

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ AU
GROUPE D'ÉTUDE SUR LES POLITIQUES
EN MATIÈRE DE CONCURRENCE**

**PAR
LA COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE**

BUREAU DE LA CONCURRENCE

LE 11 JANVIER 2008

Sommaire

La commissaire de la concurrence est heureuse de présenter ce mémoire au sujet des questions soulevées dans le document de consultation publié le 30 octobre 2007 par le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence et intitulé *Investir dans la position concurrentielle du Canada*.

Comme nous l'expliquons en détail plus loin, une multitude de données montrent qu'il existe un lien étroit entre, d'une part, la croissance économique et, d'autre part, l'ouverture et la compétitivité des marchés d'un pays, et que la concurrence est un élément important à l'origine de l'innovation, de la productivité et de la prospérité. Le Canada a connu beaucoup de succès au cours des 20 dernières années grâce à la privatisation, au libre-échange et à la déréglementation en misant davantage sur la concurrence et les forces du marché pour stimuler son économie.

La *Loi sur la concurrence* (la *Loi*) est un instrument crucial de la politique canadienne de la concurrence. Toutefois, elle s'inscrit dans un vaste cadre législatif, stratégique et réglementaire qui influe sur la compétitivité des entreprises canadiennes et la performance globale de l'économie nationale. La politique fiscale, les obstacles au commerce interprovincial, les restrictions à l'investissement, les programmes d'aide sectoriels ou industriels et la limitation du marché revêtent une importance tout aussi cruciale.

Bien que certaines modifications permettraient d'améliorer l'efficacité de la *Loi* pour ce qui est d'assurer une protection contre les pratiques anticoncurrentielles et les restrictions au commerce, dans l'ensemble, cette loi est reconnue en tant qu'instrument moderne et flexible de calibre mondial.

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* régissant les fusions imposent explicitement un équilibre entre les gains en efficacité découlant d'une fusion et l'empêchement ou la diminution substantielle de la concurrence. L'exception d'efficacité explicite reconnaît que, dans certains cas, les entreprises doivent parfois fusionner pour atteindre la taille nécessaire afin de rentabiliser leur exploitation et de soutenir la concurrence sur les marchés internationaux. Cependant, il est possible que la position dominante des entreprises sur le marché intérieur ne présente aucun avantage pour celles qui souhaitent soutenir la concurrence sur les marchés mondiaux. Au contraire, d'après certaines données, les entreprises qui font face à une vive concurrence dans leur propre pays auraient de meilleures chances de devenir compétitives sur la scène internationale.

Les orientations stratégiques recommandées par le Groupe d'étude devraient viser à soutenir la tendance en faveur de la libre concurrence et à éviter de revenir au protectionnisme et à une réglementation économique qui freineraient l'innovation et la productivité au détriment des entreprises et des consommateurs canadiens.

Recommandations

Le gouvernement du Canada devrait examiner l'incidence de ses propres lois et règlements sur la compétitivité du pays. Bien que les gouvernements aient des raisons légitimes d'intervenir dans l'économie, les décideurs devraient être tenus de cerner l'effet de ce genre de politiques sur la concurrence et d'en peser le pour et le contre. Cette démarche, déjà utilisée en Australie, vise à favoriser chez les responsables de l'élaboration des politiques une culture qui favorise le recours aux forces du marché plutôt qu'à la réglementation. Ainsi :

1. Le gouvernement du Canada devrait créer un mécanisme d'évaluation indépendant pour examiner et mettre en évidence les effets des nouvelles lois et politiques proposées sur la concurrence. Ce mécanisme aiderait les législateurs et les responsables de l'élaboration des politiques à trouver des solutions de rechange qui misent avant tout sur l'ouverture des marchés et limitent la concurrence le moins possible et uniquement lorsque cela est nécessaire.

Le Groupe d'étude devrait recommander de réduire ou d'éliminer les restrictions à la propriété étrangère dans les secteurs essentiels à l'économie, par exemple les télécommunications, le transport aérien et les services financiers. Plus précisément :

2. À tout le moins, le gouvernement du Canada devrait faire passer de 25 p. 100 à 49 p. 100 les restrictions à la propriété étrangère pour les transporteurs aériens canadiens exerçant leurs activités sur les marchés internationaux et transfrontaliers conformément aux accords bilatéraux sur le transport aérien et créer une nouvelle catégorie de titulaires de licence en vertu de la *Loi sur les transports au Canada* pour permettre la participation étrangère à 100 p. 100 des entreprises qui transportent des passagers et des marchandises uniquement sur le territoire canadien.
3. Il devrait éliminer les restrictions à la propriété étrangère sur le marché des télécommunications.

Le Groupe d'étude devrait appuyer les recommandations formulées dans le rapport de 2002 du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes et celles de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) concernant les modifications à la *Loi sur la concurrence*, afin que celle-ci demeure conforme aux pratiques exemplaires internationales. Plus précisément :

4. Le gouvernement devrait : restreindre les dispositions criminelles contre les cartels pour donner l'assurance qu'elles s'appliquent uniquement aux comportements flagrants et qu'elles n'empêchent pas les alliances ou arrangements entre entreprises qui peuvent se révéler bénéfiques; révoquer les dispositions criminelles sur les prix abusifs et la discrimination par le prix, afin que ces agissements soient considérés comme des pratiques susceptibles d'examen aux termes des dispositions civiles de la *Loi* seulement; mettre en place des mesures efficaces, par exemple, des sanctions administratives pécuniaires ou l'extension des droits privés d'action pour l'application de la *Loi*; éliminer

dans la mesure du possible, les dispositions et exclusions propres à certaines industries pour revenir à une loi d'application générale.

Introduction

Le mandat du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence (« le Groupe d'étude »), qui consiste à améliorer la productivité et la compétitivité du Canada, est à la fois opportun et important. Comme le gouvernement l'a reconnu dans *Avantage Canada*, une concurrence vigoureuse reposant sur les principes du libre marché donne lieu à une économie plus résiliente qui sait mieux s'adapter et qui offre aux Canadiens des emplois plus nombreux et de meilleure qualité, des prix moins élevés, des produits novateurs, un choix plus varié ainsi qu'une qualité et des services améliorés¹.

La *Loi sur la concurrence* (la « *Loi* ») est un instrument crucial de la politique canadienne de la concurrence, mais elle s'inscrit dans un vaste cadre législatif, stratégique et réglementaire qui influe sur la compétitivité des entreprises canadiennes et la performance globale de l'économie nationale. La politique fiscale, les obstacles au commerce interprovincial, les restrictions à l'investissement, les programmes d'aide sectoriels ou industriels ainsi que la limitation réglementaire ou législative du marché revêtent une importance tout aussi cruciale. La plupart de nos principaux partenaires commerciaux ont déjà mis en œuvre de vastes réformes pour mettre en évidence et, dans la mesure du possible, éliminer les obstacles à la concurrence, qu'ils soient imposés par le secteur privé ou le gouvernement. Il est essentiel que le Canada s'engage dans une démarche similaire.

Pour accroître la prospérité des Canadiens, le Canada doit continuer de favoriser des conditions propres à stimuler le progrès technologique et à renforcer l'efficience. La grande majorité des recherches récentes dans le domaine économique et commercial montrent que la productivité — concept qui combine l'efficience et des mesures de la production — explique pourquoi certains pays prospèrent alors que d'autres demeurent pauvres². Mais ces travaux conduisent aussi à une autre conclusion, qui passe parfois inaperçue : une concurrence vigoureuse est le principal élément moteur de la croissance de la productivité. Comme l'a énoncé Andrew Sharpe, du Centre canadien d'étude des niveaux de vie, « une multitude de données montrent que les marchés libres et concurrentiels stimulent l'innovation et la productivité³ ». Le Bureau de la concurrence (« le Bureau ») estime que le lien entre la concurrence et la productivité doit constituer le principe directeur du Groupe d'étude dans la recherche d'options stratégiques pour assurer la productivité de l'économie canadienne.

L'examen mené par le Groupe d'étude coïncide avec une période d'activité et de changement formidables dans la politique de la concurrence mondiale. Il y a moins d'une génération, les pays ne s'entendaient pas sur le rôle que la concurrence doit jouer au sein de l'économie. Par suite de la chute du mur de Berlin en 1989, de nombreuses économies dirigées ont été transformées en économies de marché. En Europe centrale et en Europe de l'Est, en Amérique latine et en Asie, la privatisation et la démonopolisation ont été accompagnées par l'adoption de lois destinées à favoriser et à maintenir la concurrence, de nombreux pays sollicitant alors l'aide de pays industrialisés comme le Canada. L'économie mondiale — tout comme la place que notre pays y occupe — continuera d'évoluer à un rythme rapide. Les accords commerciaux ouvrent les marchés nationaux, tandis que les investissements mondiaux atteignent des niveaux sans

précédent. Les affaires se mondialisent et la production est de plus centrée sur les chaînes de valeur mondiales.

Le Canada a accompli des progrès appréciables pour ce qui est de miser davantage sur la concurrence et les forces du marché en adoptant des politiques qui favorisent la privatisation, le libre-échange et la déréglementation. Ces politiques ont permis la création d'une économie plus résiliente et prospère et qui sait s'adapter, ce qui profite aux consommateurs canadiens tout en créant des possibilités pour les entreprises du pays. Le Bureau reconnaît que les gouvernements doivent atteindre des objectifs plus vastes en matière de politique sociale, mais le Canada doit résister à l'adoption de politiques qui soustraient les industries canadiennes à la concurrence. Il faut plutôt mettre au jour les obstacles à la concurrence (qu'ils soient imposés par le secteur privé ou le gouvernement), les évaluer et, dans la mesure du possible, les éliminer. Le gouvernement l'a d'ailleurs reconnu dans *Avantage Canada* en précisant : « Au Canada, nous devons nous assurer de posséder une réglementation solide et efficace pour protéger la population et accroître notre qualité de vie tout en minimisant les règlements inutiles ou ceux qui désavantagent sensiblement le Canada au plan de la concurrence ⁴. »

La commissaire de la concurrence (« la commissaire ») est ravie de transmettre le présent document au Groupe d'étude. La partie I de cette présentation met l'accent sur les questions posées par le Groupe d'étude qui se rapportent directement au mandat du Bureau inhérent à l'administration et à l'application de la *Loi sur la concurrence*. La partie II aborde les régimes sectoriels d'investissement et la partie III analyse des mesures supplémentaires qui permettraient, d'après le Bureau, de miser davantage sur la concurrence pour améliorer la productivité de l'économie canadienne et le bien-être économique national.

PARTIE I — La Loi sur la concurrence

De quelle façon la politique en matière de concurrence du Canada influe-t-elle sur la compétitivité du pays dans un climat de mondialisation et de libre-échange?

La meilleure façon d'aider à maximiser la prospérité de notre société consiste à protéger la concurrence ainsi que le processus concurrentiel, et non pas les concurrents. La *Loi sur la concurrence* vise deux grands objectifs, à savoir stimuler l'efficacité et l'adaptabilité de l'économie canadienne et améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux⁵.

La *Loi sur la concurrence* vise à maintenir et à favoriser la concurrence au Canada, protégeant ainsi les Canadiens contre les préjudices attribuables aux politiques ou aux agissements anticoncurrentiels. À cette fin, elle interdit notamment les complots visant à empêcher ou à diminuer indûment la concurrence ainsi que l'abus de position dominante et les fusions qui empêchent ou diminuent considérablement la concurrence. La *Loi* permet au commissaire d'intervenir auprès des décideurs gouvernementaux, notamment les organismes de réglementation, les commissions ou les tribunaux, en faveur des forces du marché et du retrait des obstacles gouvernementaux qui peuvent nuire à la concurrence.

Le recours aux forces du marché constitue le meilleur moyen de créer une économie vigoureuse et résiliente qui sait s'adapter. L'intervention du gouvernement et la réglementation au sein de l'économie constituent une option beaucoup moins intéressante que la concurrence. L'Institute for Competitiveness and Prosperity de l'Ontario a récemment affirmé :

La politique publique doit aussi viser à créer une pression accrue sur les entreprises. Quelle que soit l'ampleur de l'appui gouvernemental en faveur de l'innovation, les entreprises innoveront uniquement dans la mesure où les pressions exercées par leurs clients et concurrents les y poussent⁶.

Il a repris le même thème en 2007 :

L'intensification des pressions concurrentielles exercées sur nos entreprises et leurs dirigeants constitue un élément important d'un programme d'action visant à réaliser notre potentiel de prospérité. Les entreprises ont besoin d'un environnement porteur où l'État finance l'infrastructure, la recherche, la formation des travailleurs et d'autres programmes. Outre cet appui, il faut une pression exercée par des clients très avertis et des rivaux redoutables. La pression concurrentielle stimule l'innovation, la prise de risques et les stratégies d'expansion — la meilleure défense est une bonne attaque⁷.

Le directeur fondateur du McKinsey Global Institute, William Lewis, a abordé les mêmes questions dans son livre qui résume les résultats d'un projet de recherche d'une durée de 12 ans, soit de 1991 à 2003. L'étude avait pour but de déterminer pourquoi certains pays demeurent pauvres, malgré les milliards de dollars reçus en aide, alors que d'autres réussissent et continuent à faire prospérer leur économie. Il a fait remarquer :

C'est grâce à la concurrence que les entreprises les plus productives l'emportent. La productivité augmente à mesure qu'un nombre croissant d'entreprises productives prennent de l'expansion et ravissent une part de marché à celles qui le sont moins. Certaines entreprises peu productives cessent leurs activités, tandis que d'autres réagissent à la pression concurrentielle et améliorent leur productivité. D'une façon ou de l'autre, la productivité globale s'accroît⁸.

En fin de compte, Lewis conclut que la politique de la concurrence explique pourquoi certains pays sont particulièrement productifs, car elle influe sur la mesure dans laquelle une culture de concurrence s'installe, non seulement dans les marchés mondiaux, mais aussi dans les petits marchés intérieurs.

Quelles modifications au régime de la concurrence du Canada amélioreraient la compétitivité des entreprises canadiennes dans une économie mondiale? Quelles pratiques exemplaires internationales pourraient, si adoptées, renforcer la compétitivité du Canada en tant que lieu privilégié pour les investissements étrangers?

En 1986, les dispositions de l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ont été considérablement remaniées et modernisées grâce à l'adoption de la *Loi sur la concurrence*. Depuis, la *Loi* a fait l'objet de plusieurs mises à jour et améliorations. Elle a également été soumise à plusieurs examens, notamment deux examens par l'Organisation de coopération et de

développement économiques (OCDE) au cours des cinq dernières années⁹ et un examen par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes en 2002. Le rapport du Comité, intitulé *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, précise que la *Loi* constitue un instrument économique judicieux témoignant d'une analyse économique moderne, bien qu'il puisse être « souhaitable de la remanier légèrement »¹⁰. Les responsables de l'examen effectué par l'OCDE en 2005 ont jugé que la politique de la concurrence du Canada continue d'évoluer rapidement et que la loi sur la concurrence est appelée à jouer un rôle accru en remplacement d'une réglementation.

Ces examens ont permis de conclure que la *Loi* est fondamentalement appropriée et qu'elle ne nécessite aucune réforme majeure, mais les deux organismes ont signalé certains aspects que l'on pourrait améliorer pour refléter le courant de pensée actuel en économie et les pratiques exemplaires en ce qui concerne l'application de la législation en matière de concurrence sur la scène internationale. À cet égard, le Groupe d'étude souhaitera peut-être se pencher sur les recommandations suivantes formulées par le Comité permanent et l'OCDE :

1. Restreindre les dispositions criminelles contre les cartels pour donner l'assurance qu'elles s'appliquent uniquement aux comportements anticoncurrentiels flagrants, par exemple, la concertation sur les prix, et qu'elle n'empêche pas les alliances ou arrangements entre entreprises qui entraînent des gains en efficacité ou ont une incidence négligeable sur la concurrence.
2. Harmoniser les dispositions de la *Loi* sur les prix avec le courant de pensée actuel en matière d'économie en abrogeant les dispositions criminelles à cet égard (prix abusifs, discrimination par le prix et prime d'incitation à caractère discriminatoire) et miser sur les dispositions civiles actuelles concernant l'abus de position dominante pour régler ces pratiques lorsqu'elles nuisent sensiblement à la concurrence.
3. Remédier au manque de dispositions efficaces pour lutter contre l'abus de position dominante soit en conférant au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'imposer des conséquences financières, soit en permettant aux parties privées d'avoir accès au Tribunal de la concurrence dans les cas d'abus de la position dominante et en conférant au Tribunal le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts.
4. Faire en sorte que la *Loi sur la concurrence* redevienne, dans la mesure du possible à une loi générale d'application générale, par exemple, en abolissant les dispositions propres à l'industrie du transport aérien.

Tout en estimant que le Groupe d'étude devrait se pencher sur chacun de ces aspects, le Bureau est convaincu qu'une recommandation visant la réforme de l'article 45 (disposition sur le complot ou disposition anticartel) est la proposition de réforme la plus importante pouvant être faite à ce moment-ci. Il faut que la disposition sur le complot soit plus clairement définie de manière à offrir un certain niveau de certitude aux entreprises, ce qui les aidera à conclure des alliances stratégiques et à mieux soutenir la concurrence mondiale.

Article 45 – Les arguments en faveur de la réforme

Dans l'économie mondiale d'aujourd'hui, il est devenu de plus en plus clair que les lois ou les règlements visant à examiner les collaborations entre entreprises concurrentes doivent pouvoir efficacement empêcher ou interdire les agissements de cartels préjudiciables, tout en demeurant assez souples pour permettre aux entreprises de conclure des alliances stratégiques qui peuvent s'avérer bénéfiques. Toutefois, les dispositions canadiennes actuelles contre les cartels ne sont pas efficaces pour ce qui est d'empêcher certains cas flagrants d'ententes injustifiables et elles ne sont pas assez circonscrites pour éviter de freiner la formation d'alliances entre entreprises susceptibles de se révéler bénéfiques. Malgré leur importance cruciale en tant que dispositions maîtresses de la *Loi sur la concurrence* et leurs lacunes manifestes, les dispositions canadiennes contre les cartels n'ont pratiquement pas changé depuis 1889.

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* contre les complots ou les cartels (article 45) visent à protéger les entreprises et les consommateurs canadiens contre les préjudices graves causés par les cartels de concertation sur les prix et d'autres ententes injustifiables entre concurrents qui réduisent la concurrence, par exemple, les accords de répartition des marchés ou de limitation de la production. Ce type de cartel, presque toujours occulte, est considéré comme « l'antithèse de la libre concurrence » qui « déchire le tissu économique de notre société¹¹ ». Les études et le nombre de poursuites intentées dans différents pays montrent que les cartels sont plus répandus et plus préjudiciables qu'on le croyait auparavant¹². Certaines études donnent à penser que les montants payés en trop dans les récentes causes de cartel (c'est-à-dire le montant des prix exigés par le cartel qui dépasse les prix qui auraient été demandés sur un marché libre de complots) représentent 40 p. 100 et que leur valeur médiane s'établit à 25 p. 100¹³.

Les ententes injustifiables, au pays et à l'échelle internationale, constituent la grande priorité du Bureau de la concurrence en ce qui a trait à l'application des dispositions antitrust. Ces agissements visent essentiellement à limiter la concurrence qui stimule l'efficacité, la productivité et une croissance économique soutenue. En complotant pour se soustraire à la concurrence, les membres d'un cartel peuvent contraindre les entreprises et les consommateurs canadiens à payer un prix plus élevé et les priver du choix de produits novateurs et d'autres avantages de la concurrence, ce qui fait en sorte que les entreprises canadiennes ont plus de difficulté à rivaliser sur les marchés intérieurs et étrangers. La plupart des pays reconnaissent que les cartels constituent « la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et lèsent les consommateurs dans un grand nombre de pays en augmentant les prix et en limitant la production, des biens et services étant alors totalement indisponibles pour certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autres¹⁴ ». En 1998, l'OCDE a recommandé que le gouvernement des États membres interdise les ententes injustifiables (cartels n'ayant aucune valeur compensatoire sociale compensatoire), à savoir les accords de concertation sur les prix, le truquage des offres, de répartition des marchés et de limitation de la production¹⁵.

Les cartels nuisent manifestement aux clients des entreprises, aux consommateurs et à l'économie dans son ensemble, mais cela ne signifie pas que toutes les ententes entre concurrents sont nécessairement préjudiciables. Dans *Competition and Innovation in a Flat World*, Thomas Friedman montre que la technologie, les nouveaux concurrents internationaux, les progrès dans

le domaine du transport et les cadres commerciaux internationaux ont réduit la taille du monde que nous avons déjà connu, composé d'économies distantes et distinctes. Il décrit avec justesse cette transformation comme une triple convergence : « de nouveaux acteurs évoluant sur un nouveau terrain de jeu, qui élaborent de nouveaux processus et adoptent de nouvelles habitudes en matière de collaboration horizontale¹⁶ ». À cet égard, on reconnaît de plus en plus que les entreprises canadiennes devront peut-être conclure des alliances stratégiques ou établir d'autres formes de collaboration pour soutenir la concurrence de façon efficace et efficiente. Comme le reconnaît la Federal Trade Commission des États-Unis, « les forces concurrentielles incitent les entreprises à établir des collaborations complexes pour atteindre leurs objectifs, par exemple, conquérir des marchés étrangers, financer des efforts d'innovation coûteux et réduire les coûts, notamment ceux de production¹⁷ ». De même, la Commission européenne a affirmé :

« une coopération horizontale peut aussi produire des avantages économiques substantiels. Les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. La coopération peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. Pour les petites et moyennes entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés¹⁸. »

Plusieurs observateurs reconnaissent qu'une modernisation de l'article 45 s'impose¹⁹. Ils signalent que ces dispositions ont une portée trop grande, car elles font en sorte que toutes les alliances stratégiques et les autres collaborations entre entreprises risquent d'entraîner des sanctions criminelles, même celles qui peuvent améliorer le bien-être économique. Par ailleurs, même si le Canada interdit purement et simplement le truquage des offres, l'article 45 a une portée trop étroite, car il permet aux accords manifestement anticoncurrentiels tels que ceux sur la concertation sur les prix, le truquage des offres, la répartition des marchés et la limitation de la production d'échapper aux sanctions.

Trois aspects principaux se dégagent de la trop grande portée et de l'effet dissuasif de l'article 45. Premièrement, cet article peut s'appliquer à tous les types d'accords, notamment les accords entre clients et fournisseurs, les coentreprises et les alliances stratégiques qui autrement pourraient être bénéfiques. Deuxièmement, il peut exposer ces accords à de graves sanctions criminelles, notamment à une peine d'emprisonnement de cinq ans et à des amendes de 10 millions de dollars par chef d'accusation. Troisièmement, en déterminant si un accord devrait donner lieu à des sanctions criminelles, le tribunal ne peut prendre en compte le fait qu'il se traduira ou non par des gains en efficience dont bénéficieront les parties et l'économie canadienne²⁰.

C'est pourquoi l'article 45 peut dissuader les entreprises canadiennes de conclure des alliances stratégiques bénéfiques, par exemple, des collaborations propres à améliorer leur efficience et leur efficacité. Plusieurs observateurs ont soulevé des préoccupations concernant la portée excessive des dispositions sur les complots et leur effet dissuasif sur les alliances stratégiques. Par exemple, M. Tim Kennish, spécialiste canadien en droit de la concurrence, a affirmé :

L'article 45, qui adopte une approche relativement rigide et essentiellement structurelle pour déterminer si des accords horizontaux entre concurrents respectent la loi et ne prend guère en compte les gains en efficacité ni les effets proconcurrentiels, devrait avoir préséance pour déterminer la légalité de ce type d'ententes. Ce fait est maintenant plus évident que jamais. Quoiqu'il en soit, l'article 45 continue de s'appliquer dans ces situations et la perspective de s'exposer à des poursuites criminelles en vertu de cet article continue d'empêcher le plein établissement d'alliances stratégiques²¹.

Comme nous l'avons mentionné, l'article 45 sous sa forme actuelle a également une portée trop étroite, car il ne permet pas d'intenter des poursuites efficacement dans le cas d'accords manifestement anticoncurrentiels, appelés « ententes injustifiables ». Contrairement à nos principaux partenaires commerciaux, dont les États-Unis et l'Union européenne, les dispositions canadiennes s'appliquant aux complots exigent que l'État prouve « hors de tout doute raisonnable », conformément au principe du droit criminel, que même un accord entre les concurrents sur la concertation sur les prix diminue « indûment » la concurrence. Or, ce type de preuve oblige les tribunaux criminels à effectuer une analyse économique complexe. Ils doivent notamment déterminer le marché visé, les entraves à l'accès et le degré de concurrence résiduelle. Or, le contexte des tribunaux criminels se prête mal à la détermination de ces questions économiques complexes, qu'il est extrêmement difficile d'établir hors de tout doute raisonnable.

Dans son rapport de 2002, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a notamment recommandé que le Bureau accorde la priorité à la lutte contre les cartels et que l'on modifie les dispositions législatives s'appliquant aux ententes entre concurrents de manière à créer une méthode à deux volets (criminel ou civil)²². Le gouvernement a donné suite à cette recommandation en lançant une consultation sur les changements proposés à la *Loi*, notamment une proposition visant à modifier l'article 45. Certains intervenants étaient d'avis qu'aucune réforme n'était nécessaire, mais ceux en faveur de la réforme se sont montrés très favorables à une méthode à deux volets tout en précisant que des discussions, des analyses et des consultations supplémentaires s'imposaient. En 2005, le Bureau a mis sur pied un groupe de travail externe composé d'avocats, d'économistes et d'universitaires possédant une vaste connaissance du droit de la concurrence, du droit criminel et des sciences économiques pour l'aider à examiner la réforme de l'article 45. À la lumière de ces travaux et de consultations supplémentaires, le Bureau est en train d'élaborer une proposition de réforme de l'article 45.

On devrait restreindre la portée de tout modèle de l'article 45 réformé de manière à interdire les ententes injustifiables, notamment les accords de concertation sur les prix, de répartition des marchés ou de limitation de la production, pour en faire des infractions criminelles pures et simples (c'est-à-dire sans que l'État soit en outre tenu de faire la preuve d'atteintes à la concurrence, comme c'est le cas avec la disposition actuelle sur le truquage des offres). On proscrierait ainsi de façon efficace et efficiente les ententes injustifiables les plus flagrantes tout en donnant la certitude que les entreprises canadiennes doivent collaborer dans l'environnement mondial actuel. En outre, l'interdiction des ententes injustifiables harmoniserait davantage notre législation avec celle des États-Unis et de la Communauté européenne, ce qui est important

compte tenu de la portée internationale des activités commerciales et de l'application des dispositions contre les cartels.

Conformément aux recommandations du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, la réforme de l'article 45 devrait prévoir un volet civil, ou non criminel, pour traiter les autres ententes entre concurrents qui peuvent porter atteinte au bien-être des Canadiens sans qu'il soit nécessaire de les interdire complètement. En vertu de cette approche, seules les ententes entre concurrents considérées comme étant anticoncurrentielles pourraient donner lieu à une ordonnance du tribunal.

Dans l'ensemble, ce genre de réformes seraient conformes aux meilleures pratiques internationales et rapprocheraient nos lois concernant les ententes injustifiables de celles de nos principaux partenaires commerciaux. Un tel rapprochement est important, car il donne un seuil commun et prévisible aux entreprises dont les activités s'étendent sur le marché mondial.

L'attitude du Canada à l'égard des fusions permet-elle d'atteindre le juste équilibre entre l'intérêt pour les consommateurs d'avoir une concurrence forte, d'une part, et la création d'un environnement dans lequel les entreprises canadiennes peuvent prospérer et devenir des concurrents mondiaux, d'autre part?

L'efficacité des examens de fusions est essentielle si nous voulons que les Canadiens tirent profit des avantages d'un marché concurrentiel. Les fusions anticoncurrentielles peuvent se traduire par un choix moins varié, une innovation moindre et une augmentation des prix pour les consommateurs. En outre, la concentration accrue découlant des fusions peut favoriser les comportements collusoires ou l'émergence d'entreprises dominantes qui peuvent abuser de leur emprise sur le marché. Toutefois, les fusions peuvent aussi entraîner des avantages, par exemple une réduction des coûts et un accroissement de l'innovation. En effet, les fusions peuvent contribuer à la croissance et à la productivité de l'économie canadienne.

Selon le Bureau, la démarche actuellement utilisée pour l'examen des fusions aux termes de la *Loi* permet d'établir un équilibre approprié entre la protection de l'intérêt public grâce au maintien de la concurrence et la capacité des entreprises canadiennes de prendre de l'essor et de soutenir la concurrence mondiale. Dans la mesure où la loi prévoit une exception pour les transactions qui sont susceptibles de générer des gains d'efficacité, le Canada possède le régime le plus ouvert pour la prise en compte des gains en efficacité dans l'examen des fusions. Ses principaux partenaires commerciaux, notamment les États-Unis et l'Union européenne, n'ont pas de dispositions équivalentes à l'exception d'efficacité prévue dans la *Loi*²³.

L'une des plus grandes difficultés auxquelles se heurtent tous les organismes de réglementation de la concurrence du monde consiste à évaluer les effets futurs des fusions proposées pour distinguer celles qui sont susceptibles de limiter la concurrence et celles qu'ils devraient autoriser. *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*, publié par le Bureau²⁴, et les documents d'information sur les décisions relatives aux fusions fournissent un cadre d'analyse détaillé et transparent pour ces évaluations. Les *Lignes directrices* décrivent une méthode assez souple pour aborder les divers enjeux à prendre en compte dans l'analyse des fusions, y compris

la nature globale de la concurrence et la nature dynamique des industries nouvelles. On examine chaque fusion au cas par cas selon son propre mérite en prenant en compte les caractéristiques particulières de l'industrie et la nature de la concurrence dans le marché. La part de marché est l'un des éléments à prendre en compte dans l'examen des fusions, car le Bureau examine tous les facteurs pertinents qui influent sur la concurrence dans les marchés touchés par la fusion²⁵.

En examinant les fusions, le Bureau s'efforce de déterminer si la fusion est susceptible d'empêcher ou de diminuer considérablement la concurrence. Les dispositions qui régissent ce type d'examen visent à atteindre un juste équilibre entre, d'une part, les effets négatifs éventuels des fusions anticoncurrentielles sur les consommateurs canadiens²⁶ et, d'autre part, les effets positifs des gains en efficacité qui en découlent²⁷. En 1986, le Parlement a adopté une exception d'efficacité, prévue à l'article 96 de la *Loi*. En vertu de cette exception, une fusion qui aurait probablement comme effet de freiner ou de réduire de façon substantielle la concurrence serait autorisée si elle est susceptible de procurer des gains en efficacité plus importants que les effets anticoncurrentiels, annulant ainsi ces effets. L'exception d'efficacité prévue à l'article 96 permet aux entreprises de fusionner pour réaliser des gains en efficacité, même si la fusion entraîne une hausse des prix pour les consommateurs ou d'autres effets anticoncurrentiels au détriment des consommateurs canadiens, pourvu que les gains en efficacité l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. L'exception d'efficacité repose sur l'opinion voulant que l'économie canadienne en bénéficie si les économies de ressources réelles générées par une fusion compensent la perte pour l'économie découlant de la limitation de la concurrence sur les marchés intérieurs.

La question du juste équilibre entre les effets anticoncurrentiels et les gains en efficacité découlant de la fusion font l'objet de débats au moins depuis la publication du *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* par le Conseil économique du Canada en 1969²⁸. L'affaire *Supérieur Propane*, instruite en 2003²⁹, est la seule dans laquelle le Tribunal de la concurrence et les autres tribunaux ont appliqué l'exception d'efficacité dans la *Loi sur la concurrence*. La jurisprudence dans cette cause a établi que la méthode des « coefficients pondérateurs » convient pour effectuer l'analyse comparative, mais il ne s'agit pas nécessairement du seul critère approprié³⁰. Néanmoins, depuis la décision dans l'affaire *Supérieur Propane*, le critère approprié pour l'analyse comparative aux termes de l'article 96 fait encore l'objet de débat.

Le débat qui se poursuit sur les gains d'efficacité doit être vu dans ce contexte. La grande majorité des fusions examinées par le Bureau demeurent incontestées sur la base d'autres considérations, par exemple, une définition pertinente des marchés visés qui reflète la concurrence régionale ou mondiale, le fait qu'une concurrence suffisante subsistera après la fusion dans les marchés touchés ou que de faibles entraves à l'accès empêcheront d'exercer une emprise sur le marché. Ainsi, malgré l'existence d'un mécanisme qui permet aux entreprises de prendre de l'expansion et ainsi de soutenir la concurrence mondiale, jusqu'à présent, peu d'entreprises ont eu à recourir à cette disposition³¹.

Comme le Groupe d'étude peut le constater, les points de vue diffèrent concernant le critère du bien-être approprié à appliquer en vertu de l'exception d'efficacité prévue dans la *Loi* et

l'aptitude à mettre en œuvre cette exception étant donné la difficulté de quantifier une élimination ou une diminution considérable de la concurrence, de mettre en évidence et de mesurer les gains en efficacité pertinents et d'évaluer la probabilité qu'ils soient réalisés³². Toutefois, l'expérience en matière d'application est très limitée ce qui a trait au critère des coefficients pondérateurs relativement nouveau et le débat n'a pas débouché jusqu'à présent sur un consensus concernant une approche de remplacement. Le Bureau continuera d'étudier et de peaufiner son approche à l'égard des gains en efficacité dans l'analyse du droit de la concurrence.

Une question connexe a récemment refait surface dans le débat public quant à savoir si l'examen des fusions empêche l'émergence de « champions nationaux ». Le sens donné à l'expression « champion national » peut varier grandement d'une personne à l'autre. Pour certains, elle désigne des entreprises renommées dans le monde entier qui sont efficaces et diversifiées à l'échelle planétaire et suscitent une fierté nationale. Pour d'autres, elle suppose la création de monopoles nationaux au détriment des entreprises et des consommateurs canadiens.

La *Loi* n'empêche pas l'émergence de champions nationaux qui découle d'un rendement supérieur au chapitre de la concurrence. Toutefois, le Bureau n'appuie pas la sélection et la promotion de soi-disant champions nationaux en protégeant les entreprises canadiennes contre la concurrence étrangère ou en les soutenant au moyen de subventions gouvernementales ou d'un autre traitement préférentiel. Ce genre de politiques nuisent à la compétitivité des entreprises canadiennes et à la productivité de l'économie nationale. De plus, en soustrayant les entreprises ou les individus aux lois générales sur la concurrence ou en permettant aux entreprises de fusionner à la lumière de critères d'intérêt public autres que les effets sur la concurrence et l'efficacité économique, des risques semblables sont possibles.

Dans son étude sur la compétitivité internationale, Michael Porter a expliqué que « l'émergence d'un concurrent national dominant se traduit rarement par un avantage concurrentiel international. Les entreprises qui n'ont pas à soutenir la concurrence sur la scène nationale réussissent rarement à l'étranger³³ ». D'autres chercheurs en sont arrivés à des conclusions similaires. Par exemple, William Lewis explique que « le progrès économique repose sur l'augmentation de la productivité, qui repose elle-même sur une saine concurrence. Lorsque les politiques gouvernementales limitent la concurrence [...], les entreprises les plus efficaces ne peuvent remplacer celles qui le sont moins. La croissance économique ralentit et les pays demeurent pauvres³⁴ ».

Sur le sujet des champions nationaux, Deborah Majoras, présidente du conseil de la Federal Trade Commission des États-Unis, a affirmé :

Si les enjeux et débats politiques actuels prennent des formes et des ampleurs différentes, il n'est donc pas étonnant que l'on observe souvent un courant sous-jacent quant à savoir si le gouvernement délogera des concurrents sur le marché pour privilégier des intérêts particuliers. En versant des subventions à un champion national ou en le faisant bénéficier d'obstacles au commerce et en interdisant la propriété étrangère, un pays peut certes préserver l'entreprise nationale beaucoup plus longtemps qu'elle pourrait survivre dans le marché. Toutefois, on peut se

demander ce que le pays a à gagner en adoptant ce type de politiques. Il protège peut-être des emplois sur son territoire, mais seulement pour les employés du champion national. Il gagne peut-être une entreprise phare à faire valoir dans les autres pays, mais je remets en question une politique économique qui privilégie la fierté plutôt que la productivité. Qui plus est, l'expérience montre que les avantages consentis pour protéger les entreprises nationales entraînent des coûts élevés. D'après une étude, si l'on levait les obstacles au commerce érigés après le cycle de l'Uruguay, la masse salariale mondiale augmenterait de 1,9 billion de dollars — notamment de 512 milliards de dollars en Europe et de 537 milliards aux États-Unis³⁵.

Le Groupe d'étude devrait examiner attentivement les arguments en faveur de la promotion de champions nationaux au détriment de la concurrence et des consommateurs canadiens en tenant compte des points suivants :

- La *Loi sur la concurrence* prévoit déjà un mécanisme, en l'occurrence l'exception d'efficacité, grâce auquel les entreprises peuvent atteindre une taille propice à l'efficacité, même au détriment de la concurrence au Canada. À juste titre, cette approche oblige les entreprises qui proposent une fusion par ailleurs préjudiciable à présenter des données crédibles et convaincantes, au lieu d'arguments, sur les gains en efficacité prévus.
- Même si elle peut-être complexe dans certains cas, l'approche existante consistant à parvenir à un équilibre entre les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels repose sur des critères objectifs régis par des principes qui permettent aux entreprises de prendre leur essor en réalisant les gains en efficacité nécessaires pour soutenir la concurrence au pays et à l'étranger. Elle est appliquée au moyen d'une procédure juridique indépendante et transparente devant le Tribunal de la concurrence. Les décisions prises en fonction du critère de l'intérêt public risquent de ne pas reposer sur des données ou des principes économiques solides.
- La complexité inhérente à l'analyse de l'intérêt public comporte le risque de retarder ou même d'empêcher des transactions propres à favoriser la concurrence. De plus, lorsque les avantages sont concentrés et les coûts répartis, il est possible pour certains groupes restreints qui ont tout à gagner des examens dans l'intérêt public de s'enrichir au détriment des autres.
- Le défi du Groupe d'étude consiste à recommander des politiques qui permettront d'améliorer les avantages financiers découlant d'une économie ouverte et les avantages de la déréglementation, tout en résistant à l'appel de certains à s'en remettre au protectionnisme pour certaines industries au détriment d'entreprises et de consommateurs canadiens. L'adoption de politiques favorables au protectionnisme augmente la possibilité et la capacité des entreprises d'industries protégées d'exercer un pouvoir sur le marché en augmentant les prix ou en les maintenant au-dessus des niveaux concurrentiels. L'implication de ce genre de politiques, c'est que nous sommes prêts à sacrifier la compétitivité internationale d'autres industries canadiennes qui utilisent les produits ou les services fournis par le soi-disant champion national.

- Lorsqu'un examen des fusions dans la perspective de l'intérêt public est jugé nécessaire, il doit reposer sur des critères d'intérêt public clairement déterminés; être mené de façon transparente par un organisme indépendant; être fondé sur des faits et des données probantes (et non sur des arguments ou l'intérêt privé); et reposer sur un critère exigeant que les avantages pour le public l'emportent manifestement sur toute limitation éventuelle de la concurrence susceptible de découler de la transaction proposée.

Procédure d'examen des fusions

L'examen des fusions vise à protéger l'économie contre les effets anticoncurrentiels importants, par exemple, les hausses de prix et la réduction de l'innovation qui peuvent découler d'une fusion anticoncurrentielle. Le bien-être économique s'en trouve amélioré lorsque les organismes chargés d'appliquer la loi de la concurrence prennent des décisions éclairées en ce qui a trait aux fusions. Pour prendre des décisions éclairées, il faut pouvoir compter sur une procédure d'examen des fusions qui fournit à l'organisme responsable les renseignements utiles tout en lui accordant le temps voulu pour analyser la fusion.

Dans certains cas particuliers, notamment lorsqu'un acquéreur éventuel peut présenter une soumission spontanée contre d'autres entreprises, la diligence et la certitude pour les parties se révèlent cruciales. La difficulté en pareil cas consiste à atteindre un équilibre entre la nécessité pour le Bureau d'effectuer un examen approfondi axé sur des principes sans défavoriser inutilement la position commerciale de l'une des parties. À l'heure actuelle, le Bureau effectue 90 p. 100 de ses examens de fusions dans les dix jours suivant la réception de l'avis en bonne et due forme des parties désireuses de fusionner.

Plusieurs mécanismes aident les parties à prévoir les problèmes de concurrence qui pourraient survenir durant l'examen de la fusion par le Bureau. Tout d'abord, la jurisprudence du Tribunal ainsi que les lignes directrices pour l'application de la *Loi* dans les cas de fusion, le *Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions* et les décisions détaillées publiées dans les précis d'information technique, donnent aux gens d'affaires ainsi qu'à leurs conseillers juridiques et financiers le temps voulu pour savoir si une transaction est susceptible de susciter des préoccupations concernant la concurrence. En outre, le Bureau encourage les parties à la fusion à communiquer avec lui à l'avance pour discuter, en toute confidentialité, du délai et des problèmes de concurrence susceptibles de découler d'une fusion proposée. Comme les données fournies par les consommateurs, les fournisseurs ou les concurrents qui pourraient être touchés constituent une précieuse source d'information pour le Bureau, ce dernier doit absolument être en mesure d'établir des contacts sur le marché avant d'arrêter son opinion. C'est pourquoi il encourage les parties à renoncer à la confidentialité le plus tôt possible pour l'aider à faire enquête. Il revient aux parties de déterminer la date du dépôt officiel de l'avis de fusion tout comme, dans une certaine mesure, le moment de l'établissement des contacts sur le marché. Toutefois, le Bureau met tout en œuvre pour assurer la transparence de ses enquêtes, satisfaire aux exigences des parties et régler les dossiers à l'amiable.

Lorsqu'une fusion risque de nuire à la concurrence en haussant les prix ou bien en réduisant l'approvisionnement ou l'innovation, les parties devraient transmettre au Bureau une proposition de règlement « précorrectif » (en vertu de laquelle elles conviennent de se dessaisir de biens en faveur d'un acquéreur approuvé) avant de conclure la transaction. Au besoin, les mesures correctives appropriées, comme le dessaisissement, font l'objet de négociations entre le Bureau et l'acquéreur. Une fois que le Bureau et la partie à l'acquisition se sont entendus sur les mesures correctives, la procédure de consentement peut permettre aux parties de clore la transaction avant la mise en œuvre des mesures correctives. Cette solution de rechange aux litiges donne aux parties à la fusion une assurance de diligence et de certitude.

PARTIE II - Régimes sectoriels d'investissement en tant qu'entraves à l'accès

Quels changements, s'il y en a, doivent être apportés aux régimes sectoriels d'investissement afin de réduire ou d'éliminer les incidences négatives sur la compétitivité du Canada?

Quelles sont les incidences de ces régimes d'investissement sur la productivité et la compétitivité des secteurs particuliers?

Existe-t-il d'autres mécanismes qui permettraient d'atteindre les objectifs politiques non économiques du secteur tout en permettant aux entreprises oeuvrant dans le secteur d'être les plus concurrentielles possibles?

Il est très bien établi que les conséquences économiques des politiques sectorielles canadiennes limitant l'investissement étranger nuisent grandement à la productivité de l'industrie et à la performance de l'économie dans son ensemble. À cet égard, l'OCDE a réalisé des études par pays et des études comparatives entre pays pour évaluer l'ouverture de différentes économies à l'investissement direct étranger. Dans une étude réalisée en 2006, le Canada se classait au 25^e rang sur 29 pays pour l'ouverture de son économie à l'investissement direct étranger³⁶. Dans une autre étude, l'OCDE a souligné ce qui suit :

La réglementation des marchés qui limite la concurrence nuit à la productivité, car elle ralentit l'adoption de techniques de production exemplaires, ce qui lèse particulièrement les pays qui sont le plus à la traîne sur le front de la technologie dans certaines industries.

La réglementation restrictive retarde la diffusion des technologies nouvelles au moins de deux façons : en freinant l'investissement dans l'équipement qui met à profit les dernières technologies de l'information et des communications et en réduisant la diffusion de la technologie de l'étranger par l'investissement direct étranger³⁷.

L'étude reconnaît l'importance de l'IDE pour ce qui est du transfert de technologies nouvelles, de pratiques de gestion et de compétences sectorielles particulières entre les pays, ce qui intensifie les pressions concurrentielles sur le marché intérieur en incitant les concurrents nationaux à adopter des pratiques exemplaires et des technologies d'avant-garde. Les auteurs de l'étude ont notamment conclu que le Canada aurait pu accroître de 0,75 p. 100 par an le taux de

croissance de sa productivité entre 1995 et 2003 s'il avait harmonisé sa réglementation limitant la concurrence avec celle qui est la moins restrictive des autres pays de l'OCDE³⁸. En ce qui concerne les restrictions de l'IDE, leur réduction au niveau qui est le moins contraignant pour la concurrence (de tous les pays étudiés) aurait pour effet d'accroître l'emploi et de stimuler considérablement la croissance de la productivité du travail³⁹. »

Le Bureau examine souvent la question des restrictions à l'investissement dans différents secteurs de l'économie canadienne dans la foulée de ses activités d'application de la *Loi* ou de son rôle de promoteur de la politique de la concurrence auprès de différentes instances législatives ou réglementaires.

Au moment d'analyser les effets concurrentiels en vertu de la *Loi sur la concurrence*, le Bureau se penche non seulement sur les données témoignant de la concentration ou de la part de marché, mais aussi sur d'autres facteurs quantitatifs et qualitatifs se rapportant à la concurrence qui peuvent avoir une incidence sur le marché visé par l'examen. La présence d'entraves à l'accès de concurrents éventuels à un marché est généralement considérée comme le plus important de ces facteurs. Les entraves à l'accès protègent les entreprises existantes contre la concurrence en empêchant les concurrents d'entrer sur le marché. Les entraves peuvent prendre différentes formes, depuis les restrictions réglementaires jusqu'aux coûts irrécupérables. Les restrictions réglementaires (notamment les obstacles tarifaires, les obstacles au commerce interprovincial et la réglementation de l'accès aux marchés) constituent le seul de ces facteurs dont la responsabilité incombe directement au gouvernement.

Comme nous l'avons signalé, les restrictions à la propriété et les régimes sectoriels d'investissement, comme ceux dont fait état le document de consultation du Groupe d'étude, restreignent grandement l'accès à de nombreux marchés au Canada. Ils peuvent par ailleurs limiter les options qui s'offrent aux entreprises établies au Canada à la recherche de nouvelles sources de capital d'investissement ou à des acheteurs éventuels et faire grimper le coût du capital pour les entreprises qui rivalisent sur ces marchés. En réduisant l'intensité de la concurrence, ils peuvent également accroître les coûts pour les entreprises qu'elles approvisionnent, nuire à leur compétitivité et accroître les coûts pour les consommateurs. Dans le cadre de l'examen des fusions proposées, le Bureau a jugé que les restrictions à l'investissement constituent d'importantes entraves à l'accès dans des industries majeures comme celles du transport aérien, des activités bancaires et des télécommunications, tous des secteurs qui facilitent le commerce au sein de notre économie dans son ensemble⁴⁰.

Dans le cadre de son rôle de promotion, le Bureau a au fil des ans exhorté le gouvernement à envisager d'assouplir ou d'abolir les restrictions à la propriété dans le but d'accroître les possibilités concernant l'accès de nouvelles entreprises établies à l'étranger⁴¹. Il a cherché à libéraliser les régimes d'investissement dans les secteurs des télécommunications et du transport aérien. Tout comme le secteur des services financiers, il s'agit de deux industries à prédominance de capital et, pour que les entreprises nouvellement arrivées sur ces marchés puissent y survivre, il faut donc qu'elles aient accès à des capitaux et à du financement au moindre coût possible.

Transport aérien

Le Bureau est favorable à la réduction ou à l'élimination des restrictions à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens canadiens. Le maintien des restrictions dans ce secteur ne semble justifié par aucune raison impérieuse d'ordre économique.

Le Bureau reconnaît qu'il n'est pas possible d'éliminer toutes les restrictions à la propriété en vertu des accords bilatéraux actuels sur le transport aérien, lesquels exigent que les transporteurs nationaux appartiennent majoritairement au gouvernement ou à des ressortissants du pays ou qu'ils soient sous leur contrôle. C'est pourquoi il préconise dans un premier temps de faire passer de 25 p. 100 à 49,9 p. 100 la limite de propriété étrangère des actions avec droit de vote des transporteurs aériens canadiens. Dans une industrie à forte prédominance de capital comme l'industrie du transport aérien, les nouveaux venus de même que les entreprises bien établies bénéficieraient du meilleur accès au capital étranger grâce à la libéralisation des règles de propriété.

En ce qui a trait aux liaisons intérieures, le Canada devrait autoriser les transporteurs appartenant entièrement à des intérêts étrangers qui n'assurent que des liaisons au Canada. Cette approche a été adoptée avec succès en Australie. En vertu de cette politique, les transporteurs étrangers pourraient mettre à profit leurs connaissances et leurs compétences pour établir de nouvelles activités au Canada. Ce genre de transporteurs exclusifs au Canada pourraient aussi stimuler un trafic autre que celui en provenance des principales portes d'entrée internationales, permettant ainsi aux transporteurs internationaux d'offrir un plus grand nombre de liaisons à destination ou en provenance du Canada.

En vertu de ce modèle, les transporteurs limités au marché canadien obtiendraient une licence pour assurer uniquement des liaisons intérieures et pourraient appartenir entièrement à des intérêts étrangers⁴². Tout en respectant pleinement les obligations internationales, ce modèle faciliterait l'accès aux capitaux étrangers pour financer les opérations canadiennes de transport aérien. Un transporteur limité au marché canadien ferait appel à des équipages canadiens, devrait respecter toutes les lois et tous les règlements canadiens et serait assujéti aux mêmes conditions de concurrence et aux mêmes coûts des intrants que tout autre transporteur canadien sur le marché intérieur. Par ailleurs, cette mesure faciliterait l'accès au marché ou elle ferait craindre l'arrivée de nouveaux concurrents, si bien que les consommateurs bénéficieraient d'un marché plus concurrentiel. Le Bureau recommande en conséquence de modifier la *Loi sur les transports au Canada* pour permettre la délivrance de licences aux transporteurs limités au marché canadien, sans aucune restriction concernant la propriété ou le contrôle.

Le Bureau est en outre favorable au cabotage. Le terme « cabotage » désigne le droit d'un transporteur étranger à exercer ses activités à l'intérieur des frontières d'un autre pays. Comme la plupart des autres pays, le Canada n'autorise pas le cabotage. Par exemple, un transporteur comme Air France qui assure la liaison Paris-Toronto ne peut prendre de passagers supplémentaires à bord d'un appareil à Toronto et poursuivre sa route jusqu'à Vancouver. En autorisant les transporteurs aériens étrangers à assurer des services entre des villes canadiennes, on pourrait promouvoir davantage la concurrence sur des liaisons à l'intérieur du pays.

Jusqu'à présent, le Canada a mis l'accent sur la réciprocité comme condition préalable à l'ouverture du marché canadien du transport aérien à la concurrence étrangère, mais l'intérêt public pour la concurrence dans le secteur va au-delà des intérêts des participants actuels au marché intérieur; il englobe aussi l'économie en général et les industries importantes, par exemple, celle du tourisme. Le Bureau reconnaît que la question de savoir si l'on devrait accorder des droits d'établissement ou de cabotage uniquement sur une base réciproque constitue un enjeu stratégique important. Pour des raisons fondées sur la concurrence, on peut faire valoir de solides arguments en faveur de la mise en place unilatérale de ces mesures.

Télécommunications

En 1987, lorsque le gouvernement a instauré les restrictions à la propriété étrangère des entreprises de télécommunications dotées d'installations, on voyait là un moyen d'harmoniser la politique canadienne avec celles d'autres pays et d'assurer la souveraineté et la sécurité du pays ainsi que son bien-être économique, social et culturel. Toutefois, dix ans plus tard, le Canada et de nombreux pays membres de l'Organisation mondiale du commerce ont conclu l'Accord sur les télécommunications de base (ATB) pour libéraliser le commerce et l'investissement dans les services de télécommunications de base. En vertu de cet accord, nombre de pays ont réduit ou éliminé leurs restrictions à la propriété étrangère (p. ex. la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni), concluant que les avantages qui découlent d'un meilleur accès au capital étranger l'emportent sur les coûts implicites de toute perte connexe au chapitre de la souveraineté. Le Canada figure parmi le nombre de moins en moins élevé de pays membres de l'OCDE qui imposent toujours des restrictions explicites à l'investissement étranger visant les fournisseurs de services de télécommunications nationaux⁴³.

En 2006, le Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications a recommandé d'assouplir les restrictions à l'investissement étranger dans les fournisseurs de services de télécommunications⁴⁴. La plupart des parties qui ont participé à l'examen mené par le Groupe d'étude étaient favorables à cette position. De même, l'OCDE a exhorté le Canada à mettre fin aux restrictions à la participation étrangère dans les télécommunications⁴⁵ et signalé les effets négatifs des restrictions à l'investissement étranger sur le coût du capital et la concurrence en général. En particulier, elle a signalé que les restrictions « peuvent avoir une incidence défavorable sur le développement de la concurrence au Canada en ce qu'elles limitent réellement l'investissement dans ce secteur, augmentent le coût du capital et risquent de retarder la diffusion de nouvelles technologies »⁴⁶. L'OCDE estime que « [les nouveaux intervenants] doivent recourir au financement par emprunt plutôt que par fonds propres et leur accès aux capitaux étrangers est limité. Les limitations à la participation étrangère diminuent aussi la demande d'actions canadiennes et influent sur leur cours. Un meilleur accès aux capitaux étrangers permettrait de satisfaire à l'objectif de renforcement de la concurrence du Canada et à l'objectif gouvernemental de "connectivité" »⁴⁷.

Les restrictions à la participation étrangère dans les entreprises de télécommunications dotées d'installations ne sont plus nécessaires pour harmoniser la politique du Canada avec celle de nos partenaires commerciaux dans le monde. En limitant l'accès éventuel aux marchés des

télécommunications, les restrictions canadiennes à l'investissement étranger empêchent la discipline qu'impose la crainte de l'arrivée de nouveaux concurrents. De plus, ces restrictions ralentissent la réalisation des avantages à la libre concurrence pour les consommateurs et les entreprises approvisionnées par ces marchés. Les télécommunications sont des technologies habilitantes pour de nombreux autres secteurs de l'économie et, à ce titre, leur impact sur l'innovation et la compétitivité est observable partout au pays.

Enfin, pour ce qui est des entreprises qui autrefois ne distribuaient que des signaux de radiodiffusion, mais qui ont peut-être profité des avantages des progrès techniques pour faire concurrence aux entreprises de télécommunications dotées d'installations, le niveau d'investissement étranger devrait demeurer compatible avec celui qui s'applique aux entreprises de télécommunications. Quelle que soit la technologie, toutes les entreprises devraient bénéficier du même accès au capital et être assujetties aux mêmes règles en matière de propriété. Cette approche permettra d'assurer que les entreprises de distribution de radiodiffusion ne sont pas défavorisées par une concurrence inéquitable par rapport aux entreprises de télécommunications, compte tenu que les deux rivalisent dans le secteur de l'accès haute vitesse et de la téléphonie.

Autres secteurs

Le Groupe d'étude a demandé à recevoir des avis sur le bien-fondé de la réduction ou de l'élimination des restrictions actuelles à l'investissement pour d'autres secteurs de l'économie, notamment la radiodiffusion, les industries culturelles, la fabrication d'uranium et les services financiers. Comme dans le cas des industries du transport aérien et des télécommunications, ces restrictions constituent des barrières importantes à l'entrée et limitent l'émergence possible de nouveaux concurrents.

D'autres organismes ont souligné les conséquences pour la concurrence et l'économie dans son ensemble du maintien de politiques qui limitent l'investissement dans certains secteurs. Par exemple, récemment le Fonds monétaire international a fait l'observation suivante sur la réglementation actuelle du Canada en matière de propriété dans le secteur des services financiers.

Dans le système bancaire universel qui existe au Canada, la règle selon laquelle les grandes banques doivent être à propriété élargie assure une protection contre les prises de contrôle (y compris de l'étranger), empêchant par le fait même des concurrents éventuels d'accéder au marché à grande échelle au moyen de l'acquisition de réseaux existants. Cette absence de contestabilité a entraîné des rendements élevés et de faibles risques comptables, mais elle a limité les incitations à l'innovation financière et aux services aux emprunteurs à haut risque, y compris les petites et moyennes entreprises (PME) à forte croissance. Selon la mission, la réduction des entraves à l'acquisition de grandes banques, y compris par des entités étrangères, favoriserait la contestabilité et l'innovation au sein du système financier⁴⁸.

Lorsqu'il examine ces types de restrictions dans n'importe quel secteur de l'économie, le Groupe d'étude doit tenir compte, d'une part, de la nécessité et des avantages de ces restrictions et, d'autre part, des conséquences négatives pour la concurrence à la fois dans le secteur visé et dans

l'ensemble de l'économie.

PARTIE III — Recours accru à la concurrence dans la réglementation et la politique

La modernisation des lois sur la concurrence et l'investissement suffirait-elle pour attirer l'IED au Canada? À quels autres priorités et enjeux politiques le gouvernement devrait-il prêter attention?

Quelles autres mesures pourraient être prises au Canada afin d'encourager un examen continu de la performance du pays en matière de concurrence, d'investissement et de productivité, en vue de maintenir sa compétitivité??

Malgré son importance, la modernisation de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur Investissement Canada* ne suffit pas à assurer la compétitivité soutenue du Canada ni à attirer davantage d'investissements. Comme l'a noté M. Ulf Boge, ancien président du Réseau international de la concurrence :

Notre principale tâche consiste sans aucun doute à intervenir contre les attitudes anticoncurrentielles des entreprises. Mais cela ne suffit pas pour protéger efficacement la concurrence. La lutte contre les obstacles à la concurrence imposés par les États revêt tout autant d'importance pour permettre une saine concurrence⁴⁹.

Conscients de l'importance de la concurrence pour stimuler la productivité et la compétitivité, un certain nombre de pays importants veillent à ce que leur organisme de réglementation de la concurrence soit doté de lois et de ressources modernes pour lutter efficacement contre les pratiques commerciales anticoncurrentielles. Ils reconnaissent en outre que les lois et politiques gouvernementales ont une incidence majeure sur la capacité de leurs entreprises à soutenir la concurrence. Par conséquent, les autres pays :

- prennent en compte les principes de concurrence dans l'élaboration des lois et des politiques gouvernementales pour s'assurer qu'elles ne limitent pas inutilement la concurrence ou qu'elles ne diminuent pas la capacité des entreprises à la soutenir;
- établissent des mécanismes pour l'examen et l'élimination des règlements actuels qui limitent inutilement la concurrence et la compétitivité.

Le défi pour les législateurs et les responsables de l'élaboration des politiques gouvernementales consiste à faire en sorte que les mesures réglementaires atteignent un équilibre optimal entre l'objectif visé et leur coût. C'est pourquoi plusieurs organismes compétents, notamment en Australie, au Royaume-Uni, aux États-Unis et au niveau de l'Union européenne, ont mis en place des mécanismes pour assurer que les politiques ou les règlements gouvernementaux limitent la concurrence uniquement lorsque la situation le justifie⁵⁰. Ces pays ont adopté, à divers degrés, des processus qui obligent les législateurs et les responsables de l'élaboration de politiques à s'en remettre aux forces

du marché dans la mesure du possible et, lorsqu'une intervention s'impose, à choisir les options qui limitent le moins la concurrence.

L'Australie est actuellement le centre des pratiques exemplaires internationales dans le domaine. Les politiques économiques adoptées au début des années 1990 ont contribué à faire progresser la productivité par travailleur au sein de l'économie australienne, qui est passée de 85 p. 100 de celle enregistrée au Canada en 1995 à un taux presque égal au nôtre dès 2006. Les réformes instituées dans le domaine de la concurrence en vertu de la politique nationale est un élément clé qui a contribué à la performance du pays au cours de cette période. En vertu de cette politique, on a examiné la plupart des lois et règlements du pays dans le but d'éliminer les obstacles à la concurrence injustifiés et inutiles. À l'issue d'une étude réalisée en 2005, la commission australienne de la productivité a affirmé que les réformes proconcurrentielles mises en place depuis l'adoption de la politique nationale de la concurrence avaient permis d'accroître la productivité de 2,5 p. 100 et elle prévoyait d'autres améliorations⁵¹. Le Canada et l'Australie ont un niveau de productivité à peu près similaire, mais l'Australie a entrepris une nouvelle série de réformes qui devraient faire augmenter sa productivité de 2 p. 100 de plus⁵².

L'Australie a récemment revigoré la prise en compte de la concurrence au moment de la rédaction de nouvelles lois en mettant en place un cadre renforcé pour évaluer la concurrence dans le contexte des améliorations apportées au processus national de législation et d'élaboration des politiques. Les principaux éléments du cadre australien d'évaluation de la concurrence sont les suivants :

- Il existe à l'échelle nationale une ferme détermination à prendre en compte la concurrence dans l'élaboration des lois et des politiques;
- Les ministères et organismes qui proposent des lois ou des politiques doivent les examiner dès le début pour déterminer si elles sont susceptibles d'avoir des effets appréciables sur la concurrence⁵³. Le cas échéant, on procède à une évaluation de la concurrence;
- Un sommaire des évaluations de la concurrence doit figurer dans les documents publics à l'appui des loi ou politiques proposées;
- En vertu de la politique nationale de la concurrence, on doit faire la preuve que toute limitation de la concurrence est justifiée et qu'il s'agit de l'option la moins restrictive nécessaire pour atteindre d'autres objectifs stratégiques ou prendre d'autres mesures. Les propositions qui limitent la concurrence doivent offrir en compensation des avantages supérieurs au chapitre de l'intérêt public. Dans le cas contraire, la proposition devra être soumise à l'approbation du premier ministre ou du trésorier (l'équivalent du ministre des Finances) et faire l'objet d'un examen tous les deux ans;
- Les évaluations de la concurrence sont soumises à l'examen d'un organisme spécialisé indépendant faisant office de protecteur du public pour l'examen des enjeux au niveau du Cabinet⁵⁴.

An Canada, outre le rôle de promotion du commissaire de la concurrence, il n'existe actuellement aucun mécanisme officiel pour examiner les répercussions éventuelles importantes des lois proposées sur la concurrence.

L'adoption d'une approche similaire au Canada devrait entraîner des avantages considérables pour les politiques gouvernementales. En particulier, elle aiderait à faire en sorte que l'on examine de façon systématique et adéquate les questions de concurrence par rapport aux autres objectifs stratégiques, que les restrictions de la concurrence soient maintenues au niveau minimal nécessaire pour atteindre les autres objectifs stratégiques et que les effets des interventions proposées au niveau du marché sur la concurrence soient rendus publics. L'adoption d'un mécanisme d'évaluation de la concurrence se traduira probablement par une productivité accrue et des marchés plus concurrentiels au Canada.

Partie IV – Conclusion

La position concurrentielle du Canada dans l'économie mondiale est dictée par un large éventail d'initiatives législatives, stratégiques et réglementaires qui influent directement et indirectement sur la compétitivité de tous les secteurs de l'économie canadienne. Le mandat du Groupe d'étude lui permet d'examiner cette vaste gamme d'enjeux importants sur lesquels repose la capacité du pays à continuer de s'imposer comme chef de file de l'économie mondiale.

Le Bureau reconnaît que les gouvernements doivent tenir compte des objectifs de politique publique qui débordent le cadre de la concurrence lorsqu'ils élaborent des programmes et des politiques. Toutefois, dans toute la mesure du possible, le Canada doit résister aux politiques qui soustraient les industries canadiennes à la concurrence. On doit plutôt mettre en évidence les obstacles à la concurrence (qu'ils soient imposés par le secteur privé ou le gouvernement), les évaluer et, dans la mesure du possible, les éliminer. Il faut accorder la priorité à une évaluation permanente plus rigoureuse et systématique de l'incidence des lois et règlements existants et proposés sur la concurrence et à l'élimination des obstacles réglementaires dans la mesure du possible.

¹ Ministère des Finances du Canada, *Avantage Canada — Bâtir une économie forte pour les Canadiens*, 2006, p. 90. <http://www.fin.gc.ca/ec2006/pdf/planf.pdf>

² Voir par exemple W.W. Lewis, *The Power of Productivity Wealth Poverty and the Threat to Global Stability*, University of Chicago Press, 2005.

³ Centre d'étude des niveaux de vie, *Competitive Intensity as Driver of Innovation and Productivity Growth: A Synthesis of the Literature*, rapport préparé par le Centre d'étude des niveaux de vie pour le Bureau de la concurrence, 4 octobre 2007.

⁴ *Supra*, note 1, p. 90.

⁵ L.R.C. 1985, ch. C-34 modifié, article 1.1.

⁶ Institute for Competitiveness and Prosperity de l'Ontario, communiqué de presse, 7 octobre 2004, « Institute releases Sixth Working Paper — Reinventing innovation and commercialization policy in Ontario ». http://204.15.35.174/index.php/media/press_releases/institute_releases_sixth_working_paper/

⁷ Roger Martin et James Milway (2007), « Canadians Can be World-beaters, If Only We Were Not So Sheltered », dans *Embassy, Canada's Foreign Policy Newsweekly*, 19 juillet 2007, p. 1. http://www.competeprosper.ca/index.php/about/in_the_news/

⁸ *Supra*, note 2, p. 13.

⁹ Organisation de la coopération et du développement économiques (OCDE), *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation — Canada, Rester à la fine pointe du progrès grâce à l'innovation*, 2002, et Direction des affaires financières et des entreprises du Comité de la concurrence de l'OCDE, *Canada: Report on Competition Law and Institutions*, 2004, DAF/COMP (2005) 4, 18 janvier 2005.

¹⁰ Canada, Chambre des communes, Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, 37^e Parlement, 1^{re} session, avril 2002, p. 115.

¹¹ Voir « Criminal Antitrust Enforcement », communication conjointe d'Anne Bingaman et de Gary Spratling dans le cadre du Criminal Antitrust Law and Procedure Workshop, ABA Section of Antitrust Law, Hyatt Regency Hotel, Dallas, Texas, le 23 février 1995. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/0103.htm>

¹² Voir Organisation de la coopération et du développement économiques (OCDE), *Hard Core Cartels*, 2000, p. 5 et 11. <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>

¹³ J.M. Connor et R.H. Lande, « How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines », 80 TUL. L. REV., p. 513, 540 et 541, 2005; voir *Comments of the American Bar Association, Section of Antitrust Law, on the Proposed Amendments to the Antitrust Recommendations of the United States Sentencing Guidelines*, p. 21, mars 2005. Par exemple, l'ABA note que, dans l'affaire *FTC c. Mylan*, le prix excessif allégué représentait une hausse de 1 900 p. 100 à 3 200 p. 100. Si la cause avait été jugée par un tribunal criminel, une amende basée sur un prix excessif de 10 p. 100 et une perte de poids mort de 10 p. 100 aurait été bien inférieure au préjudice estimatif. Voir *FTC c. Mylan Labs., Inc.*, plainte modifiée par. 29, Civ. No. 1, 98CV03114 (D.D.C.), 8 février 1999.

¹⁴ Le Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables a signalé que les États membres « devraient faire en sorte que leur législation de la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et aie un effet dissuasif à l'égard de ces ententes », Voir OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, 1998. <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/3B0C02A26FB96A0EC1257296004CA3A2?OpenDoc>

[ument\)](#)

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ T. L. Friedman, *The World is Flat, A Brief History of the Twenty-first Century*, Farrar, Straus et Giroux 2005, p. 181.

¹⁷ Federal Trade Commission et Department of Justice des États-Unis, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, avril 2000, p. 1. <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>

¹⁸ Commission européenne, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* (2001/C3/02), par. 3. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001Y0106\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001Y0106(01):FR:HTML)

¹⁹ Voir, par exemple, Al Gourley (MacLeod Dixon), *Rapport sur les dispositions législatives du Canada sur les complots : de 1889 à 2001 et pour l'avenir*, août 2001 (le « rapport Gourley »), note 31, où Gourley affirme : « Il ne fait guère de doute que les entreprises canadiennes ont encouru en avis juridiques des dépenses importantes directement attribuables à l'incertitude de nos dispositions sur les complots. Elles ont souffert de l'incapacité des conseillers juridiques de leur indiquer clairement le traitement que recevraient en vertu de notre *Loi sur la concurrence* des coentreprises, des alliances stratégiques, des restrictions accessoires et autres, ainsi que des coûts en services juridiques pour rédiger et réviser des accords du genre de façon à assurer que leurs intentions favorables à la concurrence soient évidentes au lecteur. » Voir aussi McCarthy Tétrault, *Proposition pour la modification de l'article 45 de la Loi sur la concurrence*, août 2001 (le « rapport McCarthy Tétrault »), p. 11 et 12, où les auteurs affirment : « Nous savons par expérience que des entreprises abandonnent souvent des arrangements proconcurrentiels pouvant présenter des risques antitrust parce que leurs avocats ne peuvent leur garantir que ces accords ne les exposeront pas à des poursuites criminelles. »
Rapport Gourley : http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/gourley_f.pdf
Rapport McCarthy Tétrault : http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/tetrault_f.pdf

²⁰ La Cour suprême du Canada a confirmé dans une poursuite intentée en vertu de l'article 45, que « les gains d'efficacité avantageux pour le public n'entrent donc pas en jeu dans l'examen ». *R. c. Nova Scotia Pharmaceuticals Society*, [1992] 2 S.C.R., p. 606 à 647.

²¹ J.T Kennish, *The Treatment of Strategic Alliances under the Competition Act*, Conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien, Montréal, 30 septembre 2004 [non publié], p. 19, cité dans McCarthy Tétrault, *Proposition pour la modification de l'article 45 de la Loi sur la concurrence*, août 2001, p. 11, note de bas de page 28.

²² *Supra*, note 10, p. 11 et 61.

²³ L'Afrique du Sud est le seul autre pays qui prévoit explicitement une exception ou une défense fondée sur les gains en efficience (ou un mécanisme permettant de faire valoir la promesse de ce type de gains pour passer outre aux effets anticoncurrentiels d'une fusion). Dans la plupart des autres pays, qui considèrent les gains en efficience comme l'un des nombreux facteurs pris en compte pour évaluer les fusions, on peut invoquer une efficience accrue comme facteur favorisant une fusion, mais non comme une objection ayant préséance sur tous les autres facteurs. Mentionnons notamment les pays de l'Union européenne ainsi que les États-Unis, le Japon, le Mexique et la Norvège. Certains pays ont adopté une approche mixte. Par exemple, l'Australie prend en compte les gains en efficience pour évaluer les fusions, mais le droit australien prévoit aussi l'immunité pour celles qui génèrent un avantage public net. Au Royaume-Uni, les gains en efficience sont pris en compte dans l'examen des fusions, mais le droit britannique prévoit aussi une évaluation distincte des avantages pour les consommateurs, qui peuvent servir de défense fondée sur l'efficience. L'Allemagne a également mis en place une procédure spéciale pour autoriser les fusions qui profitent à l'économie dans son ensemble. Cette procédure est réservée aux cas exceptionnels fondés sur des motifs autres que la concurrence. Voir Bureau de la concurrence, *Rapport du Comité consultatif sur les gains en*

efficience, août 2005, p. 52 à 56 (ci-après appelé Rapport du Comité consultatif).

²⁴ Bureau de la concurrence, *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*, 2004.
[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02818f.pdf/\\$file/ct02818f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/ct02818f.pdf/$file/ct02818f.pdf)

²⁵ L'article 93 de la *Loi sur la concurrence* décrit les types de facteurs que le Bureau prend en compte au moment d'examiner une fusion, par exemple, l'importance des produits ou des concurrents étrangers au Canada; la déconfiture de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise; les entraves à l'accès à un marché; la mesure dans laquelle il y aurait encore de la concurrence réelle sur le marché; la possibilité que la fusion entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et efficace; ainsi que la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent.

²⁶ Le Bureau se fonde sur le critère qui consiste à déterminer si la fusion empêchera ou diminuera la concurrence de façon appréciable. Il s'agit de la capacité des parties fusionnées à exercer une emprise sur le marché, ce que l'on considère généralement comme la capacité de hausser les prix de façon rentable ou de restreindre par ailleurs la concurrence sans craindre la réaction de concurrents. Ce critère, qui ne se limite pas au prix proprement dit, peut aussi englober des aspects non pécuniaires de la concurrence comme les restrictions visant la production, la qualité, la variété, le service, la publicité et l'innovation et d'autres dimensions de la concurrence. Ainsi, la notion de hausse des prix peut aussi signifier une réduction de ces autres dimensions non pécuniaires de la concurrence.

²⁷ En général, les catégories d'efficience prises en compte sont l'efficience de la répartition des ressources (la mesure dans laquelle les ressources dont dispose la société sont affectées à leur emploi le plus valable); l'efficience technique — efficience de la production (la création d'un volume donné d'extrants au plus bas coût possible au plan des ressources); l'efficience dynamique (le lancement optimal de nouveaux produits et procédés de production au fil du temps).

²⁸ Canada, Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

²⁹ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2003] 3 C.F. 529 (C.A.), confirmant (2002), 18 C.P.R. (4^e) 417 (Tribunal de la concurrence.) (décision après réexamen [2001] 3 C.F. 185 (C.A.), décision infirmée par (2000), 7 C.P.R. (4^e) 385 (Tribunal de la concurrence.)).

³⁰ Les deux critères les plus courants sont ceux du surplus du consommateur et du surplus total. Selon le critère du surplus du consommateur, une fusion susceptible d'entraîner une hausse des prix sera approuvée uniquement si les économies de ressources en découlant l'emportent sur la perte sèche pour l'économie et le transfert de revenu des consommateurs aux producteurs découlant de la hausse de prix. On estime alors que le transfert de revenu des consommateurs aux producteurs constitue un effet anticoncurrentiel de la fusion. Selon le critère du surplus total, une fusion susceptible d'entraîner une hausse de prix sera approuvée si les économies de ressources en découlant sont supérieures à la perte sèche pour l'économie. On estime alors que le transfert de revenu des consommateurs aux producteurs est neutre, c'est-à-dire qu'il n'est pas considéré comme un effet anticoncurrentiel de la fusion. On peut voir la méthode des coefficients pondérateurs comme étant la façon de faire le pont entre le surplus du consommateur et le surplus total. Ainsi, une fusion serait autorisée un peu comme pour le critère du surplus total. Toutefois, une partie du transfert du revenu entre les consommateurs et les producteurs devra peut-être être compensée en fonction d'une évaluation de l'utilité marginale du revenu des divers groupes touchés. Par exemple, si une fusion anticoncurrentielle touche un groupe de consommateurs à faible revenu qui ont peu ou pas d'autres choix, ce préjudice aux consommateurs aurait plus de poids dans l'analyse comparative. La partie 8 des Lignes directrices publiées en 2004 par le Bureau présente une analyse détaillée de l'approche du Bureau à l'égard de l'exception d'efficience prévue à l'article 96 de la *Loi*. *Supra*, note 24, p. 31 à 38.

³¹ La défense des fusions fondée sur les gains en efficience a été invoquée la première fois dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992). Dans cette cause, la défense était discutable, car le Tribunal de la concurrence a jugé que la fusion n'avait pas pour effet d'empêcher ou de

diminuer considérablement la concurrence. Cette défense a aussi été mentionnée (mais non appliquée) dans quatre autres affaires entendues par les tribunaux, à savoir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1988) (le tribunal a signalé qu'il fallait interpréter l'article 96 à la lumière de l'article 1.1); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (1989) (le Tribunal a formulé des commentaires sur la quantité des gains en efficience allégués); *Directeur des enquêtes et recherches c. Canadien Pacifique Limitée* (1997) (le Tribunal a demandé des précisions concernant les gains en efficience); et *Commissaire de la concurrence c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (2001) (le Tribunal a rejeté les arguments fondés sur les gains en efficience au titre qu'ils sont conjoncturels au stade des mesures correctives). Voir Bureau de la concurrence, *Le traitement des gains en efficience dans la Loi sur la concurrence : Document de consultation*, septembre 2004, p. 2 : [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Efficiencies2004_f.pdf/\\$file/Efficiencies2004_f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Efficiencies2004_f.pdf/$file/Efficiencies2004_f.pdf). Voir aussi *Rapport du Comité consultatif sur les gains en efficience*, *supra*, note 23, p. 21, note n° 3 : [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/FinalPanelReportEfficiencies_f.pdf/\\$file/FinalPanelReportEfficiencies_f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/FinalPanelReportEfficiencies_f.pdf/$file/FinalPanelReportEfficiencies_f.pdf).

³² Par exemple, tout en se prononçant en faveur du maintien de la défense fondée sur l'efficience, les membres du Comité consultatif sur les gains en efficience ont indiqué qu'ils « ne sont pas satisfaits pour ce qui est de la règle actuelle résultant de l'affaire Supérieur Propane, qui consiste à faire une analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels. [...] Bon nombre d'observateurs pensent que cette méthode est complexe et imprévisible [...] La méthode des coefficients pondérateurs est extrêmement complexe, puisqu'elle exige du Tribunal et du Bureau de la concurrence qu'ils déterminent si une fusion peut avoir des effets néfastes sur la redistribution des richesses. » Tout compte fait, ils pensent « qu'il devrait exister une norme claire, prévisible et stratégiquement acceptable, que le Tribunal appliquerait au moment de comparer les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels le Comité consultatif ». Voir le *Rapport du Comité consultatif*, *supra*, note 23 p. 65.

³³ M. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*. MacMillan Press, 1990, p. 662.

³⁴ *Supra*, note 2, p. 103.

³⁵ Allocution de Deborah Platt Majoras, présidente de la Federal Trade Commission des États-Unis, *National Champions: I Don't Even Think it Sounds Good*, Munich, Allemagne, 26 mars 2007. <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/070326munich.pdf>

³⁶ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *L'indice OCDE des restrictions réglementaires sur les investissements en provenance de l'étranger : Révisions et extension à plus de pays*, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, Paris, 2006. <http://www.oecd.org/dataoecd/4/36/37818075.pdf>.

³⁷ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Réformes économiques : Objectif croissance 2007*, Paris, 2007, p. 144. http://www.oecd.org/document/8/0,3343,fr_2649_37443_38088936_1_1_1_37443,00.html (possibilité d'achat en ligne)

³⁸ *Ibid.*, p. 147.

³⁹ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁰ Voir, par exemple, le précis d'information technique du Bureau de la concurrence intitulé *Acquisition de Microcell Telecommunications Inc. par Rogers Wireless Communications Inc.*, 2005. <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/fr/00257f.html>; Motifs et ordonnance du Tribunal de la concurrence, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1993), 49 C.P.R. (3^e) 7 (C.T.); lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Royale du Canada et à la Banque de Montréal et lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Canadienne Impériale de Commerce et à la Banque Toronto-Dominion concernant leur projet de fusion, décembre 1998. <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/fr/01601f.html>.

⁴¹ De façon générale, l'approche axée sur la promotion adoptée par le Bureau à l'égard des restrictions à la propriété étrangère s'articule autour des questions suivantes :

1. Au départ, quel objectif la politique publique visait-elle en limitant l'investissement étranger?
2. Cette justification demeure-t-elle valable aujourd'hui?
3. Dans l'affirmative, quels sont les coûts et avantages liés au maintien de ces restrictions?
4. Est-ce que d'autres mesures moins anticoncurrentielles, par exemple, une réglementation, permettraient d'atteindre l'objectif de la politique publique?

Voir, par exemple, le mémoire présenté par le Bureau de la concurrence au Comité d'examen de la *Loi sur les transports au Canada* en novembre 2001 et la lettre du commissaire à l'honorable David Collenette concernant la restructuration éventuelle de l'industrie canadienne du transport aérien. <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/fr/01885f.html>.

⁴² Voir le mémoire présenté par le Bureau de la concurrence au Comité d'examen de la *Loi sur les transports au Canada*, novembre 2001.

⁴³ Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications, *Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications — Rapport final*, Ottawa, Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006, p. 11-25. <http://www.telecomreview.ca/epic/site/tprp-gecrt.nsf/en/rx00073e.html>

⁴⁴ *Ibid.*, p. 11-25.

⁴⁵ *Supra*, note 37, p. 8. <http://www.oecd.org/dataoecd/45/58/38085672.pdf>

⁴⁶ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), OECD Reviews of Regulatory Reform, *Regulatory reform in Canada from transition to new regulation challenges, Regulatory Reform in the Telecommunications Industry*, 2002, p. 19. <http://www.oecd.org/dataoecd/48/28/1960562.pdf>

⁴⁷ *Ibid.*, p. 19

⁴⁸ Fonds monétaire international, *Canada — Conclusions préliminaires de la mission de consultation au titre de l'article IV, menée au Canada par le Fonds monétaire international pour 2008*, 17 décembre 2007. <http://www.imf.org/external/np/ms/2007/fra/121707f.htm>.

⁴⁹ Ulf Böge, Allocution prononcée au Competition Forum, tenu à Séoul, en Corée en 2004.

⁵⁰ L'expérience de l'Australie est particulièrement digne de mention. Au milieu des années 1990, les trois ordres de gouvernement du pays ont convenu de mettre en place un programme de réforme de la Politique de la concurrence nationale. Cette mesure a donné lieu à de vastes réformes proconcurrentielles au niveau du pays et des États. On a notamment recensé 1 800 lois susceptibles d'avoir une incidence sur la concurrence dans différents secteurs pour les examiner et ensuite les modifier ou les abolir. En seulement quelques années, l'Australie a nettement amélioré sa performance économique, devant ainsi l'une des économies de l'OCDE les plus performantes, avec un taux de croissance moyen supérieur à 3 p. 100 depuis 2000 et les taux de chômage les plus faibles depuis les années 1970.

⁵¹ Voir Productivity Commission, 2005, *Review of National Competition Policy Reforms*, rapport n° 33. http://www.pc.gov.au/data/assets/pdf_file/0016/46033/ncp.pdf

⁵² Productivity Commission, 2006, *Potential Benefits of the National Reform Agenda*, rapport au conseil des gouvernements d'Australie, Canberra. <http://www.pc.gov.au/research/commissionresearch/nationalreformagenda>

⁵³ Pour déceler les problèmes de concurrence, les ministères et organismes doivent examiner les propositions en fonction de trois questions filtres qui font partie de la boîte à outils pour l'évaluation de la concurrence élaborée avec l'OCDE sur la base de l'expérience de différents pays en matière d'évaluation de la concurrence.

⁵⁴ La Commission examine aussi les propositions en fonction d'autres critères d'élaboration des politiques déterminés par le gouvernement d'Australie.