans nos interventions auprès de la Cour suprême du Canada au début des années 90, à clarifier la signification de « indûment », de façon à donner une plus grande certitude décisionnelle au public et au Bureau. Et, à mon avis personnel, en dépit de toutes les bonnes intentions, l'article 45 mérite un examen prioritaire. Les raisons [sont que l'] article est à la fois sous-inclusif et sur-inclusif. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

[Le Canada est] le seul pays du monde à exiger un tel niveau d'analyse pour obtenir une condamnation aux termes de l'article 45. La plupart des pays, et je cite l'Europe, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud et d'autres, ont adopté une approche de condamnation automatique des cartels flagrants, tout en prévoyant un recours en droit civil — et cela a été proposé pour le Canada — à l'égard des alliances stratégiques. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

Il est admis que notre norme de justification est partiellement axée sur la règle de raison, mais elle ne permet aucune prise en compte des gains d'efficience. Or, l'efficience constitue l'un des objectifs du droit de la concurrence et il convient donc d'en tenir compte au moment de déterminer si une action ou un arrangement est condamnable. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

[S]ur les 22 affaires contestées, trois ont abouti à une condamnation. Est-ce que tous les avocats du ministère de la Justice ou ceux engagés à l'extérieur sont incompetents? Non. La norme de preuve est celle du droit pénal. Il faut prouver tous les éléments du dossier au-delà de tout doute raisonnable. Cette norme devrait être maintenue. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

[...] le Bureau de la concurrence a commandé trois études indépendantes [sur les ententes horizontales entre concurrents]. [...] toutes s'accordent sur le fait que les ententes injustifiables—comme la fixation des prix, le partage des marchés et la limitation de la production — devraient constituer une infraction criminelle sans critère lié à la concurrence. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:10]

Mais il y a certainement eu des cas où le problème résidait dans l'évaluation du caractère indu de l'amointrissement de la concurrence. Il s'agit donc de clarifier cela en scindant la Loi en deux volets — un volet pénal, ne comportant pas le mot « indûment » pour la fixation de prix flagrante, les cartels caractérisés, puis un volet civil couvrant les arrangements plus complexes. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:25]

contestation de questions économiques sans pertinence dans le cas d'un cartel patent. Les coûts d'exécution sont donc excessifs. Cette opinion étant presque unanime, le Comité ne voit pas l'utilité d'en chercher des preuves. Il se fonde exclusivement sur les données, analyses et conclusions du Bureau¹⁷.

Le Bureau de la concurrence rapporte 51 poursuites en vertu de l'article 45 ou de son prédécesseur entre 1980 et 2000. Dans près de 60 % des cas (29 sur 51), les poursuites ont donné lieu à un plaidoyer de culpabilité. Le taux de déclarations de culpabilité dans les procès contestés est exceptionnellement faible, de l'ordre de 10 à 15 % (3 sur 22). Le Bureau estime que 33 % environ des cas (6 sur 17) se sont soldés par un acquittement ou un non-lieu dès l'audience préliminaire pour manque de preuves attestant l'existence d'un arrangement — le premier élément décrit ci-haut. Près de 65 % des cas (11 sur 17) se sont soldés par un acquittement ou un non-lieu dès l'audience préliminaire pour manque de preuve attestant la réduction de la concurrence — la seconde des conditions citées plus haut — ou l'intention des parties concernées de causer une réduction de la concurrence — les troisième et quatrième conditions. Ces données et analyses montrent que la nécessité d'établir le fondement de l'accusation « hors de tout doute raisonnable » est un obstacle formidable, mais que c'est la notion associée au mot « indûment » qui nuit le plus à l'obtention de déclarations de culpabilité aux termes de l'article 45.

La solution en deux volets : pénal et civil

Le Comité tient à rappeler au lecteur que la politique de concurrence n'a rien à voir avec le fait de gagner ou de perdre des procès. Elle vise à établir un cadre dans lequel les entreprises offriront des produits et services à des prix compétitifs. Nous sommes persuadés que l'article 45 ne devrait s'appliquer qu'à certains types d'arrangements et que la *Loi* actuelle ne donne pas suffisamment d'indications sur ce qui constitue véritablement un acte criminel grave. En

¹⁷ Harry Chandler et Robert Jackson, Au-delà de l'amusement et de la détente : *Le traitement des complots en vertu de la Loi sur la concurrence du Canada*, Bureau de la concurrence, <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01767f.html>, mai 2000. Le Comité se fie aux affirmations des auteurs selon lesquels aucun des 51 cas ne constituait une alliance stratégique favorable à la concurrence.

outre, si nous sommes parfaitement conscients de l'impossibilité de rédiger un texte de loi exempt de toute incertitude, la *Loi* ne doit pas pour autant être rédigée de manière si vague qu'elle englobe tous les arrangements horizontaux entre concurrents.

Actuellement, l'application de l'article 45 dépend excessivement du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, qui peut être exercé différemment selon la personne. Il vaudrait mieux un libellé précis qui établirait une distinction entre les deux formes de coopération — un cartel anticoncurrentiel et une alliance stratégique favorable à la concurrence ou sans effet majeur sur elle. Dans le même ordre d'idées, le Comité ne trouve pas opportun de faire dépendre une responsabilité criminelle — avec les amendes et peines de prison qui y sont associées — de l'évaluation que ferait un tribunal de facteurs économiques complexes comme l'élasticité de la demande par rapport aux prix, les obstacles à l'entrée dans un secteur d'activité donné, l'ampleur des coûts irrécupérables, la vigueur des concurrents courants ou potentiels, la position sur le marché, et ainsi de suite — facteurs dont un tribunal est mal placé pour juger.

Les partisans d'un changement ont réussi à convaincre le Comité. La situation n'a que trop duré. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* sur les complots doivent être révisées afin de refléter la tendance des entreprises modernes à constituer des alliances stratégiques et des coentreprises, à l'égard desquelles la *Loi* actuelle est trop restrictive tout en étant, en même temps, trop libérale à l'égard des situations qui constituent manifestement une entrave à la concurrence. En conséquence, le Comité recommande :

- 12. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour traiter les ententes entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet conserverait la disposition concernant les complots (article 45) à l'égard des ententes conclues expressément pour réduire la concurrence, que ce soit directement par une hausse des prix ou indirectement par des restrictions à la production ou le partage de marchés, comme la distribution**

Je ne vois aucune raison pour laquelle on devrait traiter un type d'arrangement horizontal, comme par exemple une fusion, différemment, sur le plan de l'analyse, d'un quelconque autre type d'arrangement horizontal, comme par exemple une alliance stratégique. Je pense que les deux devraient être traités de la même façon. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

[V]otre rapport intérimaire laisse entendre que si l'on opte pour l'approche à deux volets, la disposition en matière de comportement criminel proprement dit pourrait être limitée à la fixation des prix et à la restriction de la production. Je vous encouragerais à élargir cette liste pour y inclure la distribution de marchés — et par là j'entends la distribution géographique des marchés et de la clientèle — ainsi que certains types de boycott collectif, par exemple ceux en faveur de collusion ou de l'exclusion du marché de nouveaux entrants. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:45]

Lorsqu'on s'attaque à un comportement collusoire caractérisé, la norme doit être respectée, mais il ne faudrait pas avoir à prouver les effets économiques. C'est ce qui se passe dans tous les autres régimes du monde. L'interdiction per se signifie simplement que si je conclus un arrangement de fixation de prix, vous n'êtes pas obligé d'établir qu'il a un effet anticoncurrentiel, avec les frais énormes qu'exige une telle démonstration, laquelle devient le principal enjeu. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

Je suis donc fortement en faveur d'une refonte de l'article 45, de façon à restreindre son caractère pénal aux comportements collusoires caractérisés, tels que la fixation de prix, le partage de territoire et de clientèle et la limitation de la production. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

Il faut donc être prudents. Les États-Unis, comme nous le savons, ont une infraction per se, mais elle n'est pas définie dans la Loi et est laissée à la discrétion des juges. Il faut veiller à ce que les exemptions ne deviennent pas si nombreuses que l'on ne sait plus à quoi l'interdiction s'applique. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

des clients ou des territoires, ou encore le boycott collectif de fournisseurs ou de clients. Le second volet concernerait tous les autres types d'ententes entre concurrents dans lesquelles les entraves à la concurrence sont secondaires à l'objectif principal et général d'une entente.

Le volet pénal

Les éléments nécessaires dans une cause contestée concernant l'article 45 doivent refléter fidèlement la pensée économique contemporaine au sujet des complots. Ils ne doivent pas faire perdre du temps inutilement sur des facteurs économiques sans grande importance pour l'arrangement ou le secteur d'activité examiné. Nous pensons que le complot doit constituer en soi un acte criminel et que l'existence d'un complot doit être déterminée sur la base des faits simples et pertinents de l'affaire en cause. En conséquence, le Comité recommande :

13. Que le gouvernement élimine le terme « indûment » des dispositions sur le complot (article 45) de la Loi sur la concurrence.

En créant un acte criminel en soi sans prévoir d'exception, on risquerait d'englober trop de choses sans discrimination, par exemple les arrangements horizontaux autres que ceux d'un cartel. Il faudrait donc prévoir les exceptions. Il faudrait une longue liste pour réduire suffisamment l'incertitude entourant une interdiction spécifique de ce genre, et le Comité estime qu'il vaudrait mieux se fonder sur des principes directeurs. Ceux-ci reposeraient sur les caractéristiques connues des arrangements horizontaux favorables à la concurrence, comme l'existence de facteurs économiques, autres que l'effet de réduction de la concurrence dont il est question, intégrées à l'entente. Ces autres facteurs économiques pourraient comprendre, notamment des gains d'efficacité (d'un point de vue technique ou organisationnel) et l'innovation. En conséquence, le Comité recommande :

14. Que le gouvernement du Canada modifie la Loi sur la concurrence par l'adjonction à l'article 45 de dispositions prévoyant des exceptions, par exemple lorsque : 1) la

limitation de la concurrence fait partie intégrante d'une entente plus large qui devrait créer des gains d'efficience ou encourager l'innovation et 2) la limitation de la concurrence est raisonnablement nécessaire pour réaliser ces gains d'efficience ou stimuler l'innovation. L'obligation de prouver les faits hors de tout doute raisonnable pour une telle exception incomberait à ceux qui proposent l'entente.

[L]a création de cette approche double confère une latitude et un pouvoir incroyables au commissaire. Si vous imaginez une situation de complot qui pourrait relever soit de l'une soit de l'autre [...] le commissaire jouirait du pouvoir incroyable de dire, par exemple: « Si vous ne faites pas ce que je souhaite, je vous emmène du côté pénal »
[Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

Le Comité estime en outre que l'approche en deux volets à l'égard des ententes horizontales entre concurrents confère une grande latitude au niveau du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, quoique moins que dans la *Loi* actuelle. Pour limiter quelque peu la portée de ce pouvoir discrétionnaire, le Comité recommande :

- 15. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 d'un paragraphe qui interdirait toute poursuite aux termes du paragraphe 45(1) contre quiconque est l'objet d'une ordonnance demandée en vertu de l'un quelconque des articles portant sur des affaires que le Tribunal peut examiner et s'appliquant essentiellement aux mêmes agissements.**

[I]l se peut que deux sociétés pharmaceutiques doivent collaborer à la mise au point du vaccin et doivent en fixer le prix pendant une courte période afin de récupérer les coûts de recherche. Ce type d'entente serait examinée en tant qu'alliance stratégique et pourrait être exonérée. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:15]

Le volet civil

Dans son *Rapport intérimaire*, le Comité avait recommandé que le gouvernement envisage de modifier les dispositions relatives à l'abus de position dominante (article 79) de manière à permettre l'examen au civil des ententes entre concurrents. Cette proposition était peut-être prématurée. Certes, l'article 79 porte sur les cas où plusieurs entreprises commettent un abus de position dominante et pourrait être modifié de manière à englober les ententes horizontales qui appartiennent à cette catégorie, mais nous estimons inopportun de le faire. En effet, ces ententes sont généralement par nature très différentes de celles qui pourraient être considérées comme des pratiques abusives. Autrement dit, une entente envisagée par des concurrents qui a pour effet secondaire de réduire la concurrence est une entente entre alliés; il

Il m'apparaît qu'il serait bon pour l'administration de la justice à l'avenir si l'on pouvait considérer ces arrangements dans la même optique que les fusions, avec toute la panoplie des outils d'analyse économique, comme dans le cas des fusions. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

[Notre proposition] met l'accent sur la question de savoir si l'entente constitue essentiellement une fixation de prix ou si l'élément anticoncurrentiel ou la fixation de prix est secondaire à une entente plus large qui, elle-même, ne serait pas contraire à l'article 45. Si l'élément fixation de prix est secondaire, alors l'accord plus général serait soumis à la procédure civile et serait jugé à l'instar d'une fusion.
[Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:30]

n'est aucunement question de relation agresseur-victime. Par conséquent, la solution n'est pas nécessairement de modifier l'article 79 pour viser des ententes horizontales qui ne sont pas nécessairement néfastes pour la concurrence, d'autant plus que l'on risquerait ainsi de perdre de l'efficacité au niveau des poursuites dans les vrais cas d'abus de position dominante. Il serait plus prudent de se doter de deux mécanismes visant deux types de comportements distincts.

Le Comité hésite aussi à proposer d'assujettir ces ententes aux dispositions des articles 92 à 96 concernant les fusionnements. Une entente horizontale ne répondrait pas nécessairement à la définition de fusionnement donnée à l'article 91 et aucune raison probante n'impose d'apporter des modifications alors que cela pourrait avoir des conséquences imprévues. Néanmoins, les alliances stratégiques devraient faire l'objet d'un examen analogue à celui des fusionnements. En conséquence, le Comité recommande :

- 16. Que le gouvernement du Canada modifie la partie de la *Loi sur la concurrence* relevant du droit civil pour y ajouter un article sur l'alliance stratégique prévoyant un examen des ententes horizontales entre concurrents. Cet article prévoirait, dans la mesure du possible, le même traitement que les dispositions d'examen des fusions (articles 92 à 96) et autoriserait le commissaire à la concurrence à renvoyer au Tribunal de la concurrence toute entente qui a ou pourrait avoir pour effet d'empêcher ou d'amoinrir substantiellement la concurrence sur un marché.**

Le Comité estime que cette nouvelle disposition ne devrait s'appliquer qu'aux ententes horizontales entre concurrents, qu'il s'agisse d'acheteurs ou de vendeurs, et non aux ententes verticales entre, par exemple, un acheteur et des vendeurs ou entre un vendeur et des acheteurs. En conséquence, le Comité recommande :

- 17. Que le gouvernement du Canada fasse en sorte que l'article proposé sur les alliances stratégiques s'inscrive dans la partie**

[N]ous avons à l'heure actuelle beaucoup de difficulté à comprendre quel est l'objet de la Loi en matière de reconnaissance d'efficacité économique. [...] il est quelque peu prématuré d'essayer d'élargir la notion d'efficacité à d'autres articles de la Loi [...] tant que nous ne savons pas [...] ce qu'est la vision du Parlement quant à la fonction de l'efficacité dans la Loi sur la concurrence.
[Roger Ware, Université Queen's, 59:12:15]

relevant du droit civil (recommandation n° 16) s'applique aux ententes entre acheteurs et vendeurs concurrents, mais non aux ententes verticales comme celles pouvant faire l'objet d'un examen aux termes des articles 61 et 77 de la Loi sur la concurrence.

Abstraction faite de la perspective d'avoir à payer une amende ou de se retrouver en prison, les délinquants potentiels doivent aussi penser que, s'ils sont condamnés, ils pourraient avoir à verser des dommages-intérêts à toute personne ayant subi un préjudice du fait de leurs agissements criminels. Le Comité est conscient du fait que, en soustrayant une pratique à l'application du droit pénal pour la faire relever du droit civil, on perd la possibilité d'accorder des dommages-intérêts aux termes de l'article 36 de la *Loi*. Cela pourrait avoir des conséquences fâcheuses sur la dissuasion et sur l'exécution de la *Loi* puisque cela réduirait le « coût potentiel » des actes illégaux pour leur auteur. Cela ne serait pas le cas, évidemment, si le gouvernement modifiait la *Loi* de manière à habiliter le Tribunal à accorder des dommages-intérêts (comme nous le proposons à la recommandation 8).

Par contre, on attribue rarement des dommages-intérêts au pénal et il faut donc se garder d'en exagérer l'importance comme facteur de dissuasion. Le Comité estime que, de même qu'il est inopportun de faire relever certaines pratiques relatives aux prix du droit pénal, il est tout aussi inopportun d'associer l'attribution de dommages-intérêts à ce type d'agissement. Si l'on ne permet l'attribution de dommages-intérêts que dans le cas de certaines des pratiques qui relèvent du droit civil, la *Loi* ne sera plus uniforme. Il est donc important d'étendre le droit de réclamer des dommages-intérêts à toutes les pratiques qui relèvent du droit civil, y compris à celles qui passeraient du droit pénal au droit civil comme nous le recommandons.

Vu le grand nombre de changements que nous recommandons, il sera nécessaire de réviser de fond en comble le bulletin du Bureau de la concurrence qui porte sur les alliances stratégiques et d'en faire des lignes directrices en matière d'exécution de la *Loi*. En l'absence de jurisprudence, les entreprises vont avoir besoin de l'aide

En dehors, donc, de ce qui serait le nouveau volet pénal en vertu d'une approche remaniée à deux volets pour les complots, [...] vous voudriez avoir en gros la même disposition en matière d'efficacité [...]. Mais la nature de cette disposition en matière d'efficacité devrait être différente de celle que nous avons à l'heure actuelle à l'article 96, qui n'a jamais fonctionné en près de dix ans. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Si vous envisagez ce type de bifurcation au sujet de l'article 45, la disposition qui porte sur les complots, je vous signale que, dans la Loi actuelle, toute activité relevant des dispositions pénales de la Loi peut donner lieu à une réclamation de dommages-intérêts. Si vous décidez d'assujettir désormais ces activités aux dispositions de la Loi qui relèvent du droit civil, cela ne sera plus possible. Il vaudrait peut-être la peine d'y penser à deux fois. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:30]

éclairée du commissaire pour savoir comment le Bureau traitera les ententes horizontales entre concurrents. En conséquence, le Comité recommande :

- 18. Que le Bureau de la concurrence rédige et diffuse des directives sur l'application des dispositions visant les complots, les alliances stratégiques et autres ententes horizontales entre concurrents conformes aux modifications de la Loi sur la concurrence proposées aux recommandations 12 à 17.**

Alliances stratégiques et préautorizations

Comme on l'a dit plus haut, le Comité sait qu'il est impossible de rédiger des dispositions législatives parfaitement limpides sur les complots. Un certain nombre d'ententes horizontales qui ne nuisent en rien à la concurrence se trouveront par inadvertance englobées dans le champ des dispositions, quel que soit le soin que l'on apporte à la rédaction de celles-ci. L'exception précitée confère une certitude relative dans le cas de certaines ententes horizontales sans effet fâcheux sur la concurrence, mais il faut faire autre chose pour réduire l'incertitude et l'effet de refroidissement associés aux ententes plus controversées ou aux effets moins clairs. Il faut trouver un moyen systématique de réduire ou d'éliminer le risque qu'une entente horizontale envisagée prête le flanc à des poursuites. Deux suggestions ont été faites à cet égard : un système d'avis et un système de préautorisation.

D'autres préconisent comme critère la notion de publicité de l'accord. Si l'accord est public, il suit la procédure civile, alors que s'il est secret il est considéré comme intrinsèquement illégal. D'autres approches encore sont possibles. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:35]

Le système d'avis interdirait tout complot clandestin en vue de fixer les prix, directement ou indirectement, mais accorderait une exemption de l'application du paragraphe 45(1) à toutes les ententes horizontales connues à la condition que leurs promoteurs fassent connaître leurs intentions au préalable au Bureau. Toute modification sensible par rapport à l'entente envisagée initialement serait passible de poursuites au pénal. La notification de ce type d'entente serait facultative; il n'y aurait aucune obligation de divulgation des particularités de l'entente envisagée. Le commissaire serait aussi habilité à

demander des renseignements additionnels pour déterminer s'il doit faire opposition à l'entente ou la faire modifier dans le contexte du volet civil de la *Loi*.

Le système de préautorisation fonctionnerait un peu comme les certificats de décision préalable émis au sujet des projets de fusionnement aux termes de l'article 102 de la *Loi sur la concurrence*. Il s'agirait d'un système de déclaration facultative associé au paiement de droits modestes pour la fourniture d'une décision anticipée. Le commissaire à la concurrence serait habilité à délivrer un certificat de préautorisation s'il était convaincu que l'entente envisagée n'aurait pas pour effet de réduire sensiblement la concurrence ni ne constituerait une menace aux termes de l'article 45 ou des dispositions de droit civil proposées. L'exemption de poursuites au pénal conférée par le certificat pourrait être permanente ou temporaire et, comme dans le cas d'un système d'avis, toute modification importante par rapport au projet d'entente initial pourrait donner lieu à des poursuites au pénal.

Le Comité est d'avis que les deux formules présentent des avantages et des inconvénients. Pour certaines raisons, il penche pour un système de préautorisation, celui-ci donnant de meilleures garanties qu'un cartel camouflé serait détecté. En conséquence, le Comité recommande :

- 19. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour créer un système de préautorisations permettant de distinguer les ententes horizontales favorables à la concurrence ou ayant peu d'effet à cet égard de celles passibles de sanctions pénales conformément au paragraphe 45(1) de la *Loi*. Que le Bureau de la concurrence lève des droits en échange de la délivrance des certificats de préautorisation, fondés sur les principes de recouvrement des coûts semblables à ceux applicables au processus d'examen des fusions. Que le commissaire de la concurrence ait un délai raisonnable pour**

D'aucuns ont préconisé la notification publique de certains accords restreignant la concurrence et que, dans ces conditions, les parties pourraient être assurées de ne pas être poursuivies. De manière générale, je pense qu'il n'est pas souhaitable que des accords contraires à nos principes généraux soient autorisés en se fondant simplement sur la théorie — qui me paraît naïve — que leur divulgation publique dissuaderait autrui de traiter avec les parties à ce genre d'arrangement restrictif. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:20]

donner suite aux demandes de certificat, après quoi le demandeur sera réputé avoir reçu son autorisation.

Dans le cas où le commissaire déciderait de ne pas accorder de certificat de préautorisation, le requérant devrait avoir le droit d'être entendu par le Tribunal. En conséquence, le Comité recommande :

L'expérience d'autres pays montre que les avocats savent rédiger ces accords de manière très ingénieuse, les décrivant de manière détournée et difficilement compréhensible ou enterrant leur déclaration auprès des autorités compétentes de telle manière que nul ne comprend réellement ce qui est divulgué. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:25]

- 20. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour que les particuliers qui n'ont pu obtenir, du commissaire de la concurrence, de certificat de préautorisation à l'égard d'une entente horizontale entre concurrents puissent s'adresser au Tribunal de la concurrence pour y obtenir une audience équitable relativement à l'entente proposée. Que ce droit de comparaître ne soit accordé que si l'entente est toujours proposée et n'a pas été réalisée.**

CHAPITRE 5 : LES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉTABLISSEMENT DE PRIX ANTICONCURRENTIELS

Prix d'éviction

Il y a pratique abusive lorsqu'une entreprise abaisse ses prix ou accroît sa production ou sa capacité temporairement à la seule fin de décourager de nouveaux concurrents de s'implanter sur le marché ou d'évincer ou de pénaliser des concurrents. Dans les trois cas, le prédateur encourt des pertes temporaires qu'il compte bien, au minimum, récupérer en augmentant ses prix plus tard et en élargissant sa part du marché. La plupart des économistes estiment que ce type de pratique était extrêmement rare avant les années 80, parce qu'ils considèrent que les obstacles à l'entrée sur la plupart des marchés étaient faibles. Par conséquent, l'accès au marché étant facile, il aurait été d'après eux difficile à une entreprise d'imposer les prix élevés nécessaires pour compenser les pertes subies. En outre, cette tactique est très coûteuse parce que la « proie » sait fort bien que le prédateur paie cher le financement de ses pertes. En fait, la perspective de gains futurs peut suffire à convaincre une proie d'essayer de tenir le coup (là où les marchés financiers fonctionnent bien), ne serait-ce que pour profiter de l'éventualité où le prédateur lui ferait une offre d'achat. Ce n'est que dans le cas, extrêmement rare, où le prédateur peut plus facilement que la proie se procurer des capitaux extérieurs qu'une campagne de prix d'éviction peut réussir. Cependant, si l'objectif fixé est de prendre le monopole sur un marché, une prise de contrôle ou une fusion seraient des solutions encore plus efficaces.

Or, des analyses économiques récentes permettent de douter de cette théorie qui a cours depuis longtemps et donnent à penser que les pratiques abusives sont en fait peut-être plus fréquentes qu'on le pensait jusqu'ici. Certains croient que cette pratique, même si elle n'est pas courante, n'a rien de rare.

La pratique de prix d'éviction est un acte criminel aux termes de l'alinéa 50(1)c) de la *Loi sur la concurrence*. La preuve de l'infraction repose sur plusieurs éléments. Le

Je félicite également le Comité d'avoir pris l'initiative de [...] modifier les articles 50, 61 et 75, qui appellent des changements depuis longtemps. [Donald McFetridge, Université Carleton 59:10:00]

À l'article 50, on ne trouve que les mots vagues « à des prix déraisonnablement bas », difficiles à interpréter du fait de l'absence de jurisprudence. [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:10:40]

*[...] des prix d'éviction [...]
Toutes les poursuites au Canada
ont échoué parce que le coût
n'est pas correctement défini.
[Robert Russell, Borden, Ladner
& Gervais, 59:10:35]*

prédateur présumé doit exploiter une entreprise et se livrer à une politique de vente à des prix déraisonnablement bas. Les termes « politique » et « déraisonnablement bas » posent d'épineux problèmes d'interprétation. En ce qui concerne la politique, elle doit répondre à l'une des quatre conditions suivantes :

1. Elle a pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence.
2. Elle a pour effet ou tendance d'éliminer un concurrent.
3. Elle est conçue pour réduire sensiblement la concurrence.
4. Elle est conçue pour éliminer un concurrent.

On a dit au Comité que, si la définition de comportement abusif et de prix d'éviction paraît simple à première vue, ces pratiques sont, en réalité, difficiles à vérifier. En raison de la grande latitude dont jouit l'entreprise dans l'établissement des prix de ses services (dans les cas où le coût marginal peut tendre vers zéro), il est extrêmement difficile de distinguer le prix d'éviction d'une concurrence vigoureuse au niveau des prix. Dans le cas des biens périssables dont le coût marginal est souvent très proche de zéro, la vente à des prix situés en-deçà du coût de revient est parfaitement légitime.

En réalité, la pensée moderne conteste même l'utilisation du concept du coût marginal, difficile à définir, pour déterminer l'existence de prix d'éviction. On a présenté au Comité l'exemple d'Amazon.com. Cette société qui a été fondée en 1995 n'a encore jamais établi un prix supérieur à ses coûts, mais elle ne pratique pas de prix d'éviction. Grâce à ses faibles prix, elle investit dans une part de marché future sous le couvert de l'avant-gardisme. L'établissement de prix présente donc un aspect temporel dont on ne tient peut-être pas suffisamment compte dans les critères de coût actuels dont on se sert pour déterminer l'existence de prix d'éviction.

*[L]e Tribunal traite de la question
générique des coûts évitables :
ce qu'est un coût évitable, les
questions d'opportunité de coût
évitable, le moment où un coût
devient évitable et quels revenus
doivent intervenir dans la
détermination. [Douglas West,
Université de l'Alberta, 59:11:40]*

Cet exemple de prix inférieurs aux coûts qui ne constituent pas des prix d'éviction a été élargi à des produits simples comme les rasoirs et les lames de rasoirs ou d'autres produits complémentaires. Apparemment, la vente

de rasoirs à un prix inférieur à la mesure comptable de leur coût peut être financièrement logique si elle fait grimper les ventes de lames et finit ainsi par accroître les bénéfices de l'entreprise. Dans un tel cas, ce qu'il importe de comparer au prix courant, c'est ceci : le coût variable moyen moins la valeur actualisée de l'augmentation future prévue de la marge unitaire brute attribuable à la politique de faible prix. Est-il nécessaire de préciser que, lorsque les enquêteurs auront finalement obtenu cette dernière information, la « proie » aura déjà jeté la serviette. On voit donc que la théorie économique laisse quelque peu à désirer si l'on veut s'en servir comme guide pour les fins de l'application de la *Loi* en matière de prix d'éviction.

Le rapport VanDuzer dénotait un certain scepticisme à l'égard tant du cadre juridique que de ses fondements économiques :

L'élaboration de règles pour traiter avec efficacité les plaintes faisant état de prix d'éviction constitue le problème le plus épineux relié aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Les effets de ces pratiques peuvent être dévastateurs, mais ils sont extrêmement difficiles à distinguer des effets d'une concurrence vigoureuse, même si d'importantes ressources y sont consacrées. Une chose semble claire : la disposition pénale en vigueur présente de graves lacunes en tant qu'instrument offrant une mesure corrective lorsqu'il y a pratique d'éviction¹⁸.

Un consensus d'experts du droit de la concurrence appuie la solution proposée dans le rapport VanDuzer :

On peut résoudre ces problèmes, entre autres en considérant la pratique d'éviction dans le cadre de l'article 79. Comme le préconise l'analyse économique [...] en vertu de l'article 79, la puissance commerciale constitue un seuil pour l'obtention d'une mesure corrective. La disposition sur l'abus réduit le fardeau de la preuve en matière civile, qui peut être important compte tenu de la nature intrinsèquement contestable des allégations de prix d'éviction¹⁹.

[N]ous créons des pénalités, et tout l'objet de l'application est de décourager les gens de faire de vilaines choses [...] Quelques bonnes décisions en matière de prix prédateurs, peu importe le temps qu'auront demandé les affaires, créeraient peut-être les bons incitatifs en vue de la position d'application de la loi que nous voulons avoir à l'égard des prix prédateurs. Nous n'avons pas besoin des pouvoirs de réglementation du commissaire pour réussir cela. [Roger Ware, Université Queen's, 59:12:15]

Je ne [suis] pas favorable à un processus de dissuasion axé sur de fortes pénalités, car, au contraire d'une situation de cartel, caractérisée de façon inhérente par de mauvais comportements, une concurrence agressive en matière de prix est en règle générale une bonne chose. Vous êtes engagé sur une piste plus solide [...] où vous envisagez un traitement plus raffiné de la prédation dans le contexte des dispositions de la loi en matière d'abus de position dominante, car il s'agit réellement d'une catégorie à l'intérieur de ce type de monopolisation. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

¹⁸ J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *op. cit.*, p. 87.

¹⁹ *Ibid.*, p. 87-88.

Le rapport VanDuzer fait état d'autres avantages qu'il pourrait y avoir à assujettir l'interdiction à l'application de l'article 79 :

[C]ette idée d'essayer d'apporter des changements aux dispositions en matière de prix d'éviction et de verser cela du côté civil [...] Je pense qu'il est important d'envisager la possibilité de créer un nouvel article traitant de prix d'éviction, mais pas forcément en empruntant le libellé actuel de la disposition en matière d'abus de position dominante [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:12:40]

Dans le cas du maintien vertical des prix, l'exemple typique serait le suivant. Prenons l'industrie électronique. On peut s'asseoir, aller dans une salle d'écoute et essayer toutes sortes de haut-parleurs différents. On peut faire l'essai de différents lecteurs de disques compacts. On peut vraiment apprécier les différences sur le plan de la qualité. Mais l'aménagement d'une telle salle d'écoute coûte cher. Si quelqu'un décidait de profiter de la situation et de s'installer tout près ou quelques rues plus loin et de vendre exactement les mêmes produits, mais à un prix beaucoup moins élevé, le magasin qui fournit le service ne pourrait plus continuer à en faire bénéficier le consommateur. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Par ailleurs, elle exige une évaluation de l'effet sur le commerce. Le Tribunal serait en mesure de déterminer si, non seulement, il existait une possibilité de récupération au moyen de prix supraconcurrentiels, mais également d'examiner les effets du comportement prédateur sur la dynamique de la concurrence sur le marché qui est le siège de la pratique d'éviction. Ces effets incluraient la disparition de certains concurrents et leurs perspectives de retour sur le marché. Le Tribunal pourrait déterminer dans quelle mesure il était adéquat de tenir compte de considérations non basées sur l'efficacité, notamment s'il était équitable d'éliminer intentionnellement un concurrent en pratiquant des bas prix.

La disposition relative à l'abus permettrait également de tenir compte de conditions particulières sur le marché, y compris les facteurs analysés relativement à la nouvelle économie [...] Même dans un marché caractérisé par des niveaux élevés d'innovation, la baisse des coûts et des effets de réseau, une stratégie de bas prix ayant éliminé un concurrent pourrait être jugée favorable à la concurrence, lorsqu'elle faisait partie d'une stratégie plus générale visant à introduire une nouvelle technologie meilleure, et que toute position dominante en résultant ne pouvait qu'être de courte durée compte tenu des innovations futures²⁰.

Toutefois, le commissaire à la concurrence, l'Association du Barreau canadien et un certain nombre d'autres intervenants s'opposent à ce projet de changement, car ils estiment que le caractère pénal de la disposition décourage davantage les agissements anticoncurrentiels; ils privilégient l'augmentation des ressources consacrées à l'exécution de la Loi. Selon eux, il demeure préférable de disposer de deux niveaux de protection contre les prix d'éviction (l'alinéa 50(1)c) et l'article 79).

Le Comité a des réserves quant à cette position, parce que la jurisprudence n'atteste pas suffisamment l'effet dissuasif de l'alinéa 50(1)c). Le Comité ne peut pas simplement faire fi du fait que les dispositions de la Loi relatives aux prix d'éviction manquent d'efficacité et ne sont pratiquement pas utilisées puisqu'elles ont donné lieu à seulement deux cas contestés (les deux vieux de plus de

²⁰ *Ibid*, p. 88.

20 ans). Qui plus est, le Comité n'est pas convaincu qu'un tribunal soit l'endroit approprié où effectuer l'analyse économique compliquée nécessaire pour établir une distinction entre un prix d'éviction et un prix dynamique favorable à la concurrence; le Tribunal de la concurrence semble être mieux placé pour juger ce comportement. Quoi qu'il en soit, un consensus se dégage quant à l'utilisation de la disposition relative à l'abus de position commerciale dominante comme moyen de saisir les autorités juridiques d'une affaire d'établissement de prix d'éviction — une disposition selon laquelle le suspect est en position de force sur le marché et la pratique en question empêcherait ou amoindrirait substantiellement la concurrence. C'est pourquoi le Comité recommande :

21. Que le gouvernement du Canada abroge les alinéas 50(1)b) et 50(1)c) de la Loi sur la concurrence et modifie cette dernière pour que l'établissement de prix d'éviction fasse partie des agissements anticoncurrentiels visés par les dispositions sur l'abus de position dominante (article 79).

Maintien des prix

Il y a maintien des prix lorsqu'une entreprise essaie d'établir ou de faire monter un prix minimum auquel une autre entreprise située en aval de la chaîne de distribution peut vendre son produit. Toutes les entreprises ne pratiquent pas le maintien du prix de revente, mais c'est une des pratiques restrictives les plus répandues sur le marché. Le maintien des prix de revente peut se faire verticalement, c'est-à-dire entre un grossiste et un détaillant qui revend les produits du fournisseur, ou horizontalement, c'est-à-dire entre concurrents qui conviennent d'imposer un prix de vente aux revendeurs de leurs produits.

Depuis 1951, suite aux recommandations de la Commission MacQuarrie, le maintien des prix est un acte criminel aux termes de l'article 61 de la Loi. Il est donc illégal pour toute personne qui exploite une entreprise de « tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise » le prix auquel une personne exploitant une entreprise vend le produit en question « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable ». En 1960, on a modifié

Le maintien des prix de revente a un effet favorable sur la concurrence, parce qu'il assure aux fournisseurs une marge grâce à laquelle ils peuvent investir dans la prestation de services, faire augmenter la demande d'un produit [...] L'augmentation de la demande est productrice de richesses pour l'économie en général. C'est en ce sens que c'est bon pour la concurrence. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

la *Loi* pour y ajouter les moyens de défense actuels visant l'infraction connexe qui consiste à refuser d'approvisionner un client en raison de sa politique de bas prix. Le paragraphe 61(10) prévoit les quatre moyens de défense suivants :

- sacrifier les produits à des fins de publicité (la « *défense relative aux produits d'appel* »);
- utiliser les produits fournis non pas dans le but de les vendre avec profit, mais dans celui d'inciter les clients à acheter les produits d'un concurrent (la « *défense relative à la publicité-leurre* »);
- faire de la publicité trompeuse relativement aux produits fournis;
- ne pas assurer la qualité de service auquel les acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre (la « *défense relative au niveau de service* »)

Si deux entreprises étaient situées à un niveau différent le long de la chaîne de distribution, prenons le cas d'un fabricant et d'un distributeur, qu'arriverait-il si le fabricant était propriétaire de l'entreprise de distribution? Ils pourraient décider des conditions de vente du produit, y compris le prix, la qualité du personnel de vente et les qualifications exigées. Le fabricant pourrait décider de tout et pourrait même choisir l'éclairage du magasin. Et nous ne trouverions pas que cela va à l'encontre de la concurrence. Pourquoi la situation serait-elle différente si Sony essayait de faire la même chose avec une entreprise indépendante? [Roger Ware, Université Queen's, 65:12:30]

En revanche, les demandes, discussions, pressions morales ou suggestions en ce sens sont considérées comme assimilables à l'établissement d'un prix courant proposé et sont autorisées (paragraphe 61(3)). De la même façon, en vertu du paragraphe 61(4), si le prix suggéré apparaît dans une publicité, il doit être exprimé de façon à préciser à quiconque prend connaissance de la publicité que le produit peut être vendu à un prix inférieur; sinon, on dira du fournisseur qu'il a tenté de faire monter le prix.

Le Comité trouve plus convaincants les facteurs économiques qui militent en faveur de l'interdiction du maintien des prix à caractère horizontal. Lorsque des fournisseurs s'entendent pour fixer les prix de revente de leurs produits, cela interdit toute concurrence entre les concurrents situés en aval. Lorsque le prix de revente est le plus visible des deux, le maintien de ce prix peut faciliter la collusion entre fournisseurs. En soustrayant les marges bénéficiaires du niveau de détail et du niveau de gros du prix de détail minimum fixé, les fabricants fixent en fait eux-mêmes le prix de revente de leur produit. On a signalé par ailleurs au Comité que le maintien des prix de revente pouvait faciliter le fonctionnement d'un cartel de détaillants. Cela aurait longtemps été le cas des détaillants de produits

pharmaceutiques; les pharmacies obligeant les fabricants dont elles vendaient les produits à imposer un prix de revente.

Le caractère anticoncurrentiel du maintien des prix dans l'axe vertical est moins évident. L'exemple classique d'un tel maintien des prix est celui du fournisseur qui demande à quelqu'un à qui il vend ses produits, un détaillant, mais peut-être aussi un grossiste, de maintenir ses prix à un niveau particulier, de manière à encourager ce détaillant ou ce grossiste à attaquer la concurrence autrement que par les prix. Une marge de détail accrue encouragerait donc le détaillant à offrir un service de grande qualité au client ou à s'assurer que l'image de marque associée au produit est maintenue et n'est en aucune façon souillée.

Du point de vue du consommateur, le maintien vertical des prix se traduit par une augmentation des services, ce qui est à son avantage, mais aussi par des prix plus élevés, non avantageux pour le consommateur. Le Comité s'est laissé dire que, dans l'ensemble, la décision concernant la façon de commercialiser un produit et de concevoir un système de distribution devrait être laissée au fabricant. Interdire de fixer le prix de revente en invoquant la règle de l'illégalité en soi revient en fait à réglementer les décisions du fabricant quant à l'optimisation de la vente de ses produits. Par analogie, nous n'interdisons pas légalement de faire beaucoup de publicité, même lorsque la publicité pousse les prix à la hausse, et, pour la même raison, nous ne devrions pas interdire le maintien vertical des prix en invoquant la règle de l'illégalité en soi. Donc, dans la mesure où le maintien des prix peut se justifier pour des raisons d'efficacité, l'interdiction prévue par la *Loi*, qui en fait un acte criminel en soi, englobe probablement trop de cas.

Le même thème est revenu chez tous les témoins, sauf les représentants du Bureau, qui ont commenté le maintien des prix : il y aurait lieu de décriminaliser le maintien vertical des prix et d'assujettir le maintien horizontal des prix à la disposition sur les complots. Un taux de réussite plus élevé des poursuites en vertu de la règle de l'illégalité en soi est la seule raison que le Bureau, seul dissident, a invoquée pour ne pas se ranger à l'avis des experts. Le Comité tient cependant à rappeler à tous

Prenons le maintien des prix. La loi est très stricte ici. Il n'est pas nécessaire qu'un accord ait été conclu. Le fait qu'un accord doive avoir été conclu selon la loi américaine fait intervenir ce qu'on appelle la doctrine Colgate : ils peuvent vendre unilatéralement, vous ne pouvez pas vendre mon produit à un prix moindre, vous ne pouvez pas avoir un accord [...] Alors même que cela serait illégal au Canada, il arrive souvent qu'il y ait maintien des prix aux États-Unis. C'est une question juridique qui se pose sans cesse, parce que la loi est différente ici. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:11:15]

[L]a disposition sur l'imposition de prix qui traite de ce genre d'entente verticale sur les prix. C'est un article qui nous est très utile. [R. W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:09:40]

Je ne suis pas du tout d'accord avec le fait qu'il doit y avoir interdiction au pénal, surtout lorsqu'il n'est pas nécessaire de prouver que cela a eu un effet défavorable sur la concurrence. Il doit y avoir présomption et il y a biens des cas dans lesquels c'est avantageux pour la concurrence. Sur l'axe vertical, il est question non pas du contrôle du prix d'un produit par tous les concurrents, mais bien peut-être du contrôle du prix et du positionnement du produit d'un fournisseur qui sera discipliné par les autres parties sur le marché si en fait elles n'occupent pas une position dominante. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:12:35]

[...] dans le domaine des pratiques de tarification. Vous avez bénéficié du rapport détaillé du professeur VanDuzer, qui a fait ressortir que certaines de ces règles sont devenues économiquement un peu désuètes. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

Je vous encouragerais, [...] la décriminalisation des pratiques de prix. [...] ces lois sont dépassées et ne collent pas avec une saine politique économique. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:40]

que la politique de la concurrence n'a rien à voir avec le fait de perdre ou de gagner une cause; elle consiste à concevoir un cadre à l'intérieur duquel un secteur des affaires efficace peut fournir produits et services à des prix concurrentiels. En outre, le Comité considère que la société n'aurait pas avantage à courir le risque d'obtenir des condamnations, aux termes des dispositions pénales de la *Loi*, qui auraient par ailleurs un « effet paralysant » dans les cas où le maintien vertical des prix serait bénéfique pour la concurrence, lorsque les dispositions civiles offrent une approche plus raisonnable et promettent de meilleurs résultats. De l'avis des experts de la concurrence, s'il y a décriminalisation du maintien vertical des prix, il serait préférable que celui-ci relève plutôt de la disposition relative à l'abus de position dominante (article 79). Ainsi, le traitement réservé par la *Loi* au maintien vertical des prix cadrerait mieux avec la pensée économique contemporaine.

Le Comité croit savoir qu'un examen en vertu de l'article 79 comporterait deux avantages : la pratique ferait l'objet d'une audience en bonne et due forme sur l'incidence économique qu'elle pourrait de toute évidence avoir et le fardeau de la preuve serait moins lourd (ce ne serait plus « hors de tout doute raisonnable », mais selon la « prépondérance des probabilités »). Il y a une autre différence, qui pourrait consister en un avantage ou en un inconvénient selon le point de vue de chacun, et c'est que l'article 79 exigera une évaluation de la puissance commerciale de l'entreprise pratiquant le maintien des prix. Selon le rapport VanDuzer, le critère de la puissance commerciale comporterait des avantages, car on peut facilement cerner les facteurs économiques qui permettent de faire une distinction entre les pratiques de maintien des prix qui stimulent la concurrence et celles qui l'entravent. Les auteurs du rapport VanDuzer énumèrent trois facteurs économiques relatifs au maintien vertical des prix anticoncurrentiels, à savoir :

1. La personne qui met en œuvre le maintien des prix (le « fournisseur ») est en position de force sur le marché, ce qui donne à entendre que les clients pourraient être dans l'incapacité de changer de fournisseur.
2. Le fournisseur ne fonde pas ses activités sur l'efficacité, à savoir le désir de donner un meilleur service ou d'empêcher des pratiques qui nuiraient à la marque, telles que la vente à perte ou la publicité trompeuse.

3. Le fournisseur a été poussé à mettre en œuvre le maintien des prix en ce qui a trait à un client par un autre client qui lui fait concurrence²¹.

En revanche, les auteurs du rapport VanDuzer ne sont pas certains que le critère de la puissance commerciale selon l'article 79 convienne dans le cas du maintien vertical des prix.

Le Comité accepte tous les arguments mentionnés ci-dessus. Nous croyons que lorsqu'il est possible de moderniser la *Loi* pour mieux refléter la pensée économique conventionnelle, soit dans ce cas-ci faire une distinction entre les effets défavorables et favorables sur la concurrence du maintien vertical des prix, il faudrait le faire. Étant donné les modifications que nous avons recommandées d'apporter à l'article 79 (chapitre 6), l'adoucissement de la *Loi* pour ce qui est du maintien vertical des prix devrait atténuer « l'effet paralysant » dans les cas où la pratique a un effet favorable sur la concurrence. Le Comité recommande donc :

- 22. Que le gouvernement du Canada abroge la disposition sur le maintien des prix (article 61) de la *Loi sur la concurrence*. Pour établir une distinction entre les pratiques qui sont anticoncurrencielles et celles qui sont sans importance à cet égard ou pro-concurrencielles, que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* : 1) en insérant dans la disposition sur le complot (article 45) les pratiques de maintien des prix entre concurrents (sur l'axe horizontal), qu'il s'agisse de fabricants ou de distributeurs; et 2) en prévoyant que les ententes de maintien des prix entre fabricants et distributeurs (sur l'axe vertical) fassent l'objet d'un examen aux termes de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79).**

[Il y a] la nécessité de réformer les dispositions pénales alambiquées de la loi — pas seulement l'article 45, mais beaucoup d'autres dispositions touchant à la tarification, notamment les prix d'éviction, les prix discriminatoires et les prix imposés. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

Pour ce qui est de la collusion, cela devrait être couvert par le nouvel article 45. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

²¹ *Ibid.*, p. 18-19.

Discrimination par les prix

Si je vous disais que je suis prêt à aller chercher le produit chez vous, à l'entreposer ou à faire quoi que ce soit d'autre pour vous économiser de l'argent si vous êtes prêt à conclure un marché avec moi, je me demande si vous m'accorderiez une remise en reconnaissance de cette initiative favorable à la concurrence. C'est peut-être simplement que je suis un meilleur négociateur, que je ferai quelque chose pour vous sur un marché différent, que j'achèterai un plus grand nombre de vos produits si vous m'accordez un plus gros escompte. En fait, l'infraction criminelle a un effet paralysant sur le processus de négociation. Vous commettriez une infraction criminelle en m'accordant un plus gros escompte. Donc, tout le processus concurrentiel qu'on peut normalement observer entre le fournisseur et le client s'en trouverait paralysé. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Un de nos grands points faibles, c'est que la discrimination par les prix est permise aux États-Unis alors qu'elle ne l'est pas au Canada. Ainsi, un produit coûte moins cher à un magasin, par exemple, s'il en achète 100 au lieu de deux. Notre loi est tout à fait arbitraire. Il est possible de faire une distinction entre un et deux ou entre un et 5 000 — peu importe le nombre — et de fixer son prix en conséquence. C'est la loi au Canada. Un fabricant n'a pas à se justifier en faisant valoir ses coûts. Aux États-Unis, il ne peut pas y avoir discrimination à moins qu'elle soit justifiée. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:11:15]

Il y a discrimination par les prix lorsqu'un fournisseur de biens ou de services vend le même produit à des prix différents à différents consommateurs (qu'il s'agisse d'autres entreprises ou de consommateurs finals) à moins que cette différence de prix ne corresponde précisément aux coûts engagés pour servir les diverses catégories de consommateurs. Pour qu'on puisse parler de discrimination par les prix, trois conditions doivent être réunies : 1) l'entreprise doit avoir la puissance commerciale qui lui permet de fixer les prix (autrement, les consommateurs peuvent choisir d'acheter auprès d'un concurrent); 2) l'entreprise doit pouvoir cerner différentes catégories de clients ayant différents niveaux de sensibilité aux prix; et 3) les consommateurs doivent difficilement pouvoir faire de la revente entre eux (autrement, ils procéderont par arbitrage pour se procurer le produit au meilleur prix).

La discrimination par les prix constitue un acte criminel qui ne vise, aux termes de l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, que la « vente » d'« articles » et, en vertu de l'article 51 de la même loi, que les remises à des fins de réclame ou de publicité. Ces dispositions ont été adoptées en 1935 suite aux craintes manifestées par les petites entreprises, surtout des épiceries, devant l'émergence des grandes surfaces et des chaînes de magasins et suite au *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix*. Parce que l'alinéa 50(1)a) ne s'applique qu'à la « vente d'articles », les baux et services ne sont pas couverts. Si les acheteurs n'exercent pas leurs activités sur le même marché, par exemple si l'un est un consommateur final et l'autre une entreprise, aucune infraction n'est commise. Les ristournes ou les remises en fonction du volume ou de la quantité sont exemptées. Il doit y avoir connaissance de chaque élément de l'infraction. Le fournisseur doit savoir que la vente est discriminatoire. Selon l'article 51, la discrimination pour un motif autre que le prix (p. ex., l'accès différencié à des remises promotionnelles) constitue dans certains cas une infraction criminelle.

Bien que la discrimination par les prix signifie par définition traiter des particuliers ou des groupes de consommateurs de façon différente et puisse en désavantager certains lorsque le produit est un facteur de

production, elle n'entre pas en soi dans les agissements anticoncurrentiels. En fait, elle peut souvent répondre à des impératifs concurrentiels lorsqu'il s'agit de demander des prix différents à différents consommateurs, lorsque des coûts différents sont engagés pour les servir (tout comme les ristournes consenties en fonction du volume et de la quantité, qui supposent des coûts différents et qui ne sont donc pas en soi anticoncurrentielles). La discrimination par les prix peut également générer des ventes supplémentaires, par exemple, à des enfants et à des personnes âgées qui n'achèteraient pas le produit autrement. Dans la mesure où la consommation de biens ou de services augmente, on estime promouvoir l'efficacité économique.

La discrimination par les prix est une pratique courante. Par exemple, une banque qui offre aux étudiants des services bancaires gratuits pour s'attacher leur loyauté pratique la discrimination par les prix. De nombreuses techniques hors-prix ayant des objectifs similaires à la discrimination par les prix peuvent être utilisées pour instaurer une discrimination entre les consommateurs. Les ventes liées et les politiques de fixation des prix à plusieurs paliers en sont deux exemples classiques. La technique des ventes liées est expliquée en ces termes dans le rapport VanDuzer :

À un moment donné, IBM avait le monopole de certains types de matériel mécanographique. Différents clients ont formulé sur le matériel d'IBM une opinion qui variait considérablement, selon qu'ils l'avaient utilisé plus ou moins intensément. Toutefois, au lieu d'avoir recours à la discrimination par les prix pour obtenir le prix maximum que chaque client était prêt à payer, IBM a contraint les clients à lui acheter des cartes perforées et, en facturant ces cartes à un prix supérieur à leur coût, IBM a réussi à pratiquer la discrimination entre ses clients en fonction de l'intensité d'utilisation du matériel. La réservation à période fixe et le groupage des produits sont d'autres exemples d'exigences hors-prix imposées par les vendeurs qui réussissent ainsi à exercer une véritable discrimination par les prix²².

Voici quelques exemples de techniques de fixation de prix à plusieurs paliers à caractère de discrimination par les prix : 1) les tarifs de taxi qui incluent un montant

Quantité de questions restent encore en suspens, notamment celle de savoir si les dispositions touchant les prix d'éviction et discriminatoires, par exemple, devraient être dépenalisées. C'est un débat qui dure depuis des années, et l'on s'interroge également sur la portée à donner à la disposition sur l'abus de position dominante, entre autres. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:50]

²² *Ibid.*, p. 7-8.

forfaitaire au départ et des frais pour la distance parcourue ou la durée; 2) l'établissement de prix pour les journaux, les magazines, la radio et la télévision lorsqu'il y a deux sources de revenu — les annonceurs et les abonnés; 3) les droits d'entrée dans les champs de foire et les frais d'utilisation des manèges; 4) les prix d'entrée dans les bars et clubs de nuit qui viennent s'ajouter au prix des consommations; 5) les droits d'immatriculation des automobiles et les taxes sur l'essence; 6) de même que les coûts d'étalage exigés par les détaillants en plus de la majoration du prix de vente au détail²³.

Voici la conclusion à laquelle en sont arrivés les auteurs du rapport VanDuzer :

[L]a façon la meilleure et la plus efficace de traiter des cas de prix d'éviction, ainsi que de discrimination de prix géographiques et de maintien de prix verticaux, est de révoquer les actuelles dispositions de la loi et de traiter de ce genre de comportement en vertu de dispositions renforcées en matière d'abus de position dominante. Par «renforcées», j'entends qu'il vous faudrait créer une pénalité administrative du genre de celles qui sont déjà prévues dans les dispositions de la loi visant les pratiques commerciales dolosives. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Nul doute que l'actuelle disposition pénale sur la discrimination par les prix ne traite pas de façon adéquate cette problématique. L'analyse économique [...] conclut que dans de nombreux cas, la discrimination par les prix n'est pas anticoncurrentielle. La possibilité que la discrimination par les prix ait un effet anticoncurrentiel dépendra des circonstances propres à chaque cas. En vertu de la disposition en vigueur, l'exercice de la puissance commerciale n'est pas précisé comme condition préalable à la véritable discrimination que peut exercer un fournisseur et aucune évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence n'est requise. À cet égard, la disposition est trop englobante. Par ailleurs, en n'incluant pas la discrimination dans les services et dans les formes de transaction autres que les ventes, la disposition exclut d'importants domaines d'activité économique du marché actuel. Sous sa forme actuelle, la disposition pénale sur la discrimination par les prix ne s'avère donc pas un outil précis pour faire échec aux comportements anticoncurrentiels et impose des coûts excessifs aux entreprises reliés à la conformité et à la surveillance. Comme la discrimination par les prix est une infraction pénale, cet effet paralysant se trouve amplifié²⁴.

Le rapport VanDuzer renferme d'impérieux arguments en faveur de la décriminalisation de la discrimination par les prix et un consensus s'est établi entre les experts de la concurrence. Le Comité recommande donc :

²³ La plupart des politiques de fixation de prix à paliers multiples sont à deux paliers, puisqu'elles ne comportent que deux sources de revenu.

²⁴ J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *op. cit.* p. 80.

- 23. Que le gouvernement du Canada abroge les dispositions sur la discrimination par les prix (alinéa 50(1)a) et article 51) de la *Loi sur la concurrence* pour les intégrer à l'article sur l'abus de position dominante (article 79). Ces dispositions devraient régir tous les types de produits, dont les articles et les services, et tous les types d'opérations, pas seulement les ventes.**

CHAPITRE 6 : L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Éléments de fond

Les articles 78 et 79 contiennent les dispositions sur ce qu'on appelle l'« abus de position dominante » et constituent un élément clé de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* qui porte sur les « affaires que le Tribunal peut examiner ». Ces articles ont été adoptés en 1986 en remplacement de ceux qui assimilaient à une infraction criminelle le fait d'être partie à un monopole ou à la formation d'un monopole.

L'article 79 permet au commissaire de demander, et au Tribunal de rendre, une ordonnance interdisant à une ou plusieurs personnes de s'adonner à des agissements anticoncurrentiels. L'article 78 énumère certains de ces agissements « anticoncurrentiels » aux fins de l'article 79; la liste de l'article 78 n'est pas exhaustive et, par conséquent, ne restreint pas l'application de l'article 79 aux seules pratiques expressément citées. De fait, le Tribunal s'est écarté de cette liste à plusieurs reprises.

Certains des agissements anticoncurrentiels visés dans la partie VIII peuvent aussi faire l'objet d'une procédure criminelle aux termes des articles 45 et 61, ou de l'alinéa 50(1)c) de la *Loi*. La *Loi* permet que l'une ou l'autre démarche soit entreprise, mais pas les deux à la fois.

Pour obtenir une ordonnance aux termes de l'article 79, le commissaire doit convaincre le Tribunal, selon la « prépondérance des probabilités » (norme de preuve en droit civil), des trois éléments suivants :

1. Une ou plusieurs personnes *contrôlent sensiblement ou complètement*, à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions, une catégorie ou espèce d'entreprises;
2. Cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une *pratique* d'agissements anticoncurrentiels;

Je pense que le Tribunal, lorsqu'il a exposé la nécessité d'un critère de puissance commerciale dans les dispositions en matière de position dominante, n'est jamais allé plus loin pour préciser quel degré de puissance commerciale il fallait. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Les prix d'éviction sont actuellement visés par l'article 79 [...]. De plus, un groupe d'experts nous a indiqué que la discrimination par les prix était déjà visée par l'article 79 des dispositions civiles. [R.W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:09:40]

3. La pratique a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet *d'empêcher* ou de *diminuer sensiblement* la concurrence dans un marché.

En présence de ces trois éléments, le Tribunal peut rendre une ordonnance de cessation. Il peut non seulement ordonner l'interruption de l'activité anticoncurrentielle, mais aussi, dans la mesure où cela est raisonnable et nécessaire pour enrayer les effets de l'activité, rendre une ordonnance exigeant d'une personne qu'elle prenne certaines mesures, y compris qu'elle se départisse d'éléments d'actif ou d'actions. Cette ordonnance doit avoir pour seul objectif de rétablir la concurrence sur le marché touché, et non pas d'imposer des sanctions punitives.

Les termes « contrôlent sensiblement ou complètement » du premier élément reprennent exactement [en anglais] ceux de l'article qui a précédé les actuelles dispositions sur l'abus de position dominante²⁵ et selon lequel le monopole constituait une infraction criminelle. Mais quel degré de contrôle le mot « sensiblement » recouvre-t-il? Les interprétations de la jurisprudence concernant les dispositions pénales antérieures impliquent que le contrôle doit approcher 100 % du marché intéressant telle région géographique et tel produit. Toutefois, cette analyse a été considérablement raffinée dans les affaires subséquentes.

[A]u sujet des dispositions en matière de prix [...] les actuelles dispositions en matière d'abus de position dominante couvriraient ce genre de comportement, mais il s'agit en quelque sorte d'une zone grise, car la société qui entre sur le nouveau marché ne sera peut-être pas en fait dominante à l'intérieur de ce marché. Les dispositions en matière d'abus de position dominante visent la société qui contrôle entièrement ou à toutes fins utiles une classe ou une catégorie d'activité. Vous pourriez bien sûr essayer de saisir ces types de comportements dans le cadre de la disposition en matière d'abus de position dominante. Il n'est pas clair que c'était là l'objet visé [...] [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:12:40]

Pour déterminer s'il y a abus de position dominante, le Tribunal doit, comme première étape, définir le « marché pertinent du produit ». Cette définition a deux dimensions : le produit et la région géographique. En ce qui concerne le produit, la détermination est compliquée, car elle doit tenir compte de facteurs comme la preuve directe et indirecte de la substituabilité et de l'interchangeabilité fonctionnelle des produits, l'opinion des spécialistes sur ce qui constitue un produit semblable et les dépenses à engager pour remplacer un produit par un autre.

Outre le produit, le Tribunal doit également définir la région géographique du marché. Pour cela, il tient compte des limites à l'intérieur desquelles les concurrents doivent être situés pour pouvoir se faire concurrence et où les prix tendent soit à s'uniformiser soit à changer en réaction aux

²⁵ Article 2 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. [Note de la traductrice : en français, le libellé était « contrôlent, pour une grande part ou complètement ».]

autres. Le Tribunal a reconnu que le marché (ainsi défini) aura une importance considérable pour toute conclusion concernant l'effet que le comportement de l'entreprise en position dominante a sur la concurrence. En général, toutefois, plus le marché est défini largement, moins il y a de chances que l'entreprise possède de la puissance commerciale et que son comportement soit considéré comme susceptible de réduire sensiblement la concurrence.

Une fois que le marché est défini, le Tribunal doit se demander si l'entreprise contrôle « sensiblement ou complètement » ce marché. Le Tribunal a fait équivaloir cette expression plutôt ambiguë à l'exercice d'une « puissance commerciale ». Celle-ci s'entend de la situation où l'acteur dominant a la possibilité de hausser ses prix (ou de réduire la qualité de ses produits) d'une façon non transitoire (c'est-à-dire sur un long terme que l'on évalue généralement à deux ans) sans subir de pertes de bénéfice.

À cet égard, le fait de détenir une grande part de marché ne donne pas lieu à lui seul à une présomption de position dominante. Dans l'affaire *Laidlaw*²⁶ le Tribunal a arrêté que la position dominante ne serait pas présumée lorsque la part de marché est inférieure à 50 %. Le Tribunal n'a pas encore eu à se prononcer sur une allégation contestée de position dominante, selon laquelle l'entreprise en cause disposerait d'une part de marché de moins de 85 %. Fait intéressant, le seuil de 50 % établi dans *Laidlaw* est plus élevé que celui de 35 % établi dans les directives du Bureau intitulées *Fusionnement — Lignes directrices pour l'application de la Loi* et *Lignes directrices pour l'application de la Loi : prix d'éviction*. Une jurisprudence plus riche à ce propos serait utile.

Les obstacles à l'accès de nouveaux concurrents sont également un facteur important. Pour déterminer l'existence d'un obstacle à l'accès, le Tribunal doit examiner des facteurs comme les coûts irrécupérables²⁷ et les économies d'échelle, de même que les obstacles

[V]otre idée de moderniser et de dépenaliser plusieurs des dispositions de la loi intéressant les prix et de les transférer dans un [...] régime d'abus de position dominante me paraît judicieuse. On disposera ainsi d'un régime unique cohérent pour traiter ces types de comportements [...], dans les cas où il y a des effets sur la concurrence et non dans les nombreuses situations où il n'y en a pas. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

Un redressement axé sur des dommages-intérêts et des amendes pourrait constituer un dissuasif raisonnable. On pourrait transférer cela dans le volet civil et éviter tous les problèmes des poursuites au pénal. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:55]

²⁶ Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd. (1992), 20 C.P.R. (3d) 289.

²⁷ Les dépenses que le nouveau concurrent ne récupérera pas s'il se maintient sur le marché. L'exemple le plus courant en est la publicité.

techniques et réglementaires. Les coûts irrécupérables ou les économies d'échelle pris isolément ont peu de chances d'être considérés comme suffisants. Le Tribunal doit également prendre en compte le nombre de concurrents, leurs parts relatives de marché et le fait qu'il existe ou non une capacité excédentaire sur le marché. Malgré les indications données par le Tribunal dans les affaires passées, il est souvent difficile de prévoir les cas dans lesquels celui-ci jugera qu'il existe une position dominante.

Le deuxième élément à prendre en compte aux fins de l'article 79 est la question de savoir si la pratique a pour effet une diminution sensible de la concurrence. Il est difficile de déterminer si une pratique entraînera ou a entraîné un tel effet. Quel sens doit-on donner au terme « sensible »? Dans l'affaire *Nutrasweet*, environ 90 % du marché était contrôlé par la première société productrice d'aspartame. S'il est vrai qu'une part de marché élevée peut laisser croire à l'existence d'une domination, elle n'en est pas nécessairement une preuve. Le Comité a bon espoir que la jurisprudence permettra, avec le temps, de mieux cerner le sens de ce terme.

[S]i vous inscrivez dans les dispositions en matière d'abus de position dominante un pouvoir d'imposer des sanctions civiles, cela maintiendrait l'effet dissuasif de la Loi. Et si vous modifiez encore les dispositions en matière d'abus de position dominante en retranchant les mots « contrôlent sensiblement ou complètement », alors le critère en ce qui a trait à l'aspect anticoncurrentiel serait tout simplement un amoindrissement considérable de la concurrence, ce qui est le même critère que ce que vous avez déjà dans les dispositions visant les prix d'éviction. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Le dernier élément qui doit être démontré aux termes de l'article 79 est l'existence d'une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Même si le mot « pratique » n'a pas été défini dans l'affaire *Nutrasweet*, le Tribunal semble avoir placé la barre assez bas, en déclarant qu'une pratique peut exister « dès que l'on est en présence d'un acte isolé ou de plusieurs actes isolés ». De plus, un certain nombre d'agissements anticoncurrentiels différents, mis ensemble, peuvent constituer une pratique.

Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix : L'approche civile

Comme nous l'avons dit au chapitre précédent, le Comité estime que l'approche actuelle, qui consiste à traiter les pratiques visées par les articles 50, 51 et 61 comme des infractions criminelles n'est pas adaptée au contexte commercial moderne. Ces dispositions — en raison de leurs éventuels effets proconcurrentiels ou de rehaussement de l'efficacité — seraient traitées plus efficacement en tant que pratiques commerciales

susceptibles d'examen dans le cadre de la partie VIII de la *Loi*, et plus précisément aux termes des dispositions sur l'abus de position dominante. Dans le même temps, comme le suggèrent le rapport VanDuzer et divers commentateurs, le traitement des prix d'éviction dans le cadre de l'article 79 comporte certaines difficultés conceptuelles.

La première objection est la suivante : le fait de soustraire ces pratiques au traitement pénal pour les assujettir à l'examen civil pourrait nuire à l'effet dissuasif découlant du traitement pénal. Toutefois, le Comité estime que ce même effet dissuasif pourrait être réalisé en donnant au Tribunal le pouvoir d'imposer des sanctions financières aux termes de l'article 79. De plus, le traitement pénal pourrait rester en place pour les pratiques — comme les activités des grands cartels — qui n'ont aucune valeur sociale positive.

Quant à la deuxième objection, elle n'est pas aussi facile à comprendre. Elle consiste à demander l'énonciation d'un seul critère légal, de manière à unifier, aux termes des dispositions concernant l'abus de position dominante, les différents critères que la Couronne ou le commissaire, selon le cas, doivent réunir pour obtenir gain de cause devant la Cour ou le Tribunal. En plus des différents critères juridiques existants dans les articles à caractère pénal sur la fixation des prix et l'article 79, il faut prendre en compte les différentes normes de preuve contenues dans les dispositions pénales (« au-delà de tout doute raisonnable »).

Pour obtenir une condamnation aux termes de l'alinéa 50(1)*b* ou 50(1)*c*, il suffit à la Couronne de montrer que la politique a pour effet, ou est conçue dans le dessein, de réduire la concurrence *ou* d'éliminer un concurrent. L'alinéa 50(1)*a* et les articles 51 et 61 demandent uniquement que la pratique elle-même soit prouvée (illégalité en soi) pour obtenir une condamnation. Il n'est alors pas nécessaire de démontrer que la concurrence a été réduite. Dans les deux cas, la Couronne doit prouver l'infraction selon la norme pénale de preuve, à savoir « au-delà de tout doute raisonnable ». Si ces dispositions étaient retranchées du cadre pénal et ajoutées à l'article 79, le Tribunal devrait prendre en considération les effets sur la concurrence ou les efficiences de la

Les sanctions pénales nous permettent d'imposer des peines d'incarcération dans certains cas, et on ne pourrait pas retrouver cela au civil. Il y a aussi le stigmata du casier judiciaire. On tient là un élément dissuasif qui n'existe pas du côté civil. Je ne crois pas que l'on puisse vraiment comparer les amendes du côté criminel et les pénalités administratives du côté civil. L'amende vise clairement à pénaliser le comportement criminel, et la sanction administrative a plus pour objet d'encourager le respect des ordonnances du Tribunal. [R.W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:10:30]

Les dispositions en matière d'abus de position dominante auraient donc un seuil anticoncurrentiel semblable et un pouvoir de dissuasion semblable, sous forme d'amende administrative, à ce que renferme à l'heure actuelle la disposition pénale, sauf que vous n'auriez pas à composer avec le fardeau de la preuve du système pénal. Voilà quelle serait [...] la façon la plus efficace de traiter non seulement les prix d'éviction mais également la discrimination par les prix et les autres pratiques touchant les prix. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

pratique et établir sa détermination en conséquence. Il en résulterait, selon le Comité, une meilleure manière de traiter ces pratiques, une manière plus compatible avec la saine analyse économique. Toutefois, si ces pratiques sont considérées comme des affaires civiles, il importe de préciser le critère unique qui s'appliquera à toutes les demandes présentées aux termes de l'article 79.

En fait, la Cour suprême du Canada nous a dit qu'il nous fallait un degré supérieur de puissance commerciale à cause de la présence des mots « sensiblement ou complètement ». Par conséquent, si nous éliminons cette expression, nous aurons tout simplement l'exigence générale en matière de puissance commerciale que nous avons dans le contexte de toutes les autres dispositions de la Loi qui renferment ce critère de réduction sensible de la concurrence, ce qui est un plus seuil bas, et qui est le même que celui qui figure à l'heure actuelle dans la disposition relative aux prix d'éviction. Vous ne perdriez donc rien en optant pour les dispositions en matière d'abus de position dominante. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Les obstacles à la création, sous le régime de l'article 79, d'un critère unique qui permettrait de traiter les pratiques dans un cadre à la fois pénal et civil, ne sont peut-être pas aussi importants dans la pratique que ne le laisse croire la législation. En ce qui concerne l'alinéa 50(1)a) et les articles 51 et 61, le Comité s'est déjà prononcé pour que ces pratiques soient assujetties à un critère de diminution sensible de la concurrence. Leur simple déplacement vers l'article 79 aurait cet effet. Pour sa part, le Bureau ne semble pas avoir poursuivi les cas de conduite qui n'empêchent pas ou ne réduisent pas sensiblement la concurrence; cela permet de croire qu'une telle modification correspondrait à l'actuelle pratique d'application.

De plus, les Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante du Bureau semblent indiquer que le Bureau ne voit pas de différence marquée entre les deux seuils. Cette déduction découle de ce que l'on trouve la même limite « refuge » de 35 % pour une entreprise unique dans la directive intitulée *Prix d'éviction : Lignes directrices pour l'application de la Loi*, à caractère pénal et dans le document *Fusionnements — Lignes directrices pour l'application de la Loi*, à caractère civil. Cela donne donc à penser que la modification ne ferait que préciser la *Loi* et la rendre plus simple à appliquer, sans en modifier la substance.

En ce qui concerne le critère de l'élimination d'un concurrent, prévu aux alinéas 50(1)b) et 51(1)c), aux yeux du Comité, il est contraire à l'esprit de la *Loi sur la concurrence*, qui consiste à protéger le processus de la concurrence et non les concurrents pris individuellement. De plus, les documents du Bureau *Prix d'éviction : Lignes directrices pour l'application de la Loi* et les « lignes directrices sur l'abus de position dominante » montrent clairement que l'analyse du Bureau concerne d'abord l'effet probable d'une conduite sur la concurrence, et non pas sur

tel ou tel concurrent. Le fait de déplacer ces pratiques pour les faire entrer dans le champ de l'article 79 les assujettirait au critère de la diminution sensible de la concurrence et à la norme civile de preuve. Cela supprimerait l'effet paralysant qui découle actuellement du traitement pénal de ces pratiques, puisqu'elles feraient dorénavant l'objet d'un traitement plus approprié, c'est-à-dire qui prendrait en considération les éventuels gains d'efficience.

Pour toutes ces raisons, le Comité recommande :

24. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* en supprimant l'alinéa 79(1)a).

Une telle modification rendrait le libellé de l'article 79 plus compatible avec la notion de puissance commerciale telle qu'elle a évolué au fil des interprétations judiciaires.

En terminant, un mot sur les lignes directrices. Le Comité reconnaît que les actuelles lignes directrices sur l'abus de position dominante pourraient devoir être révisées et élargies afin de tenir compte du champ d'application plus étendu de l'article 79. De nombreux problèmes devront peut-être être résolus, par exemple, la part de marché minimale pour l'évaluation du contrôle du marché, le meilleur cadre pour analyser les cas où la discrimination par les prix et l'imposition verticale de prix constituent des agissements anticoncurrentiels, de même que la façon appropriée de traiter les pratiques d'éviction dans un contexte civil. En conséquence, le Comité recommande :

25. Que le Bureau de la concurrence adapte ses *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* afin de tenir compte de l'adjonction des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix (alinéas 50(1)a) et 50(1)c) et article 61) à l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*.

Je pense que nous avons un très bon cadre touchant l'abus de position dominante, qui s'applique à la plupart des secteurs, et les dispositions sur les fusions sont applicables également. Les lignes directrices sur l'abus qui viennent d'être publiées sont excellentes. Il faut en féliciter le Bureau. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:15]

CHAPITRE 7: EXAMEN DES FUSIONS

Processus d'examen des fusions

La *Loi sur la concurrence* prévoit l'examen en droit civil des fusions (articles 91 à 96) par le Tribunal de la concurrence. À la suite d'une demande du commissaire de la concurrence, le Tribunal peut rendre une ordonnance d'interdiction ou de dessaisissement à l'égard d'une fusion jugée susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Toutefois, avant que le Tribunal ne rende, modifie ou refuse de rendre cette ordonnance, un processus d'examen bien établi doit suivre son cours. Comme point de départ, le Comité fera un rapide survol du processus d'examen des fusions en fournissant les renseignements nécessaires pour commenter le fonctionnement et la mise en application des dispositions de la *Loi* en la matière.

L'article 91 de la *Loi sur la concurrence* définit le «fusionnement» comme l'acquisition ou l'établissement, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une entreprise. La principale question dans le cadre de cet article est de savoir comment interpréter l'expression «intérêt relativement important», qui est censée s'appliquer lorsqu'une personne acquiert ou établit la capacité d'influencer concrètement le comportement économique de l'entreprise d'une autre personne (c'est-à-dire bloquer les résolutions des administrateurs ou prendre des décisions exécutoires en matière d'établissement des prix, d'achat, de distribution, de commercialisation ou d'investissement). En général, la détention directe ou indirecte de moins de 10 % des actions comportant droit de vote n'est pas considérée comme un intérêt relativement important. Toutefois, un intérêt relativement important peut être acquis ou établi en vertu d'une convention des actionnaires, d'un contrat de gestion et d'autres accords contractuels mettant en cause des entités constituées ou non en société.

Par ailleurs, sur le plan de l'application de la loi, on déplore beaucoup dans les milieux d'affaires que la jurisprudence se limite à un petit nombre d'affaires et que le public en général ainsi que les entreprises, les consommateurs et les juristes soient si mal renseignés sur la manière dont les décisions sont prises. Cette question a sans doute été davantage débattue que les recours privés, et je pense qu'il est temps d'instaurer un mécanisme officiel de publication des décisions.
[George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

L'Union européenne a un mécanisme selon lequel, même lorsqu'une transaction n'est pas contestée, une décision est publiée décrivant les modalités de l'étude effectuée par la commission, ses conclusions, quels éléments ont été jugés importants et non importants. Je pense que ce serait là un service d'information publique très utile que le Bureau pourrait rendre.
[George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Dans les affaires de fusions, le Bureau publie en effet les différents éléments de sa décision. Ce que disent les gens, c'est qu'il n'y a pas forcément suffisamment d'analyse de base pour nous permettre de juger de l'affaire suivante. La question, cependant, est de savoir combien de renseignements confidentiels ayant donné lieu à l'analyse vous pouvez divulguer. [Robert Russell, Borden Ladner & Gervais, 59:12:05]

Lorsque vous êtes assis dans une salle en train de négocier le règlement, vous parlez également de ce qui peut être publié, et cela peut être une entrave quant à la solution. Si vous devez vous défaire d'un élément d'actif essentiel, si vous divulguez trop de renseignements, cela devient une braderie, ce qui rend plus difficile le règlement du problème. Si vous allez me donner un cent pour mon élément d'actif ou 100 millions de dollars pour ce même élément, il y aura des négociations différentes en vue d'un règlement. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:12:10]

En général, la fusion est jugée susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence lorsque les parties seront vraisemblablement mieux en mesure d'exercer pendant deux ans au moins une puissance commerciale nettement supérieure sur une part sensible du marché. La puissance commerciale peut s'exercer de façon unilatérale ou interdépendante avec d'autres concurrents et elle est déterminée conformément aux mécanismes de filtrage suivants :

1. Le Bureau définit les marchés pertinents, dans chacun desquels il détermine les produits et les services de remplacement des rivaux des parties à la fusion tant sur le plan du produit que sur le plan géographique. Il s'agira de tous les produits et les services vers lesquels les clients se tourneraient probablement en réponse à une hausse sensible non transitoire du prix ou à une réduction de la qualité et de la variété des produits ou des services offerts par les parties à la fusion (ce qu'on appelle le critère du « monopoleur hypothétique » fondé sur une hausse du prix de 5 % pendant deux ans au moins). Comme la dimension géographique du marché est déterminée de façon semblable, il est probable que différents produits n'auront pas la même aire géographique.
2. Le Bureau calcule et analyse la part de marché et les seuils de concentration pour déterminer les marchés peu susceptibles d'être anticoncurrentiels. Les marchés qui ne dépassent pas les seuils requis (les « zones sûres ») sont éliminés. Le seuil de l'exercice unilatéral de la puissance commerciale est fixé à 35 % de la part de marché pro forma que détiennent les parties après la fusion (chiffre d'affaires ou capacité de production). Le seuil de l'exercice interdépendant de la puissance commerciale comporte une part de marché de 65 % détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché d'après la fusion et une part de marché de 10 % détenue par l'une ou l'autre des parties à la fusion²⁸.
3. Comme la *Loi* interdit au Tribunal de conclure qu'un projet de fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration

²⁸ Il n'y a pas de justification économique à ces seuils. En somme, un processus efficace d'examen des projets de fusion exige des repères de part de marché, mais la raison pour laquelle ces seuils ont été choisis plutôt que d'autres n'a jamais été éclaircie.

ou de la part du marché, il est procédé à une analyse complète des effets sur la concurrence dans les marchés où la part de chiffre d'affaires ou de production des parties dépasse les seuils de « zone sûre ». Le Bureau tient compte des nombreux facteurs énumérés à l'article 93, entre autres la concurrence étrangère, la disponibilité de produits de substitution acceptables, les entraves à l'accès au marché, les avantages absolus en termes de frais, les coûts irrécupérables, le temps qu'il faudrait à un concurrent potentiel pour devenir efficace, la concurrence réelle qui reste, la disparition d'un concurrent dynamique et efficace, les changements et les innovations, la défaillance ou la disparition d'entreprises.

4. La *Loi* reconnaît que les changements dans la réglementation, les progrès technologiques et la mondialisation auront des répercussions sur la structure de l'industrie. Si les conditions de l'exception des gains d'efficacité (article 96) sont réunies (il faut que les économies découlent d'une réduction des coûts et non d'une augmentation du pouvoir d'achat permettant d'obtenir de meilleurs prix d'un fournisseur et que les gains d'efficacité ne puissent pas être atteints sans la fusion), ce qui veut dire que les gains en efficacité «neutraliseraient» ou «surpasseraient» les effets anticoncurrentiels, le Bureau ne s'occuperait plus de la fusion. C'est aux parties à la fusion qu'il incombe de prouver devant le Tribunal que cette exception s'applique.

Avec le critère du surplus total, il serait interdit au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance à l'égard d'une fusion anticoncurrentielle s'il constatait que l'effet global de la fusion sur l'économie est susceptible d'être bénéfique. En d'autres termes, si le gain que procureraient aux producteurs les économies et autres gains d'efficacité découlant de la fusion était supérieur à la perte qu'occasionnent à la société les effets anticoncurrentiels, le Tribunal ne rendrait pas d'ordonnance. Dans cette analyse très compliquée, les transferts de richesse des consommateurs aux producteurs sont considérés comme n'ayant pas d'effet sur le niveau global de la richesse dans l'économie. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:11:55]

Examen des fusions – Charge de travail et normes de service

Presque tous ceux qui ont témoigné devant le Comité admettent que le Bureau a fait face à un nombre sans précédent d'examen de fusions au cours des dernières années, ce qui exerce une pression extraordinaire sur le personnel de la Direction des fusionnements. Le tableau 7.1 contient les données propres à justifier la première partie de cette assertion. Mis à part la titralisation d'éléments d'actif (qui n'ont pas besoin de faire l'objet d'un avis depuis 1999), il y a eu environ 340 dépôts d'avis de fusionnement par an au cours des quatre dernières années, soit une augmentation de plus de

J'ai proposé à cet égard un délai initial d'un mois, suivi par une échéance de quatre mois. Si, après le premier mois, le Bureau n'ouvre pas une enquête approfondie, la fusion est considérée comme approuvée. Si une enquête est ouverte, intervient ensuite un délai fixe [...] de quatre mois pour la mener à bien. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

J'ai déjà recommandé que, dans le domaine de l'examen des fusions, des échéances soient inscrites dans la loi de façon à ce que les gens d'affaires proposant des fusions, les tierces parties intéressées par des transactions et intervenant devant le Bureau, et les membres du Bureau lui-même sachent qu'il y a des délais fixes, et ce en remplacement des lignes directrices prescrivant de simples normes de service qui ont cours actuellement. Cela favoriserait la certitude décisionnelle. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:15]

Maintenant que cette vague de fusions commence à retomber, il sera intéressant de voir comment les ressources seront réaffectées. Il est vrai que, dans ces conditions, d'autres domaines d'activité, tels que les pratiques examinables en droit civil et les complots, ont disposé de moins de moyens que dans d'autres pays. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

70 % de la moyenne d'environ 200 par an enregistrée dans la première moitié des années 90. La tendance a donc été nettement à la hausse au cours de la décennie écoulée, mais aussi au cours des cinq dernières années, le nombre record de 373 dépôts d'avis de fusionnement ayant été atteint en 2000-2001.

**Tableau 7.1
Nombre de transactions (%) — 1995-2001**

Activité	1995-1996	1996-1997	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001
Dépôts d'avis de fusionnement	57	58	84	109	92	73
Demandes de certificats de décision préalable	117	181	219	174	209	255
Autres examens	17	23	17	26	60	45
Sous-total	191	262	320	309	361	373
Titralisations	36	52	72	52	64	0
Total	227	314	392	361	425	373

Source : Bureau de la concurrence, Direction des fusionnements, *Rapport sur le rendement de l'examen des fusionnements juin 2001, 2001.*

Les données communiquées au Comité étayent la seconde partie de l'assertion. Le personnel de la Direction des fusionnements comptait en moyenne 38 années-personnes équivalents temps plein au début des années 90, mais ce chiffre est passé graduellement à 57 en 2000-2001. Il a donc augmenté d'un peu moins de 50 % par rapport au début des années 90, soit beaucoup moins que le taux de croissance de plus de 85 % du nombre des dépôts d'avis de fusionnement au cours de la même période.²⁹ En outre, le tableau 7.2 indique que les fusions que le Bureau examine sont de plus en plus complexes. Le nombre des fusions complexes et celui des fusions très complexes, qui exigent de plus en plus de ressources, ont augmenté de 4 % au cours des quatre dernières années. Bien que les fusions non complexes comptent encore pour 80 à 90 % du nombre des examens, leur nombre par

²⁹ Bureau de la concurrence, Direction des fusionnements, *Rapport sur le rendement de l'examen des fusionnements, juin 2001, 2001.*

rapport à l'ensemble des examens menés par le Bureau diminue sensiblement depuis quatre ans. Selon le Bureau, cette tendance est largement due à la mondialisation et aux complexités inhérentes aux fusions internationales.

Tableau 7.2
Nombre et pourcentage de cas selon la complexité (%) — 1997-2001

Source : Bureau de la concurrence, Direction des fusionnements, *Rapport sur le*

Complexité	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001
Non complexe	68 (89%)	212 (77%)	232 (80%)	282 (81%)
Complexe	8 (11%)	56 (20%)	49 (17%)	53 (15%)
Très complexe	0 (0%)	6 (2%)	8 (3%)	14 (4%)
Total	76 (100%)	274 (100%)	289 (100%)	349 (100%)

rendement de l'examen des fusionnements, juin 2001, 2001.

Les revenus tirés de la tarification de l'examen des fusions ont diminué sensiblement les contraintes budgétaires du Bureau sans pour autant les éliminer. Le Bureau estime que les revenus tirés de la tarification des avis de fusionnement, des certificats de décision préalable et des avis consultatifs atteindront plus de 8,4 millions de dollars en 2000-2001, dont 7,5 millions seront accessibles au Bureau, le reste revenant au Trésor public. Comme les coûts directs de l'examen des fusions sont estimés à 9,5 millions de dollars en 2000-2001, les revenus n'assurent manifestement pas l'autofinancement.

En 1997, en même temps qu'il a commencé à tarifier certains services, le Bureau a établi et s'est engagé à respecter des normes de service en matière d'examen des fusions. Voici les délais qu'il s'est fixés : fusionnements non complexes, 14 jours; fusionnements complexes, 10 semaines; fusionnements très complexes, 5 mois. Bien que le Bureau ait à l'occasion respecté ces délais dans 100 % des cas, son niveau de performance a fluctué depuis 1997 sans que se dessine une tendance. En 2000-2001, il a respecté les trois délais dans 95,7 %, 92,5 % et 100 % des cas respectivement. Les délais d'exécution moyen et médian des examens de fusions ont tout le temps été plus courts que la norme établie. Cependant,

La charge de travail du Bureau a fortement augmenté au cours des quelques dernières années. Malheureusement, nos ressources n'ont pas fait de même. Lors d'un récent sondage auprès de cinq autorités antitrust, il s'est avéré que notre Bureau avait le deuxième plus faible niveau de financement. Pourtant, nos besoins continuent d'augmenter, en grande partie en raison de la mondialisation et de notre mandat élargi. Il y a 10 ans, la grande majorité des affaires examinées par le Bureau étaient de nature nationale. Aujourd'hui, une grande partie de nos dossiers ont une dimension internationale. Cela se traduit par un nombre croissant de fusionnements intéressants plusieurs autorités antitrust et de cartels internationaux. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:10]

tous les ans depuis 1997, un nombre relativement petit d'examens l'ont largement dépassée. Ces cas de piètre performance semblent être des cas isolés qui ne sont pas attribuables au mauvais fonctionnement du système, mais plus probablement à l'erreur humaine, soit de la part du personnel du Bureau et des parties aux fusions. Selon le Comité, cette performance et les normes de service sont raisonnables. Certains se sont plaints du processus d'examen des fusions auprès du Comité, mais ce n'était pas à ce sujet.

De son point de vue, le Bureau de la concurrence a des ressources limitées... Comme il est en fait passablement à court de ressources, il doit prendre des décisions responsables concernant leur déploiement. Il a actuellement des critères de filtrage qui feraient pencher ses décisions en faveur des cas qui ont un large impact économique.
[Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:10]

Le Comité croit que les procédures courantes du Bureau ne sont pas la cause des longueurs dont les gens se plaignent à propos de certains examens de fusion. C'est plutôt seulement lorsque le commissaire se trouve face à des questions non résolues dans un projet de fusion et que d'intenses négociations commencent en vue de restructurer le projet ou lorsqu'on cherche à obtenir une ordonnance par consentement ou qu'une poursuite sera entamée devant le Tribunal que les examens tendent à s'embourber. Par conséquent, le Comité ne voit aucun avantage à inscrire dans la *Loi* des délais plus stricts en matière d'examen de fusion comme le proposent certains observateurs. Il estime même que des délais imposés par la *Loi* risquent de faire plus de tort que de bien. Si le délai était inviolable, le Bureau serait forcé de travailler plus intensément dans des affaires qui sont susceptibles de se heurter à des difficultés et d'entraîner des retards, ce qui priverait de ressources d'autres examens et retarderait les fusions moins problématiques. En fait, des délais stricts ou imposés par la *Loi* auront pour effet de comprimer la répartition dans le temps des dossiers classés, mais seulement au prix d'un allongement du délai d'exécution moyen.

Bilan de la mise en application de la *Loi* en matière de fusions

Le caractère inattendu et incontrôlable du nombre des fusions à examiner, lequel augmente plus vite que le personnel, joint aux brefs délais d'exécution assurés par le Bureau peut donner l'impression que la *Loi* n'est pas mise en application avec toute la vigueur nécessaire. Le Comité enquêtera là-dessus.

Le tableau 7.3 offre le bilan statistique de la mise en application de la *Loi sur la concurrence* en matière de fusions.³⁰ Il s'agit du bilan complet du Bureau pour la période 1986-2000, mais les données sont ventilées en trois périodes de quatre ans afin qu'il soit possible de dégager les tendances tout en surmontant le problème de petits nombres dont elles souffrent. Il en ressort clairement qu'il y a eu pendant les quatre dernières années presque autant d'examins de fusion que dans les deux périodes de quatre ans précédentes. C'est à peu près tout ce qu'on peut constater avec un degré de certitude aussi élevé.

Tableau 7.3
Fusions – Mise en application
de la *Loi sur la concurrence* 1986-2000

Années financières	1988-1992	1992-1996	1996-2000	1986-2000
Examens entrepris	798	816	1,492	3,292
Dossiers classés				
Ne posant pas de problème en vertu de la loi	736	776	1,443	3,094
Exigeant une surveillance	38	8	3	61
Restructuration avant la réalisation	1	-	3	6
Restructuration après la réalisation	6	-	10	19
Ordonnance de consentement	3	-	5	8
Poursuite	1	3	2	6
Projet de fusion abandonné par les parties en raison de la position prise par le directeur/commissaire	6	12	4	27
Fusions posant un problème/ Dossiers classés	6.9%	2.9%	1.8%	3.9%
Fusions posant un problème (sans les cas de surveillance)/Dossiers classés	2.1%	1.9%	1.6%	2.0%
Abandon de fusion/ Fusions posant une menace	0.82%	1.55%	0.28%	0.87%

Dans presque tous les cas dont le Tribunal a été saisi au cours de la période de 15 ans depuis sa création et la décriminalisation des dispositions en matière de fusion, il s'agissait de fusions déjà réalisées. Dans ces conditions, les parties à la fusion avaient toutes les raisons du monde de faire le gros dos et de se battre. En revanche, les gens d'affaires n'ont aucunement le goût de s'engager dans une poursuite lorsque leur opération n'a pas été réalisée. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:09:55]

Source : Bureau de la concurrence, *Rapport annuel du commissaire de la concurrence*, diverses années.

Le Comité commencera son enquête en examinant s'il est vrai, comme on s'en plaint constamment, qu'il en coûte de plus en plus cher de faire appel au Tribunal. Plus

³⁰ Comme les données de l'année financière 2000-2001 n'englobent pas la titralisation d'éléments d'actif, elles ne sont pas directement comparables.

Nous pouvons nous pencher sur n'importe quelle fusion, quelle que soit la taille des entreprises visées. La question de la taille intervient si on est obligé de nous notifier. [...] J'imagine que le principe est le suivant — c'est un compromis — si tout était gratuit en ce monde, on pourrait exiger une notification dans tous les cas de fusion. Mais étant donné ce qu'il en coûte, il faut établir un certain seuil avant d'imposer un processus de notification, et voilà pourquoi il y a un seuil pour la notification.
[Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:30]

le coût des poursuites augmente, plus le Bureau et les parties à un projet de fusion tendraient à éviter les poursuites et à recourir à d'autres solutions. Tout en reconnaissant qu'il peut y avoir d'autres explications à la tendance à la baisse du nombre de fusions contestées — surtout si l'on fait intervenir dans l'analyse des données qualitatives — le Comité estime que, bien que limitées, les données tendent (indirectement) à justifier la plainte. Quatre fusions contestées sur 1 614 fusions examinées ont été soumises au règlement du Tribunal dans les deux périodes de quatre ans commençant en 1988 et finissant en 1996. Comme il y a eu 1 492 examens de fusions dans la période 1996-2000, le Tribunal aurait dû, à supposer une mise en application de la *Loi* aussi vigoureuse, être saisi de quatre fusions contestées pendant cette période; or, il n'y en a eu que deux. Par conséquent, le comportement du commissaire et des parties aux projets de fusion donne à penser qu'il en coûte plus cher de faire appel au Tribunal.

La grande majorité des fusions ne posent ni menace ni problème en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Donald G. McFetridge signale qu'environ 1,6 % des fusions publiquement déclarées (7,5 % de celles qui ont été examinées) entre 1986 et 1994 posaient un problème en vertu de la *Loi*.³¹ Selon le tableau 7.3, le nombre des questions soulevées dans les cas de fusion a encore diminué dans la dernière moitié des années 90. Quand on écarte les cas de fusion où le commissaire a opté pour la surveillance — parce qu'ils n'ont jamais été contestés ou remis en examen — le nombre des cas de fusion qui posaient un problème en vertu de la *Loi* compte en moyenne pour 2 % seulement des examens entrepris par le Bureau.

Le problème, ce ne sont pas seulement les droits de dépôt. Si vous déposez un avis, vous devez retenir les services d'un avocat, fournir des renseignements et avoir un bon conseiller. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:30]

Le Comité trouve plutôt curieux que, sauf pour les poursuites, toutes les mesures de mise en application ont perdu la faveur du commissaire (alors directeur) au milieu des années 90. Cependant, sauf pour la surveillance, toutes les mesures de mise en application, comme la restructuration antérieure ou postérieure à la réalisation et l'ordonnance par consentement, sont revenues en faveur. En outre, le Comité trouve inquiétant que le nombre des

³¹ Donald G. McFetridge, *Enjeux liés à la politique sur la concurrence*, Document de recherche préparé pour le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadiens, septembre 1998, p. 11.

fusions abandonnées par les parties en raison de la position prise par le commissaire ait diminué sensiblement vers la fin des années 90. Par exemple, 18 projets de fusion sur 1 614 dossiers de fusion examinés par le Bureau ont été abandonnés par les parties dans les deux périodes de quatre ans commençant en 1988 et finissant en 1996. Comme il y a eu 1 492 examens dans la période 1996-2000, le nombre d'abandons aurait dû, à supposer une mise en application de la *Loi* aussi vigoureuse de la part du commissaire, être le même, soit 18, dans cette période; or, il n'y en a eu que 4, moins d'un quart du chiffre auquel on aurait pu raisonnablement s'attendre.

Les données suggèrent au Comité trois explications possibles : 1) les fusions se font moins problématiques sur le plan de la concurrence; 2) les milieux d'affaires en général en sont venus à la conclusion, au cours des cinq dernières années, que le commissaire applique vigoureusement la *Loi* et qu'il consent de plus en plus à imposer d'autres engagements restrictifs comme condition de réalisation des fusions; ou 3) les milieux d'affaires en sont venus à la conclusion, au cours des cinq dernières années, que le budget du commissaire ne lui permet pas d'appliquer vigoureusement la *Loi* et qu'il doit céder aux parties en cherchant des méthodes non vigoureuses de mise en application de la *Loi* plutôt que d'engager une procédure coûteuse devant le Tribunal.

En l'absence de données qualitatives sur ces fusions, le Comité ne peut pas tirer de conclusions probantes. Néanmoins, il craint que la troisième hypothèse ne soit la bonne et n'explique, au moins en partie, la diminution du nombre des abandons de projet de fusion. En fait, et c'est un peu paradoxal, le manque de renseignements sur les fusions auxquelles le commissaire ne s'oppose pas afin d'empêcher la publication de données commerciales privées et stratégiques a peut-être pour effet de mieux le protéger sur le plan de la reddition de comptes — état de choses dont se plaint depuis longtemps la collectivité des spécialistes du droit de la concurrence.

Quoi qu'il en soit, si l'on veut que les dispositions de la *Loi* en matière d'examen des fusions soient vigoureusement appliquées, il faut doter le Bureau des ressources nécessaires et lui permettre d'être plus sélectif

Si les parties à de petites transactions — des fusions, par exemple — veulent aller de l'avant sans notifier le Bureau de la concurrence et essaient d'échapper au radar, elles doivent espérer que le Bureau de la concurrence ne s'en apercevra pas avant trois ans, délai à l'intérieur duquel le Bureau peut encore présenter une demande au Tribunal et imposer un dessaisissement. C'est là un risque énorme que les gens d'affaires ne sont habituellement pas prêts à courir. Ce qui fait que j'ai souvent plusieurs affaires en marche qui comportent des transactions qui ne sont inférieures aux seuils de notification, sauf que les parties veulent néanmoins obtenir des assurances du côté du Bureau de la concurrence sous forme d'une lettre de non-intervention ou d'un certificat de décision préalable avant d'engager leur argent dans l'opération. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:10]

dans l'examen des fusions susceptibles de poser un problème sur le plan de la concurrence — recommandations que le Comité fait siennes.

Seuils d'examen

Ce n'est pas d'hier qu'on soutient que le Bureau ne dispose pas des moyens nécessaires pour assurer une application optimale de la *Loi* dans certains cas de fusion. En fait, la collectivité des spécialistes du droit de la concurrence a sensibilisé le Comité à ce fait depuis qu'il a entrepris son étude sur la *Loi sur la concurrence* et publié son *Rapport intérimaire*. C'est parce qu'il désirait une évaluation plus complète englobant d'autres répercussions importantes sur la mise en application de la *Loi* que le Comité s'est contenté de demander que des ressources supplémentaires soient accordées au Bureau. Étant donné la préoccupation exprimée dans la section précédente, le Comité est maintenant disposé à évaluer des propositions précises portant de relever les seuils d'examen des fusions comme moyen de concentrer des ressources rares sur l'examen des grandes fusions et la mise en application d'autres aspects de la *Loi*.

Une solution [...] est la majoration des seuils afin de les aligner sur la valeur économique du seuil au moment de son introduction en 1988. On a mis en place en 1988 un seuil de 35 millions de dollars pour la valeur des transactions. [...] Dans l'intervalle, l'érosion monétaire a été de plus de 30 p. 100, et si l'on rajustait le seuil, 40 p. 100 des fusions n'auraient plus besoin d'être examinées, ce qui libérerait beaucoup de personnel pour faire un autre travail. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

Depuis l'adoption de la *Loi sur la concurrence* en 1986, les parties à une grande fusion, c'est-à-dire une fusion d'une taille définie par la *Loi*, sont tenues de notifier le commissaire avant de conclure la transaction. Bien que tous les projets de fusion puissent être examinés par le commissaire, seuls ceux (acquisition d'éléments d'actif ou d'actions) dans le cadre desquels le revenu brut annuel provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, s'élève à plus de 35 millions de dollars ou les éléments d'actifs ou le chiffre d'affaires réunis (y compris les filiales) au Canada s'élèvent à plus de 400 millions de dollars doivent être notifiés au commissaire. Le seuil d'examen des regroupements est de 70 millions de dollars. Les seuils relatifs au chiffre d'affaires brut et aux éléments d'actif réunis sont restés inchangés depuis 1986.

Entre 1986 et 2001, l'inflation a été de plus de 40 % (suivant l'indice des prix à la consommation). Par conséquent, les seuils de 35 et de 400 millions de dollars ont assujéti à la *Loi* un nombre plus grand de fusions que celui auquel pensait le Parlement au moment de l'adoption

de la *Loi*. En fait, le nombre peut-être excessif des fusions devant automatiquement faire l'objet d'un examen a peut-être empêché une mise en application optimale de *Loi* — le Bureau indique que le seuil de 35 millions de dollars relatif au revenu brut annuel provenant des ventes est particulièrement astreignant. En d'autres termes, certaines ressources consacrées actuellement à l'examen des fusions pourraient être mieux employées à d'autres activités, à savoir examiner des fusions de plus grande envergure ou faire respecter d'autres dispositions de la *Loi*.

Le Bureau a obtenu pour le Comité des données qui indiquent qu'environ une fusion sur dix examinées par la Direction des fusionnements au cours de l'année écoulée se situait entre 35 et 50 millions de dollars. Cette statistique implique que le relèvement du seuil à 50 millions réduirait le nombre total des dépôts d'avis de fusion d'environ 40 par an. Nous n'avons malheureusement pas pu déterminer combien de ces fusions posaient un problème en vertu de la *Loi*. Néanmoins, étant donné l'écart entre les revenus de la tarification et les coûts directs de l'examen des fusions et l'opinion du Comité qu'il existe des besoins plus pressants en matière de mise en application dans d'autres secteurs d'activité, nous croyons qu'il vaudrait mieux faire passer le seuil des transactions de 35 à 50 millions de dollars. Le Comité recommande donc :

- 26. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 110 de la *Loi sur la concurrence* pour que les parties à une fusion (acquisition d'éléments d'actif ou d'actions) dans le cadre de laquelle le revenu brut provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, s'élève à 50 millions de dollars et plus soient tenues d'aviser le commissaire de la concurrence de la transaction.**

En outre, comme le Comité croit qu'il y a avantage à officialiser ces dispositions, il recommande :

- 27. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* de manière que les seuils de notification des articles 109 et 110 fassent l'objet d'un examen parlementaire dans les cinq ans et tous les cinq ans par la suite afin d'assurer une mise en application optimale de la *Loi sur la concurrence*.**

Sur le plan de l'application de la loi, j'aimerais que le Bureau prête davantage attention aux autres dispositions de la loi, et peut-être répugne un peu moins à prendre des risques sur le plan des fusions. Quelqu'un a également préconisé ce matin une majoration des seuils. Cela aussi serait utile. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Il existe deux seuils, selon l'ampleur de la transaction et la taille des parties en cause. Nous croyons qu'il faudrait hausser le seuil des transactions, qui est actuellement de 35 millions de dollars. Le seuil de la taille des parties, qui est de 400 millions de dollars, est beaucoup plus élevé. Nous croyons qu'il serait possible de hausser le premier, mais pas le second, à peu près en fonction de l'inflation depuis que la loi a été adoptée, ce qui nous amènerait à environ 50 millions de dollars. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:30]

D'un point de vue historique, dans les pays qui ont eu de puissantes lois sur la concurrence comme les États-Unis comme dans les pays qui ont eu de faibles lois sur la concurrence comme le Japon, on a constaté qu'elles n'engendraient pas des économies très productives et efficaces lorsqu'elles n'encourageaient pas la concurrence et n'assuraient pas la réalisation de gains d'efficacité et de productivité. Par conséquent, quand on examine les cas, ce n'est pas seulement le consommateur ou la petite entreprise qui compte, mais l'économie canadienne et ce qui profite aux consommateurs dans leur ensemble. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:15]

L'analyse des gains d'efficacité en droit de la concurrence dans ce pays est loin d'être au point, c'est le moins que l'on puisse dire. Nous avons connu 15 années ou plus de ballet à ce sujet et n'avons toujours rien de praticable. Si vous optez pour une refonte de l'article 45, réfléchissez au critère civil. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:05]

Une partie des lignes directrices sur l'examen des fusions concerne l'efficacité et a été rédigée il y a des années, avant la cause Superior Propane. Ce sont des dispositions que nous avons en fait supprimées. Le jugement rendu par la Cour d'appel au sujet de Superior Propane les a annulées. À un moment donné, lorsque cette cause sera réglée, nous devons réviser nos lignes directrices car de toute évidence elles ne sont plus fiables. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:10:00]

Fusions et gains d'efficacité

Notre *Loi sur la concurrence* se distingue de celle des autres pays par l'article 96. En voici le libellé : « Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance si le fusionnement entraîne des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence »; selon certains, cette disposition correspond à ce qu'on appelle le « critère du surplus total ».

La *Loi* explique assez longuement ce qui doit ou ne doit pas être considéré comme un gain d'efficacité. Elle dispose, par exemple, que les « gains d'efficacité » à considérer sont ceux qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue »; c'est-à-dire qu'ils doivent être liés à la fusion en question. Il s'ensuit que, si les gains d'efficacité pouvaient être réalisés d'une manière qui cause moins de tort anticoncurrentiel que ne le ferait la fusion, ils ne seraient pas attribués à la fusion. Ce serait le cas, par exemple, des gains d'efficacité pouvant se produire par suite de la croissance interne ou d'une rationalisation unilatérale. En revanche, il peut exister des moyens coopératifs de réaliser les gains d'efficacité, comme la coentreprise ou le fusionnement restructuré, qui auraient moins d'effets anticoncurrentiels. Enfin, les gains d'efficacité doivent être réels et non pas seulement pécuniaires; c'est-à-dire que la fusion doit entraîner de réelles économies de ressources et ne pas découler d'un pouvoir de négociation ou d'achat accru qui a essentiellement un effet de redistribution entre les membres de la société.

Le Canada est le seul pays, à ce qu'on sache, dont la loi sur la concurrence exige que les gains d'efficacité susceptibles de découler d'une fusion soient mis en balance avec les effets anticoncurrentiels probables de la fusion. Cette approche se situe à mi-chemin entre celle de l'Union européenne, où les parties à la fusion sont invitées à faire état de gains d'efficacité éventuels que le Groupe de travail sur les fusions examine (ce qui introduit du lobbying dans le processus), et celle des États-Unis, où il faut que les gains d'efficacité soient à ce point importants que les prix n'augmenteront pas par suite de la fusion proposée (ce qu'on appelle «le critère du prix»). Rétrospectivement, cette approche n'est pas déraisonnable et est même peut-être

stratégiquement saine compte tenu de l'économie de marché relativement petite et ouverte du Canada.

Bien que ce moyen de défense législatif soit unique en son genre dans les pays industrialisés, son invocation depuis son introduction il y a 15 ans n'a pas été très favorable à ceux qui proposent des fusions. Le commissaire n'a pas une seule fois trouvé les gains d'efficacité d'un projet de fusion suffisants pour neutraliser la diminution sensible de la concurrence constatée. Ce comportement contraste grandement avec les constatations de gains d'efficacité qu'il a faites à plusieurs reprises dans les cas d'exclusivité et de vente liée. En outre, pendant cette même période de 15 ans, le Tribunal a invoqué une fois seulement (*Superieur Propane*) les gains d'efficacité et en a parlé deux fois (*Imperial Oil* et *Hillsdown*). Quant aux élucidations, elles ont été pour le moins déroutantes. Juste au moment où le Tribunal acceptait les lignes directrices du Bureau sur le traitement des gains d'efficacité en fonction du « critère du surplus total » (*Superieur Propane*), le Bureau les a abandonnées. Pour compliquer les choses, la Cour fédérale est intervenue et a renversé partiellement une décision du Tribunal en faveur de l'extension de l'analyse strictement quantitative du « critère du surplus total » aux effets redistributifs et autres effets qualitatifs de la fusion sans pour autant préconiser le « critère du surplus du consommateur » ni le « critère du prix » américain. Cette décision de la Cour a eu pour effet de permettre au commissaire ainsi qu'au seul juge de première instance dissident dans l'affaire *Superieur Propane* de préconiser le « critère du surplus du consommateur »³². Sentant que ce dernier critère rendrait l'article 96 pratiquement inopérant, la majorité du comité du Tribunal a choisi d'assortir le « critère du surplus total » d'un calcul de ce qu'on appelle les « effets sociaux néfastes » de la fusion, à savoir la richesse transférée des Canadiens « pauvres » aux actionnaires des parties à la fusion.

Au sujet de la défense d'efficacité en matière de fusions, je pense que le moment est venu pour le Comité de revoir l'article 96 et de réfléchir à ce qu'il signifie, à la façon dont on pourrait l'appliquer et, peut-être, donner quelques orientations, dans l'optique du Parlement, sur le critère d'efficacité dans le contexte d'une fusion. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:20]

Nous nous demandons si les gains d'efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels. En principe, cela comprend l'ensemble des effets anticoncurrentiels. Certains d'entre eux sont mesurés quantitativement, mais d'autres sont qualitatifs. [...] Puis il y a d'autres facteurs qui sont plus qualitatifs et que vous ne pouvez pas vraiment mesurer. Pour vous donner un exemple bien simple, comment évaluer les conséquences de la perte de choix? Si vous n'avez plus qu'un fournisseur au lieu de deux, à part la question du prix, vous vous trouverez certainement désavantagé. C'est une chose qu'il n'est pas vraiment possible d'évaluer, mais dont il faut tenir compte. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:10:00]

³² Le « critère du surplus du consommateur » tient compte des gains d'efficacité par rapport à la soi-disant « perte sèche » découlant du fusionnement tout comme le « critère du surplus total » ainsi que la richesse transférée des consommateurs aux actionnaires des sociétés qui fusionnent. Le « critère du surplus du consommateur » est donc plus restrictif que le « critère du surplus total ».

À mon avis, l'orientation donnée par la Cour d'appel fédérale n'est pas à la hauteur de la tâche. [...] En gros, elle déclare que, lorsque le Tribunal examine le poids accordé aux gains d'efficacité, il devrait adopter une approche flexible qui ne se limite pas au critère du surplus total. [...] Elle tient compte de divers facteurs comme les effets sur la petite entreprise, la création de monopoles et peut-être les effets de redistribution des revenus. La décision de la Cour d'appel fédérale laisse passablement à désirer à certains égards. Je pense également que, défectueuse ou pas, elle ne donne pas une bonne orientation à la conduite future de la politique sur la concurrence. Je crois également qu'il y a danger que le Canada s'écarte d'une position plus favorable aux prétendus gains d'efficacité que celle des États-Unis à une position moins favorable aux prétendus gains d'efficacité que celle des États-Unis. [Roger Ware, Université Queen's 65:11:30]

La décision du Tribunal dans l'affaire *Superieur Propane* peut ou non être satisfaisante; on ne sait trop si des calculs aussi précis de la richesse transférée des consommateurs « pauvres » aux actionnaires des producteurs seront possibles dans l'avenir. En outre, que les intentions qu'avait le Parlement en déclarant que « les effets d'un fusionnement susceptible d'empêcher ou de diminuer la concurrence » doivent être évalués par rapport aux « gains d'efficacité » fassent l'objet de tant d'interprétations donne à penser que de plus amples études d'expert s'imposent³³. Par conséquent, le Comité recommande :

28. Que le gouvernement du Canada constitue immédiatement un groupe de travail indépendant d'experts chargé d'étudier le rôle que devraient jouer les gains d'efficacité dans tous les articles de la *Loi sur la concurrence* prévoyant un examen en droit civil et que le rapport du groupe de travail soit soumis à l'examen d'un comité parlementaire dans les six mois suivant le dépôt du présent rapport.

³³ Dans l'affaire *Superieur Propane*, le Tribunal, a également reçu des témoignages en faveur du « critère du prix » du « critère du prix modifié par les États-Unis » et de l'« approche des poids compensateurs » du professeur Townley.

CHAPITRE 8 : REFUS DE VENDRE

Le Comité a entendu avec inquiétude l'Association québécoise des indépendants du pétrole (AQUIP) lui décrire l'expérience de certains de ses membres sur le marché québécois du pétrole. Il est important de bien saisir au départ que l'industrie est dans une situation unique, puisqu'elle s'occupe à la fois d'exploration, de fabrication, de vente en gros et de vente au détail. Ces sociétés intégrées verticalement sont, au niveau du détail, en concurrence avec de nombreux petits indépendants. C'est là une structure de marché unique, qui oblige les détaillants indépendants à négocier l'achat de leur produit principal directement avec leurs concurrents. La *Loi sur la concurrence* doit donc tenir compte de cette situation spécifique au secteur pétrolier et faire en sorte que les sociétés puissent s'approvisionner sans subir de discrimination.

Si ces faits, qui ont été présentés au Comité lors de ses audiences sur le projet de loi C-23, sont exacts, cela peut signifier que l'AQUIP a été victime d'un refus de vendre³⁴. Toutefois, l'aspect de ce témoignage qui concerne directement le Comité se rapporte au fait que l'article 75 ne puisse pas servir à interdire ce genre de conduite. Selon l'AQUIP, un fournisseur pourrait invoquer le fait que les « conditions de commerce » (c'est-à-dire les conditions du marché) n'étaient pas « normales » pour empêcher que l'article s'applique. Le Tribunal ne serait donc pas habilité à rendre une ordonnance, puisque, selon l'AQUIP, il ne peut rendre d'ordonnance d'approvisionnement que dans des conditions « normales » de commerce.

Nous vous soumettons que les fournisseurs de produits pétroliers n'auront qu'à illustrer qu'ils ne peuvent fournir les produits en raison de conditions de commerce anormales pour empêcher l'accès au Tribunal³⁵.

Il y a eu des pénuries de produits, et on a dû nous imposer un quota de 80 %, disons. Nous sommes sûrs que durant ces périodes où nous avons été coupés à 80 %, les secteurs du détail des compagnies majeures fonctionnaient encore à plein régime, sans avoir à subir ces coupures de produit. Durant ces périodes, nous avons dû réduire les inventaires de nos clients. Nous avons été chanceux que ce soit des périodes courtes d'une semaine ou deux dans les deux cas dont on parle. Dans le premier cas, ce fut un problème de froid sur le fleuve Saint-Laurent. Dans le deuxième, ce fut la tempête de verglas de janvier 1997, au Québec. Je ne sais pas si vous le savez, mais en janvier 1997, il y a eu une tempête de verglas et il y a eu un rationnement au niveau de l'approvisionnement. Dans ces deux cas, notre approvisionnement en produit a été réduit, mais nous sommes certains que les multinationales fonctionnaient alors à plein régime dans leurs réseaux de détail d'huile à chauffage et de stations-service.
[Pierre Crevier, Association québécoise des indépendants du pétrole, 40:16:20]

³⁴ Bien entendu, le Comité n'est pas une cour de justice et il ne prétend nullement tirer des conclusions sur les questions de fait ni sur l'application de la *Loi* dans un quelconque cas individuel. Ce sont là des sujets qui relèvent du Tribunal.

³⁵ Mémoire présenté par l'AQUIP au Comité.

Le Comité a soigneusement réfléchi à cette analyse de l'article 75 et, en toute déférence, il ne peut pas y souscrire. Il est manifeste, si l'on considère l'article globalement, que celui-ci n'a pas été adopté pour offrir un moyen de défense aux fournisseurs peu scrupuleux, mais pour permettre à chaque client d'obtenir l'approvisionnement dont il a besoin aux mêmes conditions que les autres clients de son fournisseur. De plus, pour les raisons expliquées ci-dessous, nous pensons que le « rationnement » imposé par le fournisseur en cas de pénurie entre dans la définition des « conditions de commerce » contenue dans le paragraphe 75(3). Aussi l'article 75 devrait-il s'appliquer, de manière que chaque client puisse être approvisionné aux mêmes conditions que les autres, même lorsqu'il y a pénurie sur le marché.

La difficulté fondamentale provient du fait que, dans son analyse, l'AQUIP semble considérer les notions de « conditions de commerce » et de « conditions du marché » comme synonymes. Mais, comme le précise clairement le paragraphe 75(3), ce sont deux idées tout à fait distinctes. Une pénurie de pétrole ou une demande exceptionnellement élevée sont des *conditions du marché*, tandis que les conditions de commerce concernent la *transaction*. Les « conditions de commerce » dans une transaction (comme un contrat d'approvisionnement) peuvent évoluer à cause des conditions changeantes du marché : il se peut que les prix montent ou que les quantités que les fournisseurs sont en mesure de livrer soient réduites. Les conditions de commerce peuvent donc être *touchées* par les conditions du marché, ce qui montre bien qu'il s'agit de deux concepts distincts. L'AQUIP laisse entendre qu'un fournisseur pourrait invoquer des « *conditions de commerce anormales* » comme défense contre l'application de l'article 75. Mais si nous acceptons cette interprétation, nous devons admettre que l'article 75 est sans effet lorsque les conditions du marché ne sont pas normales. Cette conclusion nous porte à croire que l'interprétation est peut-être incorrecte.

En revanche, le paragraphe 75(3) confirmerait plutôt l'interprétation du Comité. Les « conditions de commerce » y sont définies comme les « conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien ». L'effet du paragraphe 75(3) est double. Premièrement, il limite les

conditions de commerce que le fournisseur peut *imposer* dans le cadre de la transaction. Cela garantit que les fournisseurs n'imposeront pas de conditions de commerce « anormales » (par exemple, un rationnement) comme prétexte pour retenir le produit. Deuxièmement, il fait en sorte que tout client puisse être approvisionné aux mêmes conditions que les autres clients de son fournisseur, c'est-à-dire sans être assujéti à de quelconques « conditions de commerce anormales ». Donc, si certains clients reçoivent 100 % de leurs commandes, tous les autres ont le droit d'être traités de la même manière. Le fait d'imposer une coupure de 20 % à un client et pas à d'autres, constituerait clairement l'imposition d'une condition de commerce « anormale », selon la façon dont la condition est envisagée dans le paragraphe 75(3). Par conséquent, l'article 75 s'appliquerait et donnerait au Tribunal le pouvoir d'ordonner que l'approvisionnement soit repris selon des conditions identiques à celles dont profitent les autres clients.

L'AQUIP souhaiterait que les termes « aux conditions de commerce normales » soient retranchés de l'article 75, ce qui « délierait les mains » du Tribunal. Celui-ci serait ainsi en mesure d'ordonner l'approvisionnement selon des conditions *autres* que les conditions de commerce « normales », à savoir de donner au fournisseur l'ordre d'accepter un client selon des conditions de commerce *anormales* et de l'approvisionner au prorata des disponibilités. Toutefois, ici encore, il importe de faire la distinction entre *conditions du marché* et *conditions de commerce*. Ce que l'AQUIP demande en fait, c'est que le Tribunal ordonne au fournisseur de continuer à l'approvisionner pendant que prévalent des *conditions anormales de marché* (une pénurie par exemple.) mais aux *mêmes conditions de commerce* (80 % de l'approvisionnement habituel, en prenant l'exemple précédent) que celles qui sont accordées aux autres clients, autrement dit sans discrimination.

Bien que le Comité ne croie pas que l'expression « conditions de commerce normales », à l'article 75, compromette l'efficacité de l'article, il reconnaît qu'il existe de cet article une autre interprétation plausible qui nous mènerait à la conclusion contraire, à savoir que l'article ne pourrait *pas* servir à interdire un rationnement discriminatoire du genre décrit par l'AQUIP (qui consiste,

Une situation de rationnement ne devrait pas entraîner le non-renouvellement de contrats d'approvisionnement sous prétexte que la situation du marché est anormale. Il faut au contraire s'assurer que les situations de marché inhabituelles ne permettent pas l'élimination d'entreprises pétrolières efficaces qui seraient privées d'approvisionnement. En conséquence, nous proposons que les mots « aux conditions de commerce normales » soient retirés du projet de loi. De la sorte, les nouvelles dispositions seraient aussi applicables dans des circonstances inhabituelles où elles pourraient s'avérer particulièrement utiles. [Pierre Crevier, Association québécoise des indépendants du pétrole, 40:15:45]

pour les producteurs intégrés, à approvisionner leurs propres points de vente au détail à des conditions plus favorables que les détaillants indépendants).

Pour que l'article s'applique, l'alinéa 75(1)d) exige que le produit soit « disponible en quantité amplement suffisante ». Selon l'interprétation simple de cette disposition, l'article ne doit s'appliquer que quand le produit est disponible en quantité « amplement » suffisante, c'est-à-dire en quantité permettant de répondre à la demande courante. Si cette interprétation est correcte, l'article ne s'appliquera pas en période de pénurie, et le fournisseur pourra choisir d'exécuter intégralement la commande d'un client et de ne pas exécuter celle d'un autre client ou de l'exécuter en partie seulement, c'est-à-dire de faire du rationnement discriminatoire dans le but de pénaliser un détaillant indépendant non intégré.

Cette autre interprétation est également compatible avec le libellé du paragraphe 75(3). Aux yeux du profane, l'expression « quantités unitaires d'achat » peut s'entendre de la façon dont le produit est emballé pour la vente ou la livraison, par exemple, en contenants *d'un litre*, ou dans des *emballages d'expédition*, et ainsi de suite. En fait, cette interprétation serait plus plausible que l'autre. Si le Parlement, lorsqu'il a rédigé la législation, avait voulu préciser que la « quantité » est une des « conditions de commerce » visées au paragraphe 75(3), il aurait eu tout loisir de le faire. Or, il a plutôt utilisé de l'expression « quantités unitaires d'achat », qui ne signifie pas tout à fait la même chose que le terme « quantité ».

Si cette interprétation était la bonne, nous devrions accepter que l'article 75 n'est pas censé s'appliquer, et ne s'applique pas, lorsqu'il y a pénurie dans le marché. Si c'était le cas, tout fournisseur dénué de scrupules qui serait en position dominante dans le marché pourrait profiter de la pénurie pour promouvoir son propre réseau de vente au détail et pénaliser les détaillants indépendants en rationnant sélectivement leur approvisionnement de façon discriminatoire. Le libellé actuel de l'article porte à croire que le Parlement n'a tout simplement pas prévu que le rationnement sélectif pourrait être utilisé de cette façon; mais il se peut aussi qu'il l'ait prévu et qu'il ait estimé que le

problème serait mieux encadré par les dispositions de l'article 79, relatives à l'abus de position dominante.

Le Comité voit bien qu'il suffirait de supprimer l'alinéa 75(1)d) pour éliminer l'ambiguïté, mais aucun témoin n'a soulevé ce point, et nous n'avons pas eu de débat ni fait d'analyse sur les implications économiques et juridiques d'une telle modification, d'où notre hésitation à recommander une telle solution. Pour les raisons énoncées plus haut, nous croyons que l'interprétation la plus raisonnable à en faire veut qu'il s'applique quel que soit l'état du marché, y compris en temps de pénurie. Mais en définitive, on ne peut lever cette incertitude qu'au moyen d'une des trois solutions suivantes : 1) obtenir que le gouvernement modifie la *Loi* de manière à préciser l'application de l'article; 2) retenir l'interprétation judiciaire faite par le Tribunal dans le contexte d'une demande basée sur ces faits ou sur des faits similaires, ou 3) obtenir du Bureau une directive sur la façon d'interpréter cette disposition.

À n'en pas douter, la meilleure solution consiste à préciser dès maintenant l'application de l'article 75. Qui plus est, il ne serait ni juste ni équitable de demander à l'AQUIP — ou à qui que ce soit d'autre, d'ailleurs — d'assumer seul des procédures qui pourraient être longues et coûteuses à seule fin de faire préciser la loi alors que la préciser serait nettement à l'avantage de tous. Le Comité félicite l'AQUIP de lui avoir signalé cet important problème et recommande

29. Que le Bureau de la concurrence émette une directive d'interprétation précisant si l'article 75 de la *Loi* s'applique au fournisseur qui, dans un marché caractérisé par une pénurie, est en mesure de rationner sélectivement les réserves de produit dont il dispose d'une façon qui soit discriminatoire à l'endroit des détaillants indépendants.

CONCLUSION

La politique canadienne de concurrence, telle qu'énoncée dans la *Loi sur la concurrence* et mise en œuvre par le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence, est un cadre d'action moderne pour parer aux problèmes anticoncurrentiels contemporains. Bien qu'il puisse être souhaitable de la remanier légèrement, la *Loi sur la concurrence* repose globalement sur l'analyse économique moderne. De son côté, le Bureau de la concurrence peut se vanter de la clarté et de la transparence de ses lignes directrices d'application, qu'il serait toutefois utile de peaufiner. Il gère bien sa charge de travail actuelle, mais pourrait, s'il disposait de plus de ressources, veiller de plus près au respect de la *Loi*. Le Tribunal de la concurrence a établi une jurisprudence claire et bien réfléchie où les principes économiques ont la place qui leur revient, mais il y aurait lieu de rationaliser ses procédures de manière à le rendre plus expéditif et à accroître son activité, en accordant des droits privés d'action bien pensés. Voilà comment le Comité concluait son *Rapport intérimaire*. Le Comité maintient ces conclusions et il y ajoute certaines précisions dans le présent rapport final.

Le Comité estime que les entreprises canadiennes profiteraient d'un climat dans lequel la prévention des complots serait une de ces première priorité. Il constate que le Bureau dispose déjà de tactiques et de stratégies bien conçues visant à dépister et à suivre les complots à l'échelle nationale et internationale, mais qu'il est gêné dans ses tentatives par une loi inefficace car elle ne tient pas assez compte dans son traitement des véritables cartels et fait trop de cas des alliances stratégiques compatibles avec un climat concurrentiel. Le Comité recommande donc que la *Loi sur la concurrence* soit modifiée pour devenir une loi anti-complot à deux volets. Les cartels seraient poursuivis plus vigoureusement à l'aide de mesures pénales plus strictes et les alliances stratégiques feraient l'objet de mesures législatives au civil plus raisonnables par la voie d'un nouvel article. En vertu des dispositions criminelles existantes, il faudrait abandonner le terme « indûment » pour éliminer la nécessité d'intenter des poursuites vaines et non

pertinentes pour raisons économiques. Parallèlement, des moyens de protéger les gains d'efficacité seraient créés, ce qui renverserait le fardeau de la preuve, de manière à garder distincts les deux volets. Et l'on créerait un système volontaire de pré-autorisation des alliances stratégiques, qui permettrait au secteur des affaires de mieux s'orienter dès le départ et de ne pas risquer des sanctions pénales. L'effet décourageant de la législation sur les entreprises s'en trouverait atténué.

Pour que la priorité soit de nouveau donnée aux complots plutôt qu'aux fusions, comme le Parlement en avait l'intention à l'origine, en 1986, le Comité recommande que davantage de ressources soient affectées au Bureau de la concurrence et que le seuil de revenu brut annuel provenant des ventes à partir duquel il faut aviser d'une fusion soit porté de 35 à 50 millions de dollars. Le Comité recommande également de modifier la *Loi sur la concurrence* pour qu'elle prévoit des réévaluations quinquennales automatiques, par le Parlement, de tous ces seuils. Qui plus est, il recommande que soit accordé un droit d'action privé englobant l'abus de position dominante et un élargissement des réparations, pour ceux ayant subi un préjudice du fait d'agissements susceptibles d'examen comme une vente exclusive, une vente liée, une restriction de marché, un refus de vendre ou un abus de position dominante, de manière à prévoir des dommages et intérêts et des sanctions et, de ce fait, à encourager l'application de la *Loi* à titre privé, en plus de l'application de cette dernière par les pouvoirs publics.

Le Comité présente un certain nombre de recommandations visant à simplifier les procédures suivies par le Tribunal de la concurrence pour régler les litiges, en lui conférant surtout le pouvoir de régler les cas d'abus de position dominante et d'imposer des dommages et intérêts et des sanctions pécuniaires lorsque la personne incriminée est reconnue coupable. Ces sanctions sans limite permettront de mieux équilibrer les mesures visant à décourager les agissements abusifs et devraient, idéalement, alléger la charge de travail du Bureau et du Tribunal. De ce fait et par suite du pouvoir général que devrait obtenir le Tribunal de délivrer promptement des ordonnances de cesser et de s'abstenir, prévu par le projet de loi C-23, les actuelles dispositions visant les transporteurs aériens deviendront redondantes. Il sera ainsi

possible de les abolir pour que la *Loi sur la concurrence* redevienne une loi d'application générale.

Le Comité recommande également la suppression de la mention « contrôlent sensiblement ou complètement » contenue dans l'article de la *Loi* visant l'abus de position dominante. Cette dernière disposition serait ainsi plus conforme au concept de puissance du marché, celui-ci ayant évolué au fil des interprétations juridiques et à la lumière des autres articles de la *Loi*. Cette modification, ainsi que le nouveau pouvoir du Tribunal de la concurrence d'évaluer les sanctions pécuniaires en cas d'abus de position dominante, appuieraient la dépénalisation de certaines pratiques anticoncurrentielles d'établissement de prix (prix d'éviction, maintien des prix sur l'axe vertical et discrimination par les prix), conformément à la pensée économique contemporaine. Il serait possible de conserver des mesures pénales pour les cas où ces agissements constitueraient un abus de position dominante, tout en réduisant, à défaut de l'éliminer, l'effet paralysant qu'elles ont sur les applications favorables à la concurrence de ces pratiques.

Pour ce qui est de l'examen des fusions, le Comité recommande l'établissement d'un groupe de travail autonome constitué d'experts et chargé d'étudier le rôle que les gains d'efficience devraient jouer dans tous les articles de la *Loi* qui prévoient un examen au civil. En ce qui concerne le refus de vendre, il préconise que le Bureau de la concurrence publie une directive d'interprétation précisant si l'article 75 s'appliquerait à un fournisseur qui, dans un marché touché par une pénurie, déciderait de rationner sélectivement le produit dont il dispose de manière à exercer une discrimination contre les détaillants indépendants.

À la lumière des changements recommandés, le Bureau de la concurrence doit s'engager à reformuler ses lignes directrices sur l'application des dispositions relatives aux alliances stratégiques, à l'examen des fusions et à l'abus de position dominante et, tout particulièrement, à y inclure les prix d'éviction, le maintien des prix sur l'axe vertical et les pratiques de discrimination par les prix.

Enfin, le Comité est convaincu que ces recommandations reflètent les témoignages des spécialistes qu'il a entendus. Ces témoignages ont été complets et approfondis. Un consensus a été atteint sur la plupart des questions, si bien qu'il a été possible de formuler des recommandations précises et concrètes. Lorsque aucun consensus n'a pu être dégagé rapidement, le Comité a recommandé une poursuite de l'étude. Aussi estimons-nous que le présent document pourrait servir de plan directeur pour un livre blanc du gouvernement sur la politique de concurrence au Canada et pour la prochaine vague de modifications à la *Loi sur la concurrence*.

ANNEXE A

TÉMOINS

Associations et particuliers	Date	Réunion
À titre individuel	04/12/2001	59
George Addy, avocat, Osler, Hoskin et Harcourt		
A. Neil Campbell, avocat, McMillan Binch		
Jeffrey Church, professeur, Université de Calgary		
Paul Crampton, avocat, Davies Ward Phillips & Vineberg		
Calvin Goldman, avocat, Davies, Ward & Beck		
Lawson Hunter, avocat, Stikeman Elliott		
Tim Kennish, avocat, Osler, Hoskin & Harcourt		
Donald McFetridge, professeur, « Carleton University »		
John Quinn, avocat, Blakes, Cassels & Graydon		
Thomas Ross, professeur, Université de la Colombie-Britannique		
Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais		
Margaret Sanderson, vice-présidente, Associés Charles River		
John Scott, président, Fédération canadienne des épiciers indépendants		
John Sotos, avocat, Associés Sotos		
Roger Ware, professeur, université de Queen		
Douglas West, professeur, Université d'Alberta		
Stanley Wong, avocat, « Davis and Company »		
Ministère de l'Industrie	31/01/2002	64
Gaston Jorré, commissaire de la concurrence intérimaire		
André Lafond, sous-commissaire de la concurrence, Direction générale des affaires civiles		
R.W. McCrone, sous-commissaire adjoint de la concurrence, Direction générale des affaires criminelles		

Associations et particuliers	Date	Réunion
À titre individuel	05/02/2002	65
Paul Crampton, avocat, Davies Ward Phillips & Vineberg		
Tim Kennish, avocat, Osler, Hoskin & Harcourt		
John Rook, avocat, Osler, Hoskin & Harcourt		
Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais		
Roger Ware, professeur, université de Queen		
Stanley Wong, avocat, « Davis and Company »		

DEMANDE DE RÉPONSE DU GOUVERNEMENT

Conformément à l'article 109 du Règlement, le Comité prie le gouvernement de déposer une réponse complète à ce rapport au plus tard cent cinquante (150) jours suivant sa présentation.

Un exemplaire des Procès-verbaux du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie (*séances n^{os} 59, 64 et 65 qui comprend le présent rapport*) est déposé.

Respectueusement soumis,

Le président,

*Walt Lastewka, député
St. Catharines*

Opinion complémentaire — Le régime de concurrence du Canada

Parti de l'Alliance canadienne
Charlie Penson
James Rajotte

Au cours des deux dernières années, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie a étudié à fond la *Loi sur la concurrence*, y compris plusieurs projets de loi d'initiative parlementaire, le rapport VanDuzer, son propre rapport provisoire de juin 2001 et le projet de loi C-23. Et voici qu'il publie son rapport. L'Alliance canadienne salue le travail des membres du Comité permanent ainsi que le soin qu'ils ont mis à étudier la politique de concurrence au Canada.

Pendant les audiences du Comité, les membres de l'Alliance canadienne n'ont cessé de soutenir que les intérêts des consommateurs et des producteurs canadiens étaient mieux servis non pas par un tribunal ou l'intervention du gouvernement dans le marché, mais par une concurrence authentique entre les entreprises. L'objectif de la politique de concurrence devrait être non pas de protéger les concurrents, mais de faciliter la concurrence.

Tout en appuyant en gros ce rapport, l'Alliance canadienne tient à exprimer son désaccord avec les recommandations des chapitres 1, 3 et 8.

Chapitre 1 : Le droit de la concurrence ne peut pas remplacer la concurrence

Le chapitre 1 recommande que le Bureau de la concurrence fasse des crimes liés au complot contre la concurrence (fixation des prix) l'une de ses grandes priorités. Il appuie également l'idée qu'il ne devrait pas y avoir dans la loi cadre de dispositions spéciales pour telle ou telle industrie.

Selon l'Alliance canadienne, l'idée de réglementer le marché, thème sous-jacent au chapitre 1, est foncièrement mauvaise. La politique de manipulation du droit de la concurrence et de réglementation du marché pratiquée par le Parti libéral ne saurait remplacer un environnement favorable aux affaires.

Le rapport reconnaît l'effet de création de monopoles de politiques gouvernementales, comme les règles en matière de propriété étrangère, qui font obstacle à l'entrée dans les secteurs du transport aérien et de la librairie de détail. La petitesse de notre marché intérieur et l'immensité de notre territoire sont habituellement invoquées pour justifier la réglementation, mais l'Alliance canadienne croit que ces problèmes sont aggravés par la politique industrielle du gouvernement libéral. Il y a trop de secteurs dans l'économie canadienne qui échappent aux forces du marché comme les télécommunications, la

commercialisation du blé et les transports. Il vaut beaucoup mieux assurer à un grand nombre de concurrents un climat commercial et un régime fiscal favorables que d'en réglementer un petit nombre.

L'intervention directe de l'État dans ces secteurs a entraîné une réduction de la concurrence. Les Libéraux réagissent non pas en allégeant la réglementation, mais en modifiant la *Loi sur la concurrence*. Cette approche compromet le droit de la concurrence et ne facilite pas la concurrence. Par exemple, le gouvernement a modifié la *Loi sur la concurrence* pour réglementer l'industrie aérienne au moyen de pouvoirs d'interdiction, de sanctions pécuniaires et d'un arbitre des plaintes des consommateurs. Or, tous ces changements ne sauraient discipliner Air Canada comme le ferait un marché concurrentiel. En outre, une loi cadre comme la *Loi sur la concurrence* n'est pas un bon moyen de réglementer l'industrie.

Il y en a qui croient qu'il faut protéger certaines industries contre la propriété ou l'ingérence étrangère, mais à quel prix pour le consommateur canadien? Le Programme énergétique national n'avait aucun sens pour l'industrie pétrolière canadienne et l'Alliance canadienne estime que la propriété canadienne obligatoire n'est pas avantageuse pour d'autres industries. Même si on pouvait corriger complètement la situation au moyen de la *Loi sur la concurrence*, ce qui est douteux, il en coûterait certainement plus cher que de laisser le marché arriver au même résultat.

Ces dernières années, le Commissaire à la concurrence a approuvé des fusions de grande envergure dans les secteurs du transport aérien et de la librairie de détail sous réserve que certains actifs soient vendus. Dans les deux cas, les délais ont expiré sans que des acheteurs se manifestent à cause des règles gouvernementales en matière de propriété nationale. Il en a résulté que, dans les deux secteurs, le monopole s'est concentré et le choix du consommateur s'est rétréci.

L'Alliance canadienne recommande donc :

Que le gouvernement libéral et le ministre de l'Industrie fasse de la concurrence entre les entreprises l'une de ses grandes priorités en faisant un effort concerté pour réduire la réglementation et l'intervention gouvernementale dans le marché.

Chapitre 3 — Les lenteurs du Tribunal de la concurrence

Le chapitre 3 tente d'apporter des solutions aux difficultés du Tribunal de la concurrence. L'Alliance canadienne attire l'attention sur les retards indus qu'il met à rendre ses décisions finales. Le recours en abus de position dominante engagé contre Air Canada par WestJet et la société Canada 3000 (CanJet) aujourd'hui liquidée est certainement un cas où justice différée équivaut à justice refusée. Alors que cette

affaire va déterminer en partie l'avenir de l'industrie aérienne canadienne, Air Canada a réussi à obtenir du tribunal deux ajournements de six mois. À l'heure actuelle, l'affaire doit être reprise à l'automne 2002, soit deux années entières après que le solde de places d'Air Canada en litige a eu lieu.

L'Alliance canadienne trouve ces développements très préoccupants. Non seulement Air Canada n'a toujours pas rendu compte de ses actions, mais la clarté dont on a tant besoin dans les règles de la concurrence doit encore se faire attendre. L'ambiguïté qui continue de régner décourage l'entrée de concurrents dans l'industrie. À cause des lenteurs du processus, il est très difficile d'inciter les gens à investir dans de nouveaux transporteurs aériens de passagers.

L'Alliance canadienne recommande donc :

Que le Bureau de la concurrence augmente ses efforts pour entendre en temps utile les causes dont il est saisi.

Chapitre 8 — Intégration verticale de la vente au détail de pétrole et d'essence

Le chapitre 8 est particulièrement gênant parce que les experts convoqués dans le cadre de la préparation de ce rapport n'ont pas évoqué la relation entre les sociétés verticalement intégrées et leurs détaillants indépendants. En fait, ce chapitre est essentiellement fondé sur le point de vue d'une association et sur le témoignage qu'elle a rendu en octobre 2001 lorsqu'elle a comparu devant le Comité avant l'étude du projet de loi C-23.

L'inclusion de cette question dans le rapport du Comité met en relief la tendance du gouvernement libéral à politiser le droit et la politique de concurrence.

Selon les députés qui représentent l'Alliance canadienne au sein du Comité, la recommandation portant de clarifier les lignes directrices du Bureau concernant l'article 75 n'est pas constructive. Il y a des cas où les méthodes de répartition en cas de pénurie s'imposent et les détaillants ne devraient pas pouvoir utiliser l'accès privé pour optimiser leurs contrats. L'Alliance canadienne croit que la *Loi sur la concurrence* ne devrait pas interférer avec le droit des contrats et qu'il vaudrait mieux traiter les plaintes de ce genre aux termes de l'article 79 (abus de position dominante).

Opinion dissidente du NPD

Bev Desjarlais, députée de Churchill et porte-parole du NPD en matière d'industrie

Introduction

Le rapport majoritaire concerne exclusivement la rectification de l'actuelle législation sur la concurrence et il contient des recommandations à ce sujet. Toutefois, le Comité a négligé de reconnaître que cette législation, si importante soit-elle, ne constitue pas à elle seule l'alpha et l'oméga de la politique de concurrence.

Établi selon une optique étroite, le rapport majoritaire ne traite pas des effets que peuvent avoir les autres politiques gouvernementales sur le cadre général de la concurrence au Canada. Les mesures de replâtrage qu'il recommande n'auront guère de conséquences si rien n'est fait pour modifier les grandes politiques publiques qui contrecarrent la concurrence.

Les avantages sociaux des marchés concurrentiels

Soulignons d'abord que le NPD favorise l'établissement d'un marché concurrentiel, lequel en lui-même constitue un bien social essentiel. L'histoire du XX^e siècle a démontré sans l'ombre d'un doute que l'économie fondée sur un marché concurrentiel, plus que toute autre formule à tendance contraire, procure aux gens une vie meilleure, plus prospère, plus aisée et plus épanouissante. Le marché concurrentiel maximise la prospérité en favorisant l'esprit d'entreprise et l'efficacité, et en offrant aux consommateurs un choix plus vaste.

Le Parti libéral et les autres partis de droite ne cessent de parler des avantages de l'économie de marché. Malheureusement, ces paroles ne sont rien d'autre qu'un écran de fumée derrière lequel se dissimulent des politiques qui faussent les marchés et favorisent les monopoles, au détriment de la concurrence.

La concurrence parfaite

Il devrait être inutile de dire que la concurrence est le fondement de tout marché fonctionnant correctement. Les économistes mesurent la compétitivité des marchés au regard d'un modèle idéal de concurrence parfaite. Une concurrence parfaite supposerait : 1) que les acheteurs et les vendeurs disposent de tous les renseignements dont ils ont besoin pour faire des choix éclairés; 2) que le nombre

d'acheteurs et de vendeurs soit suffisant pour empêcher qu'un seul acteur influence le marché; 3) que les produits soient homogènes; 4) qu'il n'existe pas d'obstacles à l'accès aux marchés; et 5) que les facteurs de production soient parfaitement mobiles.

Éliminer la distorsion

Dans la vie réelle, aucun marché ne réunit les conditions idéales d'une concurrence parfaite. Tout facteur qui joue à l'encontre de l'une des cinq hypothèses ci-dessus entraîne une distorsion. Moins il y a de distorsions dans un marché, plus ses retombées profitent à la société. Inversement, lorsque les marchés sont faussés, les avantages de la concurrence s'en trouvent réduits ou annulés. Par conséquent, l'objet de la politique de concurrence de notre gouvernement devrait être d'éliminer ou d'atténuer les distorsions.

La réglementation comme outil de lutte contre la distorsion, ou comment la droite fausse la concurrence

La droite politique a créé au sujet des marchés une fausse mythologie, qui consiste à dire que toute réglementation gouvernementale est par définition synonyme de distorsion. Il s'ensuit que le fait de retrancher un règlement équivaut à supprimer une distorsion et à rapprocher la situation du marché de la concurrence parfaite. Le gouvernement libéral utilise cette idéologie pour justifier toutes les déréglementations possibles.

Le problème de ce raisonnement est que la réglementation n'équivaut pas, par définition, à une distorsion du marché. Cela arrive parfois, mais la plupart des règlements ont pour effet réel de promouvoir la concurrence en réduisant les distorsions et donc en rendant les marchés plus concurrentiels. La raison en est que, dans le monde réel, les distorsions sont inhérentes aux marchés. Une bonne réglementation peut les éliminer ou les atténuer et rendre les marchés plus concurrentiels.

La vie réelle face à l'idéologie, ou les échecs répétés de la déréglementation

Faute d'une réglementation suffisante pour éliminer ou atténuer les distorsions, de nombreux marchés deviennent inévitablement, dans une mesure plus ou moins grande, anticoncurrentiels et inefficients, tout en offrant moins de choix au consommateur. Les types de marché qui sont susceptibles d'être ainsi affectés sont ceux qui, structurellement, sont les plus éloignés de l'idéal de la concurrence parfaite. Plus le marché comporte de distorsions dans son état non réglementé, plus il est anticoncurrentiel en l'absence de réglementation corrective.

D'après notre expérience de la déréglementation en Amérique du Nord, les marchés dans lesquels il existe de lourds obstacles à l'accès et un nombre limité de vendeurs sont ceux qui connaissent le plus grand nombre d'échecs au moment d'une déréglementation. Citons comme exemple le transport aérien, l'électricité et les soins de santé.

L'industrie canadienne du transport aérien est un exemple frappant de secteur où la déréglementation par le gouvernement a accentué les distorsions et entraîné le monopole d'une seule ligne aérienne. Pourquoi? Parce que, structurellement, cette industrie est très éloignée de l'idéal de concurrence parfaite qui, faute de règlements correctifs, tend rapidement à l'élimination de la concurrence. Les obstacles à l'accès y sont énormes et le nombre de vendeurs est beaucoup trop faible pour empêcher la manipulation. Pour le consommateur, la déréglementation a abouti à une élimination du choix et à des tarifs plus élevés, c'est-à-dire le contraire de ce que le gouvernement avait promis lorsqu'il a déréglementé l'industrie.

Les secteurs de l'électricité et de la santé ont connu des résultats négatifs comparables. Les gouvernements qui ont déréglementé les marchés de l'électricité, comme ceux de la Californie et de l'Alberta, ont assisté à une manipulation monopolistique des prix et, dans le cas de la Californie, à une manipulation délibérée des approvisionnements énergétiques, qui a entraîné des coupures d'électricité.

Le système de soins de santé américain, censément fondé sur la liberté du marché, est en fait notoirement moins efficient que le système canadien, fortement réglementé. De plus, le système américain comporte une forte intrusion dans les décisions médicales personnelles. Les assureurs privés trouvent souvent à redire sur les traitements choisis et empêchent les patients américains de changer de médecin. Aussi, le système de santé très réglementé du Canada réussit-il mieux à offrir les avantages de la concurrence (plus d'efficacité et de choix) que le régime américain, moins réglementé.

Lorsqu'ils sont confrontés aux échecs de leur mythologie dans la vie réelle, le gouvernement fédéral et les autres entités de la droite politique répondent par une tautologie qui sert leurs desseins. Chaque fois que la déréglementation échoue, ils affirment simplement qu'ils n'ont pas assez déréglementé et se servent de cet argument pour justifier une déréglementation encore plus poussée, qui fausse le marché davantage. Ce refus ou cette inaptitude à se rendre compte du moment où la dure réalité contredit la théorie est un comportement idéologique classique.

Comment la réglementation favorise la concurrence

Tous les marchés comportent des distorsions inhérentes qui réduisent ou annulent les avantages de la concurrence. Les économistes reconnaissent que la concurrence parfaite est un idéal impossible à atteindre. La réglementation favorise la concurrence en éliminant ou en réduisant les distorsions des marchés.

Il suffit de se rendre dans un magasin d'alimentation pour constater que la réglementation élimine la distorsion. Le gouvernement impose des règlements d'étiquetage très sévères pour la plupart des produits alimentaires, afin que les consommateurs puissent disposer des renseignements nécessaires sur les facteurs nutritionnels et le prix par unité de chaque article. Or, l'information du consommateur constitue l'une des conditions de la concurrence parfaite. Ces règlements éliminent donc une distorsion et aident le marché à mieux fonctionner. Le monde est plein d'exemples analogues de règlements qui accélèrent les échanges, comme les ceux sur les poids et mesures ou encore les normes et les règles d'étiquetage applicables à d'autres produits, par exemple les textiles et les biens de consommation durables.

Les règlements peuvent également atténuer les distorsions en réduisant leurs effets nocifs sur la concurrence. Revenons à l'exemple de l'industrie aérienne. Aucun règlement ne pourra supprimer les obstacles à l'accès que sont les coûts prohibitifs de démarrage et les limites imposées par les infrastructures d'appui, comme les aéroports et les ressources consacrées au contrôle de la circulation aérienne. Toutefois, des règlements plus efficaces, qui empêcheraient la société en position de monopole, en l'occurrence Air Canada, d'utiliser sa position dominante pour éliminer systématiquement toute concurrence, pourraient au moins atténuer ces distorsions inhérentes.

Le Nouveau Parti démocratique : Une nouvelle vision de la concurrence

Les néo-démocrates du Canada proposent une nouvelle approche de la politique de concurrence, qui commence par l'affirmation que le gouvernement a un rôle positif à jouer dans la promotion de la concurrence, en éliminant et en atténuant les distorsions du marché. Cela signifierait que l'on abandonne la mythologie dominante, selon laquelle une réglementation de l'État entraîne automatiquement des distorsions.

S'il est vrai que le NPD ne s'oppose pas aux changements mineurs préconisés dans le rapport majoritaire, il considère néanmoins ces mesures comme insuffisantes, à cause de l'étroitesse du point de vue dont elle découlent. Le document n'aborde pas, par exemple, le rôle que les droits des consommateurs jouent dans la politique de concurrence. Tout marché concurrentiel sain suppose nécessairement des consommateurs bien informés. C'est une autre condition de la concurrence parfaite. Pourtant, le gouvernement libéral continue de faire fi des demandes croissantes du public pour que davantage de renseignements figurent sur les étiquettes des produits de consommation.

Les néo-démocrates sont depuis longtemps aux premières lignes des campagnes qui réclament l'étiquetage obligatoire des aliments génétiquement modifiés et la modification de la *Loi sur l'étiquetage des textiles* de manière à ce que les consommateurs canadiens sachent si les vêtements qu'ils achètent ont été produits par des enfants travailleurs dans le tiers monde. En refusant de mettre ces données à la

disposition des consommateurs, le gouvernement libéral soutient délibérément les distorsions créées par le manque d'information. Ce faisant, il contredit son affirmation de soutien en faveur du marché concurrentiel et laisse voir ses intentions réelles, à savoir protéger les sociétés qui occupent actuellement une position dominante sur le marché, au détriment des nouveaux entrepreneurs et des concurrents qui offriraient au public un meilleur choix.

L'étiquetage n'est qu'un exemple de la façon dont l'antipathie du gouvernement libéral pour la réglementation, une antipathie issue de son idéologie, réduit la concurrence et le choix. On pourrait aussi citer son empressement à déréglementer des industries, comme celle des transports aériens, qui comportent des distorsions structurelles majeures et qui exigent une réglementation pour empêcher les monopoles naturels de s'installer. Le résultat de cette tendance à « tout déréglementer » est une concurrence moindre et donc de l'inefficience, un choix moindre et des prix plus élevés pour les consommateurs. Les seules à y gagner sont les sociétés qui dominent déjà le marché et qui peuvent librement profiter de leur emprise. Les perdants sont les consommateurs, les entreprises plus petites et plus récentes, les entrepreneurs et la société en général, qui y perdent les avantages d'une économie dynamique et novatrice auxquels ils devraient pouvoir s'attendre.

Lorsque le NPD remet en cause le refus idéologique du gouvernement libéral de promouvoir la concurrence dans l'économie, celui-ci lui répond généralement par des accusations non fondées, selon lesquelles le NPD serait l'ennemi du commerce et de l'entreprise. Rien n'est plus loin de la vérité. Nous ne réclamons pas une intervention massive du gouvernement dans l'économie, mais bien une méthode équilibrée axée sur la promotion de marchés concurrentiels sains. De fait, les véritables ennemis de l'entreprise sont les politiques anticoncurrentielles du gouvernement qui favorisent et protègent les monopoles inefficients, trompent les consommateurs et chassent l'innovation de l'économie en bloquant la concurrence émanant des entreprises plus récentes, plus petites et plus dynamiques.

PROCÈS-VERBAL

Le lundi 9 avril 2002
(Séance n^o 74)

Le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie se réunit aujourd'hui à huis clos, à 9 h 15, dans la salle 308 de l'édifice de l'ouest, sous la présidence de Walt Lastewka, président.

Membres du Comité présents: Larry Bagnell, Stéphane Bergeron, Walt Lastewka, Serge Marcil, Dan McTeague, James Rajotte, Andy Savoy et Paddy Torsney.

Membre substitut présent: Cheryl Gallant pour Charlie Penson.

Aussi présent: De la Bibliothèque du Parlement: Dan Shaw et Geoffrey P. Kieley, attachés de recherche.

Conformément au mandat que lui confère l'article 108(2), le comité poursuit son étude de la Loi et politiques sur la concurrence (*Voir le procès-verbal du mardi 4 décembre 2001, séance n^o 59*).

Il est convenu, — Que, conformément à l'article 109 du Règlement, le Comité demande que le gouvernement dépose une réponse globale à son rapport dans les cent-cinquante (150) jours.

Il est convenu, — Que le président soit autorisé à apporter, au besoin, des corrections d'ordre typographique ou des révisions sans modifier la substance du projet de rapport à la Chambre.

Il est convenu, — Que le projet de rapport (tel que modifié) soit adopté.

ORDONNÉ, — Que le président dépose le rapport (tel que modifié) à la Chambre dans les plus brefs délais.

Il est convenu, — Qu'en surplus des 550 exemplaires imprimés par la Chambre, 1000 exemplaires du rapport soient imprimés en format tête-bêche.

Il est convenu, — Qu'un communiqué de presse soit émit.

Il est convenu, — Qu'une conférence de presse ait lieu suite à la présentation du rapport.

Il est convenu, — Que le Comité exprime son appréciation pour le professionnalisme et l'excellent travail de Daniel Shaw et Geoffrey Kieley, attachés de recherche,

Bibliothèque du Parlement et de Normand Radford, greffier, Direction des Comités.

À 11 h 00, le Comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

Le greffier du comité

Normand Radford