

**D
O
C
U
M
E
N
T

H
O
R
S

S
É
R
I
E**

**LA POLITIQUE DE CONCURRENCE
EN TANT QUE DIMENSION DE
LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE :
UNE ANALYSE COMPARATIVE**

*Document hors-série n° 7
Mai 1995*



Industrie Canada Industry Canada

REMERCIEMENTS

Les auteurs ont reçu des suggestions utiles de nombreuses personnes, notamment de hauts fonctionnaires du Bureau de la politique de concurrence et de plusieurs organismes étrangers oeuvrant dans le même domaine. Ils désirent remercier notamment Bruce Doern, Chris Green, Knud Hansen, Derek Ireland, Frank Mathewson, Russell Pittman, Someshwar Rao, Margaret Sanderson, Cecile Suchal et Val Traversy, qui ont formulé de précieuses observations au sujet d'une version précédente.

Les opinions exprimées ici sont celles des auteurs et ne coïncident pas nécessairement avec les vues du Bureau de la politique de concurrence, d'Industrie Canada, du gouvernement fédéral, et des personnes énumérées ci-dessus.

Vous trouverez à la fin de l'ouvrage des renseignements portant sur les documents publiés dans le cadre du Programme de publications de recherche et sur la façon d'en obtenir des exemplaires.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	<i>i</i>
I INTRODUCTION	1
II LA POLITIQUE DE CONCURRENCE À UNE ÉPOQUE DE MONDIALISATION : UNE VUE D'ENSEMBLE DES NOTIONS	9
Les marchés concurrentiels, l'efficience et le rôle de la politique de concurrence	9
Les effets de la mondialisation et de la concurrence étrangère sur l'application de la politique de concurrence	17
La pertinence des études empiriques sur la structure et le rendement de l'économie canadienne	21
Les exigences institutionnelles d'une politique de concurrence efficiente	26
III PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DU CANADA	29
La structure de la politique de concurrence du Canada	29
Objectifs et orientation de la politique de concurrence du Canada	34
Aperçu des principales dispositions de la Loi	36
La Loi sur la concurrence et la restructuration industrielle : L'expérience acquise à ce jour	38
IV LES RAPPORTS ENTRE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LES AUTRES POLITIQUES ÉCONOMIQUES	47
La politique de concurrence et la politique industrielle	47
Les ententes intergouvernementales concernant le commerce intérieur	52
Réforme de la réglementation industrielle sectorielle et privatisation	53
La politique économique internationale	57
La politique de concurrence et la propriété intellectuelle	59
La politique sociale	60
L'incidence du resserrement des rapports entre les politiques	61

V	LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DANS DIFFÉRENTS PAYS	63
	Les États-Unis	63
	La Communauté européenne	71
	Le Royaume-Uni	75
	La France	78
	La République fédérale d'Allemagne	80
	Le Japon	83
	Autres pays	86
	Résumé des résultats de l'analyse comparative	89
VI	L'AVENIR DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE AU CANADA	93
	Gains d'efficacité dynamiques et fusions fondées sur des impératifs de rationalisation	93
	Accords de collaboration interentreprises et dispositions relatives au complot	95
	Le traitement des coentreprises et des accords de spécialisation	100
	Commerce international, accès au marché et restrictions verticales	102
	Coopération internationale et convergence des régimes de concurrence	104
	Participation du secteur privé à l'application de la <i>Loi sur la concurrence</i>	107
	Responsabilités des organismes de réglementation en matière d'élaboration de politiques	108
	Le modèle canadien de concurrence et l'aide technique aux nouvelles économies de marché	110
VII	CONCLUSION	111
	PROGRAMME DE PUBLICATIONS DE RECHERCHE	115

RÉSUMÉ

Le présent exposé porte sur la relation entre les objectifs de la politique de concurrence et ceux de plus large portée de la politique économique se rapportant à la restructuration industrielle et à la compétitivité internationale. Bien que les auteurs se soient intéressés principalement au Canada, ils ont aussi étudié la législation et les politiques de concurrence d'autres grands pays industrialisés. Outre les politiques actuelles, ils se sont penchés sur diverses questions entourant le rôle que jouera à l'avenir la politique de concurrence, compte tenu de la tendance à la mondialisation de l'économie des années 90.

L'exposé comprend sept parties. La première présente les divers aspects du problème et souligne l'intérêt croissant que l'on porte au rôle de la politique de concurrence et à son rapport avec les autres politiques économiques, au Canada et à l'étranger. Cet intérêt découle de trois facteurs : l'importance que l'on reconnaît de plus en plus aux politiques micro-économiques d'ensemble dans la promotion de la croissance économique et du développement, la tendance à la privatisation et à la déréglementation qui s'est répandue à l'échelle internationale au cours de la dernière décennie et le renforcement parallèle des lois régissant la concurrence, ici comme dans d'autres pays, depuis quelques années. De plus, la mondialisation grandissante et la reconnaissance des effets du progrès technique sur la croissance et le développement ont fait ressortir deux nouveaux sujets d'étude : l'application de la politique de concurrence aux nouvelles formes d'ententes commerciales et sa complémentarité avec les politiques industrielles et celles du commerce international. C'est sur cette toile de fond que les auteurs ont élaboré leur étude.

La partie II contient un examen du rôle de la politique de concurrence à la lumière des travaux d'économistes sur la productivité et le rendement de l'industrie, ainsi que sur la structure de l'économie canadienne. On y signale que ce rôle est fonction des propriétés optimisantes que les économistes rattachent aux marchés concurrentiels. Les auteurs se penchent aussi sur les travaux récents de Michael Porter et d'autres analystes, qui tendent à démontrer qu'une concurrence vigoureuse entre les producteurs de biens et de services sur le marché intérieur accroît leur aptitude à soutenir la concurrence à l'échelle internationale. Ces travaux appuient la thèse de la complémentarité entre la politique de concurrence et les autres politiques favorisant l'efficacité de la structure industrielle. Si la libéralisation du commerce international a contribué à contrôler l'exercice de l'emprise sur les marchés, la présente étude montre qu'elle n'a pas, dans la plupart des pays, supprimé la nécessité d'adopter des politiques énergiques en matière de concurrence. Cette partie de l'étude se termine par un examen des recherches empiriques portant sur la structure de l'économie canadienne, dans laquelle on examine brièvement divers aspects institutionnels d'une politique de concurrence efficace.

Dans la partie III, les auteurs décrivent les volets primordiaux de la législation et de la

politique de concurrence actuelles du Canada, notamment dans la perspective de la restructuration de l'industrie. Leur analyse laisse entrevoir que plusieurs dispositions clés de la *Loi sur la concurrence* respectent l'objectif d'une plus grande efficacité. Au départ, dans l'article de la *Loi* qui en énonce l'objet et en guide l'application, il est expressément fait mention du désir de promouvoir l'efficacité et l'adaptabilité de l'économie et d'accroître les possibilités pour le Canada de participer aux échanges mondiaux; à cela s'ajoute l'objectif plus traditionnel d'une politique de concurrence, qui est de garantir des prix concurrentiels et une variété suffisante de produits. Les dispositions de fond de la *Loi*) notamment celles qui concernent les fusions) offrent diverses possibilités pour la réalisation de gains d'efficacité tout en mettant encore de l'avant, comme il se doit, la promotion de la concurrence dans les marchés pertinents.

Dans ses passages qui portent sur les fusions, la *Loi* reconnaît le rôle de la concurrence étrangère dans les marchés intérieurs et d'autres facteurs (dont l'existence d'entreprises en difficulté) pertinents en matière d'adaptation industrielle. Ces facteurs ont joué dans diverses causes qui ont fait l'objet d'une contestation judiciaire. Dans la même partie, les auteurs soulignent des décisions récentes de la Cour suprême du Canada, qui confirment à la fois la validité constitutionnelle de la *Loi* et sa fonction de pierre angulaire de l'économie de marché au Canada.

La quatrième partie du texte contient une analyse des relations entre la politique de concurrence et les autres domaines de la politique économique. Les auteurs constatent que la première est le complément essentiel d'un éventail de mesures visant à favoriser l'efficacité et le dynamisme de l'économie. Parmi celles-ci figurent notamment les ententes intergouvernementales au sujet des échanges intérieurs, les réformes réglementaires et les privatisations sectorielles, les politiques relatives à la propriété intellectuelle et à l'innovation, ainsi que la libéralisation du commerce international. La politique de concurrence peut aussi se trouver au coeur d'une politique industrielle efficace) dans la mesure où une telle politique est définie de façon générale pour inclure les diverses mesures gouvernementales destinées à promouvoir l'efficacité et le dynamisme de la structure industrielle. Dans le même ordre d'idées, la politique de concurrence contribue grandement au bien-être économique national du fait qu'elle remet en question des aspects de la politique industrielle qui peuvent avoir un caractère anticoncurrentiel, notamment des mesures de restriction des échanges ou de protection du marché par voie réglementaire.

À la partie V, les auteurs présentent un bref survol du rapport qui existe entre la politique de concurrence et la politique économique d'ensemble de divers pays étrangers, dont les États-Unis, la Communauté européenne, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la France et le Japon. Les auteurs soulignent aussi l'évolution particulière qu'ont connue la Suède, l'Australie et plusieurs autres pays. L'examen de la situation de chacun de ces pays éclaire utilement l'étude du rôle de la politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique dans le contexte de la mondialisation des années 90.

Cet examen indique que la politique de concurrence devient un aspect de plus en plus important de la politique économique à l'échelle mondiale. C'est un phénomène particulièrement évident en Europe, où elle est au coeur de l'unification des marchés. Son rôle est aussi manifeste en Australie et dans diverses nouvelles économies de marché, où l'on s'efforce de renforcer son rôle en tant qu'élément d'une réforme économique plus générale. Aux États-Unis, les lois antitrust demeurent la pierre angulaire du système de marchés. Même le Japon, longtemps réputé favorable à une stratégie industrielle interventionniste, renforce actuellement sa politique de concurrence à la suite de pressions internationales visant à améliorer l'accès à son marché intérieur.

L'analyse laisse croire aussi qu'un mouvement de convergence partielle vers la reconnaissance de l'efficacité économique en tant qu'objectif de base de la politique de concurrence s'est développé parmi les pays membres de l'OCDE. Elle démontre que la législation canadienne en cette matière et les mesures d'exécution qui l'accompagnent ne sont pas moins libérales du point de vue de la restructuration industrielle que celle d'autres pays fortement industrialisés. En fait, le modèle adopté au Canada constitue un exemple de politique de concurrence souple et fondée sur le jeu des forces du marché, qui se compare favorablement à celui des autres pays étudiés.

La partie VI présente un examen de différentes questions relatives à l'application future de la politique de concurrence au Canada. Ces interrogations ont notamment trait au rapport entre l'application de la *Loi sur la concurrence*, la restructuration industrielle et les nouvelles formes d'organisation commerciale, aux dimensions internationales de la politique de concurrence, aux questions institutionnelles et aux mécanismes administratifs.

Au chapitre de la restructuration industrielle, les auteurs s'intéressent notamment aux questions suivantes : le traitement des gains d'efficacité dynamiques et des fusions fondées sur des impératifs de rationalisation; les dispositions de la *Loi* qui ont trait aux coentreprises et aux accords de spécialisation; et le traitement accordé aux nouveaux modes d'organisation des entreprises tels que les alliances stratégiques et les réseaux industriels. Ils concluent que la législation actuelle assure un juste équilibre entre les facteurs propres à la concurrence et à l'efficacité. Les décideurs font face à la difficile tâche de ne se laisser dépasser ni par l'évolution de la théorie économique, ni par celle des marchés, afin de faciliter l'application efficace des diverses dispositions de la *Loi*.

En ce qui concerne la dimension internationale de la politique de concurrence, les auteurs font état dans cette partie du document des efforts déployés à l'heure actuelle en vue de favoriser la coopération internationale au niveau de l'application des lois et ils mettent en relief les facteurs qui incitent à envisager la portée d'une convergence de la politique de concurrence en général. Ils présentent aussi des observations concernant l'utilité possible du modèle canadien de politique de concurrence pour offrir une aide technique aux nouvelles économies de marché qui

apparaissent dans diverses régions du monde. Enfin, en ce qui touche les questions institutionnelles, les auteurs traitent brièvement du rôle des intervenants du secteur privé dans l'application de la législation sur la concurrence.

Les auteurs présentent à la partie VII diverses observations en guise de conclusion. Ils notent que la politique de concurrence joue un rôle de plus en plus important en tant que dimension de la politique économique au Canada et à l'étranger. Cette situation témoigne d'une évolution fondamentale de l'économie et du contexte qui entoure l'élaboration de la politique économique, telle que l'importance croissante que l'on attribue à la rivalité entre les entreprises comme moyen de promouvoir les changements dynamiques et la compétitivité. Les lois sur la concurrence, les politiques et les institutions canadiennes sont dans l'ensemble aptes à relever les défis inhérents au renforcement du rôle attribué à la politique de concurrence. Au Canada et à l'étranger, un important défi des responsables de la politique de concurrence sera de participer efficacement à l'extension de la portée et de l'incidence des principes de la politique de concurrence dans des domaines connexes de la politique économique, tout en veillant à préserver leur indépendance et leur impartialité dans l'accomplissement de leur vocation principale de gestionnaire de la loi sur la concurrence..

PARTIE I INTRODUCTION

Tant au Canada qu'à l'étranger, le rôle de l'État dans une économie de marché fait actuellement l'objet d'un examen, et des points de vue très différents en ressortent.

D'une part, un grand nombre de gens soutiennent que l'intervention directe de l'État dans le fonctionnement des marchés comporte de sérieuses limitations. Un exemple très éloquent de cette perception nous est donné par les anciens pays socialistes d'Europe de l'Est, de la Communauté des États indépendants et de certains pays d'Asie de l'Est et du Sud-Est, où l'on observe un mouvement soutenu de remplacement du régime de la propriété publique et du contrôle étatiques par des mécanismes d'économie de marché. Une tendance similaire se dégage des politiques adoptées au cours de la dernière décennie par les principaux pays industrialisés occidentaux, où l'on a mis l'accent sur la privatisation et la déréglementation comme moyens déterminants de parvenir à une répartition plus efficiente des ressources économiques¹.

D'autre part, certains s'inquiètent de la vitalité et de la compétitivité des pays industrialisés avancés et de leur capacité d'offrir encore à leurs citoyens un niveau de vie élevé et croissant. Au Canada, il n'y a eu pratiquement aucune croissance de la productivité dans le secteur manufacturier au cours de la majeure partie de la dernière décennie². Au début de la présente décennie, le revenu disponible réel était égal ou inférieur aux niveaux enregistrés à la fin des années 70, soit avant les deux récessions économiques survenues au début des années 80 et 90³. Bien que l'économie canadienne ait montré récemment des signes de reprise, après une décennie de profondes restructurations⁴, nos décideurs publics doivent de préoccuper de façon prioritaire d'assurer une croissance durable. Aux États-Unis, il est aussi généralement admis qu'il faut adopter des mesures visant à soutenir l'accroissement futur de la productivité et des

¹ Voir OCDE, *Réforme réglementaire, privatisation et politique de la concurrence*, Paris, 1992.

² Richard Dion et Robert Lafrance, «La productivité et la compétitivité des entreprises canadiennes depuis 1980», *Revue de la Banque du Canada*, printemps 1993. Pour une analyse plus détaillée, voir P. Someshwar Rao et Tony et Lemprière, *L'évolution de la productivité canadienne*, Groupe Communication Canada, Ottawa, 1992.

³ Statistique Canada, *Revenu après impôt, répartition selon la taille du revenu au Canada, 1991*, n° 13-210 au catalogue.

⁴ Voir «Economy Surges 6.4 percent: Consumers, business lead best quarterly growth in nearly 7 years», *Globe and Mail*, le 1^{er} septembre 1994, p. B1. Le lecteur trouvera des renseignements sur le mécanisme de restructuration dans l'ouvrage intitulé *Canada's Economic and Financial Prospects*, Banque Royale du Canada, automne 1993, et l'article rédigé par Alexander Ross et Randall Litchfield, «The New Industrial Revolution», *Canadian Business*, décembre 1993, p. 24-27.

revenus⁵.

Les répercussions de la mondialisation et du progrès technologique sur les groupes défavorisés de la société continuent toujours d'être une source de préoccupation. La très vive concurrence à l'échelle mondiale pour les produits et les services ainsi que pour la main-d'oeuvre spécialisée a provoqué un chômage considérable chez les travailleurs moins qualifiés, en plus d'accentuer les disparités de revenu dans les économies déjà industrialisées⁶. Les écarts de revenu et de richesse dans les pays industrialisés avancés, comme les États-Unis, se sont en fait accrus au point d'atteindre des niveaux qui n'ont pas été observés depuis les années précédant la Seconde Guerre mondiale⁷. Même pour les travailleurs spécialisés, le progrès technologique et les tendances connexes rendent incertains des plans de carrière et des revenus familiaux auparavant stables⁸.

Dans ce contexte, on s'intéresse davantage au rôle que l'État doit jouer dans la création de conditions favorisant la compétitivité et la prospérité nationales⁹. On s'intéresse aussi davantage au rôle de la politique de concurrence (politique antitrust) et à son incidence sur la restructuration industrielle¹⁰. Dans son analyse de l'avantage concurrentiel des nations, Michael Porter soutient que la politique de concurrence est un important moyen de favoriser l'innovation et l'amélioration des produits et des procédés de production¹¹. À l'opposé, certains soutiennent qu'elle peut faire obstacle à une réorganisation efficace de l'industrie¹². À tout le moins, il est généralement admis que la politique de concurrence constitue désormais une composante

⁵ Voir le United States Competitiveness Policy Council, *Promoting Long-Term Prosperity*, troisième rapport au président et au Congrès, mai 1994.

⁶ Robert Reich, *The Work of Nations*, Knopf, New York, 1991, p. 208-224.

⁷ Paul Krugman, *The Age of Uncertainty*, 1991, p. 19-22.

⁸ L'accroissement de l'instabilité du revenu des familles, par rapport aux décennies antérieures, est une caractéristique importante de l'économie canadienne des années 90. Voir Conseil économique du Canada, *Les nouveaux visages de la pauvreté*) *La sécurité du revenu des familles canadiennes*, Ottawa, 1992.

⁹ «L'État doit poser des jalons et permettre aux entreprises de s'adapter aux changements [...] l'État n'a pas pour mission de mettre l'entreprise à l'abri de tous les risques, il doit créer un cadre économique et institutionnel propice à l'innovation», Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois, Pour la relance économique*) *Le plan d'action libéral pour le Canada*, septembre 1993, p. 43. Des sujets connexes sont abordés dans le rapport du United States Competitiveness Policy Council, voir la note 5 ci-dessus.

¹⁰ Voir à ce sujet Calvin S. Goldman et Joel T. Kissack, «The Role of Competition Policy in Canada's Industrial Policy», *Canada-United States Law Journal*, vol. 19, 1993, p. 105-130.

¹¹ Michael Porter, *L'avantage concurrentiel des nations*, Inter éditions pédagogiques, Paris, 1993. Pour une analyse de cet ouvrage, voir la partie II de notre exposé.

¹² Voir, de façon générale, Lester C. Thurow, *Head to Head: The Coming Economic Battle Among Japan, Europe and America*, William Morrow, New York, 1992.

essentielle de la politique économique nationale et internationale et, partant, qu'elle aura une incidence notable sur l'affectation des ressources économiques dans l'économie mondiale des années 90¹³.

L'importance grandissante de la politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique nationale est particulièrement manifeste au Canada. Cette tendance fait suite à la refonte et au renforcement de la législation canadienne en matière de concurrence en 1986, à une tendance à long terme privilégiant l'adoption de politiques axées sur les forces du marché et au recours de moins en moins marqué à la propriété publique et à la réglementation des industries par l'État¹⁴. Récemment, la Cour suprême du Canada a elle-même reconnu le rôle déterminant de la législation sur la concurrence dans la politique économique canadienne, à l'occasion d'un arrêt de principe qui a confirmé la validité d'une disposition clé de la Loi et sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans cet arrêt, la Cour fait remarquer que la *Loi sur la concurrence* est un «élément central de l'intérêt public du Canada en matière économique»¹⁵.

Sur un plan plus général, l'intérêt que suscite à l'heure actuelle la politique de concurrence traduit la reconnaissance grandissante du rôle important des lois, des politiques et des organismes d'encadrement du secteur des entreprises en tant que facteurs déterminants de la prospérité et de la croissance économiques des pays¹⁶. À cet égard, les théoriciens de l'économie semblent en voie de s'entendre sur le fait que les organismes et les politiques d'encadrement figurent parmi les facteurs cruciaux qui influent sur les taux de croissance nationale) certains soutiennent même qu'il s'agit des éléments les plus importants de tous¹⁷. Les politiques d'encadrement ont une influence directe sur les stimulants en matière d'accumulation efficace du capital, de diffusion de la technologie et d'amélioration des produits, des procédés de production et des techniques de commercialisation des entreprises. De plus, ces politiques définissent (et reflètent) l'évolution des sociétés de diverses autres façons plus subtiles, notamment en influant sur les attitudes à l'égard de l'innovation et de l'adaptation au changement.

¹³ Voir Sylvia Ostry, *Governments and Corporations in a Shrinking World: Trade and Innovation Policies in the United States, Europe and Japan*, Council on Foreign Relations, New York, 1990.

¹⁴ Voir Bureau de la politique de concurrence, *La politique de concurrence au Canada et les autres politiques économiques et sociales*, Consommation et Affaires commerciales Canada, septembre 1989, p. 14-24.

¹⁵ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, (1992) 43 C.P.R. (3d) (Cour suprême du Canada, le 9 juillet 1992). Pour une analyse des répercussions particulières de cette affaire, voir la partie VI du présent exposé.

¹⁶ Dans le présent exposé, l'expression «lois et politiques d'encadrement» désigne les mesures qui définissent les paramètres généraux de l'activité des entreprises (p. ex., les politiques en matière de concurrence, de propriété intellectuelle et de commerce international, ainsi que la réglementation des marchés financiers), par opposition à la réglementation détaillée s'appliquant à des industries précises.

¹⁷ Ce modèle «institutionnel» de la croissance économique s'inspire en partie des travaux de Mancur Olsen, *The Rise and Decline of Nations: Growth, Stagflation and Social Rigidities*, Yale University Press, New Haven, 1984.

L'influence des politiques d'encadrement ne se fait pas uniquement sentir dans les économies déjà industrialisées. Il est en effet de plus en plus reconnu que l'adoption de mesures d'encadrement axées sur l'exercice des forces du marché, par opposition à des politiques plus interventionnistes, a grandement contribué au développement rapide

de la Corée du Sud et d'autres «tigres» de l'Asie du Sud-Est durant les années 80¹⁸.

La loi et la politique en matière de concurrence au Canada contiennent déjà des éléments importants qui les rendent compatibles avec les exigences de la mondialisation de l'économie. Parmi ceux-ci figurent un plaidoyer en faveur de gains d'efficacité et la reconnaissance du rôle de la concurrence étrangère en tant qu'aspect à considérer au moment des fusions, ainsi que des dispositions législatives précises relatives aux coentreprises et aux accords de spécialisation¹⁹. Ces dispositions de la législation adoptée en 1986 prévoyaient l'apparition de phénomènes nouveaux, notamment la libéralisation des échanges à l'échelle régionale et mondiale, comme en témoignent la signature de l'Accord canado-américain de libre-échange (ALE) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), ainsi que la conclusion fructueuse de l'Uruguay Round des négociations commerciales multilatérales du GATT. Elles témoignent d'une volonté manifeste de faire en sorte que la politique de concurrence favorise les gains d'efficacité²⁰.

Au Canada, la politique de concurrence mérite toutefois l'attention soutenue des décideurs, notamment à la lumière du phénomène de la mondialisation et de l'accélération du progrès technique. La mondialisation rend de plus en plus importants les aspects de la politique de concurrence qui favorisent une restructuration industrielle efficace. Les résultats des recherches sur les aspects structurels de l'économie canadienne démontrent que celle-ci a déjà souffert de lacunes structurelles généralisées, qu'il s'agisse d'une échelle de production sous-optimale, d'une spécialisation limitée au niveau des produits et d'autres facteurs connexes. Ces lacunes, conjuguées à la taille restreinte de l'économie canadienne par rapport à celle des États-Unis, sont à l'origine du traitement spécial accordé dans le passé aux gains d'efficacité dans la conception et l'application de la politique de concurrence au Canada²¹.

Quand on analyse le rôle de la législation et de la politique de concurrence du Canada, il est essentiel de tenir compte de l'expérience acquise ailleurs dans le monde. Dans le contexte de l'économie mondiale des années 90, la conception des politiques et des organismes économiques

¹⁸ Voir Banque mondiale, *The East Asian Miracle: Economic Growth and Public Policy*, Oxford University Press For the World Bank, New York, 1993. Dans ce rapport, on dit (à la page 10) que la fonction propre de l'État est de veiller à ce que l'on investisse suffisamment dans la main-d'œuvre, *d'assurer un climat concurrentiel à l'entreprise privée* (italiques ajoutées), de maintenir l'ouverture de l'économie au commerce international et d'assurer une conjoncture macro-économique stable. Pour une opinion quelque peu divergente, voir Robert Wade, *Governing the Market: Economic Theory and the Role of Government in East Asian Industrialization*, Princeton University Press, 1992.

¹⁹ Pour une analyse plus détaillée de ces dispositions, voir les parties III et VI du présent exposé.

²⁰ George N. Addy, *The Canadian Competition Act As A Model of Flexible, Forward-Looking Competition Law*, allocution prononcée lors de la conférence sur la promotion de la compétitivité au Mexique, tenue à Monterrey, Nuevo Leon, Mexique, le 5 octobre 1993.

²¹ R. S. Khemani, «Merger Policy in Small vs. Large Economies», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1991, chapitre 9, p. 205-223, notamment à la p. 208.

d'encadrement est en soi un moyen important par lequel les pays peuvent rivaliser entre eux pour avoir accès aux ressources rares en technologie, en capital et en main-d'oeuvre qualifiée, qui sont essentielles au maintien de la prospérité²². À cet égard, il importe de veiller à ce que la loi et la politique de concurrence du Canada soient compatibles avec celles d'autres grands pays industrialisés et *concurrentielles* par rapport à celles-ci.

Dans le présent exposé, nous examinons la relation entre les objectifs de la politique de concurrence et ceux d'une politique économique plus large visant la restructuration industrielle et la compétitivité internationale. L'analyse est surtout axée sur le Canada, mais elle examine aussi la loi et la politique de concurrence, ainsi que l'interaction entre celles-ci et la restructuration industrielle, dans un certain nombre d'autres grands pays industrialisés. En plus de l'analyse des politiques actuelles, nous nous pencherons aussi sur plusieurs autres questions portant sur le rôle futur de la politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique.

La partie II de l'exposé traite des aspects conceptuels de la politique de concurrence et de leur rapport avec la restructuration industrielle et la compétitivité internationale dans le cadre de la mondialisation. On y examine notamment diverses préoccupations actuelles au sujet de la productivité et de la compétitivité de l'industrie canadienne et du rôle que peut jouer la politique de concurrence à cet égard.

La partie III présente une vue d'ensemble des aspects pertinents de la politique de concurrence telle qu'elle est appliquée au Canada à l'heure actuelle. Pour ce faire, nous examinons les objectifs et l'orientation de la *Loi sur la concurrence*, ainsi que les dispositions particulières de celle-ci visant les fusions, les coentreprises et les accords de spécialisation. À la partie IV, nous présentons une analyse des rapports croissants qui s'établissent entre la politique de concurrence et les autres champs de la politique économique, y compris divers aspects de la politique intérieure et internationale.

Dans la partie V, nous examinons des aspects analogues de la politique de concurrence de plusieurs autres pays, dont les États-Unis, la Communauté européenne, la République fédérale d'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et le Japon. La politique de concurrence adoptée par chacun de ces pays témoigne d'une démarche quelque peu différente en matière de politique de concurrence et constitue un point de comparaison utile avec le Canada. Dans la partie VI, nous traitons de plusieurs questions portant sur le rôle futur de la politique de concurrence du Canada. Parmi celles-ci figurent l'application des dispositions de fond de la *Loi*, des questions institutionnelles et de procédures ainsi que les rapports entre la politique de concurrence et d'autres politiques économiques d'encadrement. Nos conclusions sont présentées à la partie VII.

²² Voir Ostry, *op. cit.*, note 13.

PARTIE II

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE À UNE ÉPOQUE DE MONDIALISATION : UNE VUE D'ENSEMBLE DES NOTIONS

Les marchés concurrentiels, l'efficience et le rôle de la politique de concurrence

Dans une économie capitaliste moderne, le rôle de la politique de concurrence repose directement sur la perception qu'ont les économistes des propriétés optimisantes des marchés concurrentiels. Pour être plus précis, la concurrence fait en sorte que le prix payé par le consommateur corresponde au coût marginal de production d'un bien ou d'un service donné. Ce mécanisme favorise l'allocation efficiente des ressources dans l'économie²³. De façon générale, on estime aussi que la concurrence incite les entreprises à réduire leurs coûts au minimum par l'adoption des meilleures technologies disponibles et des modes d'organisation les plus appropriés. C'est ce qu'on désigne parfois au moyen de l'expression «efficience X»²⁴. Dans ce contexte, une politique de concurrence doit avoir pour effet de décourager ou d'éliminer l'utilisation d'opérations et de pratiques commerciales qui ont pour effet de compromettre l'efficience en entravant la concurrence²⁵.

On admet généralement que les marchés concurrentiels comportent des avantages; toutefois, il y a eu, dans le passé, de nombreux débats au sujet de la nécessité pour la politique de concurrence d'en assurer le maintien et le bon fonctionnement. En fait, on a remis en question à plusieurs égards le rôle de la politique de concurrence. D'une part, des critiques, dont Armentano, ont soutenu que tout danger de monopolisation ou de cartellisation est probablement provisoire, si bien que les avantages des marchés concurrentiels ne dépendent pas d'une

²³ Voir F. M., Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, deuxième édition, Houghton Mifflin, Boston, 1980, p. 13-14.

²⁴ La notion d'«efficience X» a été proposée à l'origine par Harvey Leibenstein, «Allocative Efficiency vs. X-Efficiency», *American Economic Review*, vol. 56, juin 1966, p. 392-415. Bien que des commentateurs aient remis en question par la suite les hypothèses de modélisation de cet auteur, Ulrich Kamecke utilise des hypothèses théoriques différentes pour démontrer l'existence d'une inefficience X, dans un article intitulé «The Role of Competition For An X-Inefficiency Organized Firm», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 11, 1993, p. 391-405. Dans ses travaux, Kamecke souligne la présence de stimulants qui incitent les gestionnaires à investir de façon excessive afin de renforcer leur position au moment de la renégociation de contrats au sein des entreprises. En plus des sources d'efficience à caractère «statique» mentionnées ci-dessus, on soutient parfois que les marchés concurrentiels comportent une forte incitation à innover (efficience dynamique). Toutefois, les vues sont très partagées à ce sujet. Voir la partie VI de l'exposé ci-après.

²⁵ Cette conception normative du rôle de la politique de concurrence s'oppose au modèle des «choix publics», selon lequel la politique et la loi en matière de concurrence, comme toute forme d'intervention de l'État, peuvent être considérées comme le résultat d'un processus d'arbitrage entre des groupes d'intérêt concurrents dans un «marché politique» donné. Voir Frank Mathewson, «Competition Policy in the Menu of Government Actions», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Khemani et Stanbury, *op. cit.*, note 21, p. 13-19.

intervention continue de l'État²⁶. Ces critiques remettent aussi en question le rôle de la législation en matière de concurrence (législation antitrust) sur le plan idéologique, parce qu'elle restreint le droit «naturel» à la propriété privée et la liberté de conclure des marchés. D'autre part, les théoriciens de l'«école de Chicago», Robert Bork à leur tête, soutiennent que, dans le passé, la politique antitrust a entravé inutilement (notamment, aux États-Unis) des pratiques commerciales vraisemblablement efficaces, surtout dans le domaine des rapports contractuels verticaux²⁷. Ces auteurs conviennent toutefois que la loi et la politique en matière de concurrence ont un rôle fondamental à jouer en ce qui a trait aux ententes interentreprises et aux fusions qui limitent la concurrence²⁸.

En ce qui concerne le domaine précis de la politique relative aux fusions, des analystes tels que Eckbo et Weir ont mis en doute l'hypothèse suivant laquelle des fusions ou d'autres pratiques anticoncurrentielles créaient une emprise sur les marchés ou un pouvoir de marché. Cette remise en question repose principalement sur une analyse empirique de l'effet des fusions sur le cours des actions d'entreprises rivales. Sur cette base, Eckbo et Weir se fondent sur le fait qu'il faudrait renoncer à contester les fusions en invoquant le fait qu'elles nuisent à la concurrence²⁹.

Les universitaires continueront sans doute de s'interroger sur les répercussions des politiques antitrust, mais des travaux de recherche récents sur l'organisation industrielle remettent en question l'hypothèse selon laquelle les mesures visant à contrecarrer l'exercice d'une emprise sur les marchés sont inutiles. Il ressort clairement de l'analyse que les fusions et les ententes interentreprises peuvent en fait entraîner une importante perte de bien-être³⁰. Les études de branches industrielles où s'exerce une emprise sur les marchés ont confirmé que cette emprise est très étendue et qu'elle est attribuable, en grande partie, à un comportement

²⁶ Domenick Armentano, *Antitrust and Monopoly: Anatomy of A Policy Failure*, John Wiley and Sons, New York, 1984.

²⁷ Voir Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Basic Books, New York, 1978, ainsi que Frank H. Easterbrook, «Vertical Arrangements and the Rule of Reason», *Antitrust Law Journal*, vol. 5.3, n° 1, 1984, p. 135-173.

²⁸ C'est notamment le cas de Bork. Dans une analyse de la législation antitrust américaine concernant les accords horizontaux de fixation des prix et de partage du marché, il a affirmé que la loi a eu, au cours des décennies, des conséquences bénéfiques considérables pour les consommateurs. Voir Bork, *ibid.*, p. 263.

²⁹ Voir, p. ex., B. E. Eckbo et P. Weir, «Antimerger Policy Under the Hart-Scott-Rodino Act: A Re-examination of the Market Power Hypothesis», *Journal of Law and Economics*, vol. 28, 1985, p. 119-149.

³⁰ Pour un bon aperçu des nouvelles théories pertinentes, voir Alexis Jacquemin et Margaret E. Slade, «Cartels, Collusion and Horizontal Merger», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Richard Schmalensee et Robert D. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, Amsterdam, 1989, chap. 7, p. 416-472.

anticoncurrentiel³¹.

Quant aux vues particulières d'Eckbo et de Weir, des analyses plus récentes donnent à penser que leurs conclusions en matière de politique sont inexactes. Plus précisément, leur incapacité de dégager des preuves de l'effet anticoncurrentiel des fusions, à partir de l'examen des données des marchés boursiers, peut tenir à la diversité de la production de bon nombre des entreprises participantes et, selon les cas, à des facteurs différents³². En fait, il se peut que cette absence de preuves découle simplement du fait que les politiques en vigueur sont efficaces pour faire obstacle aux fusions qui ont véritablement un caractère anticoncurrentiel³³. L'analyse de cas particuliers de fusionnements d'entreprise peu après l'entrée en vigueur de la *Sherman Act* aux États-Unis (c'est-à-dire avant que cette loi n'ait été en vigueur suffisamment longtemps pour dissuader d'éventuels contrevenants d'avoir recours à ces pratiques) révèle l'existence d'importants effets anticoncurrentiels³⁴. Dans cette perspective, l'application des dispositions relatives aux fusions, au Canada comme aux États-Unis, ne vise qu'un très petit nombre d'opérations susceptibles d'avoir de tels effets³⁵.

Des analyses récentes laissent aussi entendre qu'une politique de concurrence énergique peut concourir, dans une large mesure, à la réussite et à la vitalité des entreprises, en plus de protéger les consommateurs contre l'exercice d'une emprise sur le marché. Il s'agit là d'une conclusion importante des travaux de Michael Porter sur l'avantage concurrentiel des nations. Selon lui, la rivalité intérieure contribue directement à la compétitivité internationale des entreprises d'un pays :

Un des résultats empiriques les plus frappants de notre recherche a été l'observation d'un rapport entre l'intensité de la rivalité intérieure et la création et le maintien de l'avantage concurrentiel d'une industrie donnée [...]. La rivalité intérieure s'accompagne d'une incitation non seulement à innover, mais aussi à

³¹ Timothy Bresnahan, «Empirical Studies of Industries with Market Power», dans l'ouvrage préparé sous la direction de Schmalensee et Willig, *ibid.*

³² Voir R. P. McAfee et M. A. Williams, «Can Event Studies Detect Anti-Competitive Mergers?», *Economic Letters*, vol. 28, 1988, p. 199-203; G. Werden et M. A. Williams, «The Role of Stock Market Studies in Formulating Antitrust Policy Toward Horizontal Mergers», *Quarterly Journal of Business and Economics*, vol. 28, 1989, p. 3-21; et Laurence, Schumann, «Patterns of Abnormal Returns and the Competitive Effects of Horizontal Mergers», *Review of Industrial Organization*, vol. 8, 1993, p. 679-696.

³³ Voir Robin A. Praeger, «The Effects of Horizontal Mergers on Competition: The Case of the Northern Securities Company», *RAND Journal of Economics*, vol. 23, n° 1, printemps 1992, p. 123-133.

³⁴ Voir Praeger, *ibid.*

³⁵ Voir l'analyse de la politique de concurrence au Canada et aux États-Unis qui figure aux parties III et V du présent exposé.

innover de manière à *accentuer* les avantages concurrentiels des entreprises d'un pays³⁶.

Porter ajoute qu'une politique antitrust vigoureuse est un élément déterminant du rythme de croissance d'une économie³⁷. Il insiste particulièrement sur une application énergique de la législation en matière de concurrence lorsqu'il s'agit d'opérations horizontales de fusion, d'activités de collusion (c.-à-d., fixation de prix et partage du marché) et d'alliances stratégiques.

Les vues de Porter sur le rôle de la rivalité sur le marché intérieur et de l'apport précis de la politique de concurrence à l'avantage concurrentiel ont été contestées à plusieurs égards. Par exemple, McFetridge signale que la croissance économique rapide du Japon et de l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale s'est opérée sans l'application de vigoureuses lois en matière de concurrence. Partant, il soutient qu'il est possible que l'avantage concurrentiel national soit la cause d'une forte rivalité sur le marché intérieur, plutôt que l'inverse, comme le conclut Porter³⁸.

En réponse à l'observation de McFetridge, il faut préciser que, même si les efforts déployés au cours de la dernière décennie par les responsables japonais de la politique en matière de concurrence ont été jugés faibles, l'expansion d'après-guerre fut précédée de l'adoption d'importantes mesures structurelles de déconcentration qui ont mené à la fragmentation systématique d'entreprises auparavant fortement concentrées. Ces mesures avaient pour objet précis de mettre en place une structure industrielle concurrentielle³⁹. De plus, durant la période de forte croissance, un grand nombre des secteurs prédominants de l'industrie japonaise (p. ex., la fabrication d'automobiles) étaient très concurrentiels sur le plan structurel. Par conséquent, l'exemple du Japon n'est pas nécessairement incompatible avec la notion fondamentale de Porter au sujet du rapport entre la rivalité intérieure et l'efficacité dynamique, bien qu'il laisse entendre qu'il soit possible d'atteindre le degré de rivalité nécessaire par des moyens autres que l'application d'une législation antitrust classique.

La concurrence peut aussi favoriser l'accroissement de la productivité par des voies différentes de celles qu'a signalées Porter. Ainsi, de récents travaux en font un facteur propre à accélérer le rythme selon lequel les multinationales transfèrent la technologie vers des pays d'accueil comme le Canada. En termes plus précis, la concurrence contribue à maintenir l'accès

³⁶ Voir l'ouvrage de Porter, *op. cit.*, note 11, p. 117. La théorie de l'avantage concurrentiel des nations de Porter offre un nouveau paradigme pour expliquer l'évolution des investissements et des échanges internationaux. Elle comprend des aspects de la théorie classique de l'avantage *comparatif*, mais elle met en relief d'autres aspects de la question, tels que la rivalité, la stratégie des entreprises, les caractéristiques de la demande et l'existence d'industries connexes ou auxiliaires. Voir Porter, chap. II et III.

³⁷ Voir Porter, *op. cit.*, note 11, p. 663.

³⁸ Donald F. McFetridge, *Globalization and Competition Policy*, Bell Canada Papers on Economic and Public Policy, septembre 1992, p. 6-7.

³⁹ Masu Uekusa, «Effects of the Deconcentration Measures in Japan», *Antitrust Bulletin*, automne 1977, p. 687-715; voir aussi Porter, *op. cit.*, note 11, p. 384-421.

aux techniques les plus avancées au sein des entreprises, ce qui leur permet de ne pas se laisser devancer par leurs rivales⁴⁰. C'est ainsi qu'à leur tour les pays d'accueil bénéficient de retombées technologiques positives et que se crée le «cercle vertueux» du progrès technique et de l'amélioration de la productivité⁴¹. La concurrence peut aussi stimuler la productivité du fait qu'elle favorise l'adoption rapide de meilleures pratiques de gestion⁴².

L'effet important de la politique de concurrence sur l'accroissement de la productivité et sur la compétitivité se trouve aussi confirmé par une étude des pays qui n'ont pas su, au fil de leur histoire, maintenir une législation efficace en matière de concurrence. Dans une analyse de l'économie de la Suisse réalisée en 1992, l'OCDE signalait que les importantes contraintes entravant la concurrence dans les secteurs des biens et services, négociables ou non, ainsi que l'absence d'une législation moderne sur la concurrence, figuraient parmi les principales entraves à l'amélioration de la productivité et à la croissance économique⁴³. Les auteurs ont recommandé de procéder à un renforcement radical de la politique de concurrence afin de remédier à la situation et de permettre à la Suisse de s'adapter au processus d'intégration économique européenne.

Dans une étude du rôle de la politique de concurrence dans une économie de marché moderne, il importe de reconnaître que l'objectif général de l'efficience peut justifier, dans certaines circonstances, l'adoption de dispositions qui limitent la concurrence dans une certaine mesure. Les fusions ou les coentreprises, qui contribuent parfois à limiter la concurrence, peuvent toutefois améliorer le bien-être économique général si elles permettent de réaliser une réduction compensatoire des coûts grâce à la présence d'économies d'échelle et de synergies ou à l'utilisation d'autres moyens. Sur le plan analytique, il s'agit, selon l'expression de Williamson, de l'arbitrage entre la concurrence et l'efficience qu'il faut considérer au moment de l'examen des fusions⁴⁴.

On désigne parfois de modèle de «bien-être général» une approche en matière de politique

⁴⁰ Magnus Blomstrom, «Avantages de l'investissement étranger pour le pays d'accueil», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de D. McFetridge, *Investissement étranger, technologie et croissance économique*, Documents de recherche d'Investissement Canada, University of Calgary Press, Calgary, 1992, chap. 4, p. 100-101.

⁴¹ Voir Blomstrom, *op. cit.*

⁴² Voir Keith Newton, «Management Strategies For Productivity and Competitiveness: Organizational Innovation, Total Quality Management and Human Resource Management», Industrie Canada, document reprographié, février 1994.

⁴³ OCDE, *Études économiques de l'OCDE : Suisse*, Organisation de coopération et de développement économiques, 1992, partie III, p. 68-102.

⁴⁴ Voir Oliver E. Williamson, «Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, vol. 58, mars 1968, p. 18-36; et, du même auteur, «Economies as an Antitrust Defense Revisited», *University of Pennsylvania Law Review*, 1977.

de concurrence qui tient compte des économies que peuvent réaliser les producteurs en même temps que des variations que connaissent les surplus des consommateurs à la suite d'opérations commerciales. Ce modèle peut être mis en opposition à celui du «surplus des consommateurs», qui n'accorde aucun poids particulier aux économies de coût des producteurs qui ne sont pas transmises aux consommateurs⁴⁵. On peut soutenir que l'approche du bien-être général convient particulièrement bien à des économies de petite taille comme celle du Canada où il peut être nécessaire de détenir d'importantes parts du marché et d'atteindre une forte concentration afin de profiter des économies d'échelle et de spécialisation⁴⁶. Il n'est probablement pas nécessaire d'appliquer ce modèle aux économies de grande taille, comme celle des États-Unis, où les niveaux d'efficacité technique pertinents peuvent être atteints à des degrés de concentration moindres.

Comme on le verra dans la suite de l'exposé, la politique de concurrence du Canada en matière de restructuration industrielle repose en fait sur un modèle de bien-être général, tandis que la politique antitrust des États-Unis (du moins en ce qui a trait aux fusions) reflète en général une approche axée sur le surplus des consommateurs⁴⁷. Dans la pratique toutefois, l'un et l'autre de ces modèles se chevauchent considérablement et leur application donne souvent des résultats analogues.

On soutient parfois que la politique de concurrence, en plus du rôle économique qu'elle joue, poursuit aussi des objectifs politiques et économiques plus vastes⁴⁸. Dans certaines circonstances, elle peut) par exemple, en facilitant l'accès au marché) stimuler la croissance des PME et favoriser en même temps l'arrivée d'entreprises étrangères sur le marché⁴⁹. Elle peut

⁴⁵ Au sens propre, un modèle de bien-être général tient compte des variations du surplus des consommateurs et des économies réalisées par les producteurs (les gains d'efficacité) qui se manifestent dans le marché concurrentiel pertinent ou dans d'autres marchés touchés. Pour plus de précisions, voir Paul S. Crampton, «Alternative Approaches to Competition Law: Consumers' Surplus, Total Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals», *World Competition*, vol. 17, n° 3, mars 1994, p. 55-86.

⁴⁶ Comme Khemani l'a signalé, on ne peut négliger, dans l'administration de la politique de concurrence, la possibilité que la taille inefficace des usines ou les séries de production trop courtes soient un problème général dans le secteur manufacturier canadien. R. S. Khemani, «Merger Policy in Small vs. Large Economies», paru dans l'ouvrage de Khemani et Stanbury, *op. cit.*, note 21, p. 205-223, à la page 208.

⁴⁷ Voir la partie V du présent exposé. Pour une analyse pertinente, voir Charles F. Rule, *Antitrust, Consumers and Small Business*, analyse présentée lors de la 21st New England Antitrust Conference, Harvard Law School, Cambridge (Mass.), le 13 novembre 1987.

⁴⁸ Voir Paul K. Gorecki et W. T. Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy*, Institut de recherche en politiques publiques, Montréal, 1984.

⁴⁹ On fait mention de tels objectifs de la politique de concurrence dans la disposition de déclaration d'objet de la *Loi sur la concurrence*. Voir la partie III du présent exposé.

aussi contribuer à promouvoir une économie et une société pluralistes⁵⁰.

Enfin, Green a laissé entendre que la politique de concurrence stimule la confiance du public dans le système de marché concurrentiel, car elle impose un ensemble élémentaire de «règles du jeu»⁵¹. Elle permet donc d'éviter à l'État d'avoir à utiliser des moyens d'intervention plus contraignants (par exemple, l'imposition de contrôles réglementaires à certains secteurs industriels), ce qui pourrait nuire au système. De cette façon, la politique de concurrence peut contribuer au maintien d'un régime politique à caractère démocratique⁵². Ce sont toutefois là des effets à caractère socio-politique de la politique de concurrence qui n'ont pas de rapport avec ses avantages économiques directs⁵³.

Les effets de la mondialisation et de la concurrence étrangère sur l'application de la politique de concurrence

La mondialisation et l'accroissement de la concurrence étrangère dans de nombreuses branches industrielles ont soulevé d'importantes questions quant à la politique de concurrence. D'abord, certains analystes ont soutenu qu'en raison du rôle prépondérant que la concurrence joue dans le monde, le recours à une vigoureuse politique de concurrence intérieure est peut-être moins nécessaire dans bien des secteurs⁵⁴. La concurrence mondiale a aussi stimulé l'intérêt à l'égard de nouveaux modes d'organisation des entreprises qui, soutient-on, sont nécessaires pour

⁵⁰ Pour un examen connexe de cette question, voir l'ouvrage préparé sous la direction de R. S. Khemani, D. M. Shapiro et W. T. Stanbury, *Mergers, Corporate Concentration and Power in Canada*, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1988.

⁵¹ C. Green, «Industrial Organization Paradigms, Empirical Evidence and the Economic Case for Competition Policy», *Revue canadienne d'économique*, vol. XX, n° 3, août 1987, p. 482-505.

⁵² Selon Green (*ibid.*), étant qu'un système de libre-entreprise totale (le capitalisme) pourrait ne pas être acceptable à la plupart des citoyens des démocraties occidentales, il peut s'avérer nécessaire d'en réglementer de quelque façon le fonctionnement. Plus loin, il ajoute qu'une législation antitrust pertinente peut contribuer à rendre un système de marché plus acceptable, tout en exigeant un degré minimum d'intervention directe ou discrétionnaire des pouvoirs publics. Il conclut que les lois sur la concurrence constituent en fait un bien public, puisqu'elles évitent aux autorités de prendre d'autres mesures qui risqueraient de compromettre l'équité et la viabilité de la démocratie que permet un régime capitaliste. L'analyse de Green a comme point de départ les travaux de Joel B. Dirlam et Alfred E. Kahn, *Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy*, Cornell University Press, Ithaca (N.Y.), 1954, et de Dan Usher, *The Economic Prerequisite to Democracy*, Basil Blackwell, Oxford, 1981.

⁵³ Green, *op. cit.*, note 51.

⁵⁴ Voir, p. ex., Thurow, *op. cit.*, note 12.

y faire face⁵⁵. Il s'agit notamment d'alliances stratégiques, de grappes industrielles et d'autres modes de coopération plus limitées telles que des coentreprises dans le domaine de la R-D et des accords de coproduction⁵⁶. Selon certains spécialistes, le fait qu'on ait négligé de promouvoir la réalisation de telles ententes a été l'un des principaux facteurs qui a nui à la performance des entreprises en Amérique du Nord⁵⁷.

Dans l'étude de ces questions, il importe de garder à l'esprit qu'il existe d'importantes différences entre la politique de concurrence du Canada et celle d'autres pays (surtout celle des États-Unis) sous le rapport de l'innovation et de la restructuration industrielle. Ces différences, décrites de façon plus détaillée à la partie III, comprennent la façon dont les gains d'efficience sont traités dans les opérations de fusion, l'existence au Canada d'une exemption spéciale touchant les accords de spécialisation agréés et un régime statutaire différent applicable aux coentreprises. Néanmoins, la critique de la politique de concurrence, fondée sur la mondialisation, soulève des questions de nature générale qu'il convient de considérer attentivement, tant au Canada qu'à l'étranger.

De toute évidence, la concurrence étrangère, lorsqu'elle existe, concourt à limiter l'exercice du pouvoir de marché par les entreprises sur le marché intérieur. Il s'agit là d'un facteur déterminant dont les autorités responsables de la politique antitrust tiennent compte au moment de l'évaluation des opérations et des pratiques commerciales⁵⁸. En effet, dans une entrevue accordée en 1989, Charles F. Rule, alors procureur général adjoint des États-Unis, affirmait, traitant des effets de l'internationalisation sur les mesures antitrust, que la concurrence étrangère était plus expéditive et plus efficiente, pour limiter le comportement abusif des entreprises américaines, que ne le seraient jamais les responsables de l'application des

⁵⁵ Voir, p. ex., Joseph R. D'Cruz et Alan M. Rugman, *New Compacts for Canadian Competitiveness*, Kodak Canada Inc., mars 1992.

⁵⁶ De façon générale, une «alliance stratégique» désigne une entente entre des entreprises qui suppose des rapports plus étroits que ceux propres à une simple entente contractuelle, mais moins étroits que ceux qui découlent d'une fusion véritable. Une grappe industrielle est un réseau d'industries et d'utilisateurs connexes et auxiliaires. Voir D'Cruz et Rugman, *ibid.*

⁵⁷ Dans une évaluation de la compétitivité industrielle aux États-Unis faite en 1989, Robert Solow et ses collègues ont affirmé que l'innovation technologique et l'amélioration de la performance industrielle ont été entravées, en grande partie, par la collaboration insuffisante entre les personnes et entre les organisations. Michael L. Detouos, Richard K. Lester et Robert M. Solow, *Made in America: Regaining the Productive Edge*, MIT Press, Cambridge, 1989, p. 7. Pour une analyse connexe, voir Thomas M. Jorde et David J. Teece, «Innovation, Cooperation and Antitrust», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Jorde et Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford University Press, New York, 1992.

⁵⁸ Dans les dispositions de la *Loi sur la concurrence* du Canada relatives aux fusions, le rôle de la concurrence étrangère est un facteur expressément reconnu dont il faut tenir compte au moment de l'examen d'une transaction. Ce rôle est aussi implicite dans la délimitation des marchés pertinents que prévoient d'autres dispositions de la *Loi*. Voir la partie III du présent exposé.

dispositions américaines antitrust⁵⁹. Il est toutefois essentiel de se rappeler que cet argument ne s'applique au mieux que dans le cas de biens véritablement négociables, dont l'importation n'est aucunement restreinte. Par ailleurs, l'efficacité de la concurrence étrangère, pour ce qui est de restreindre l'exercice du pouvoir de marché associé à des produits ou à des marchés géographiques donnés, peut être limitée par l'existence de barrières commerciales tarifaires ou non tarifaires, ou par d'autres facteurs tels les coûts de transport ou des asymétries au niveau des renseignements sur les occasions commerciales dont disposent les intervenants étrangers⁶⁰. De façon générale, de tels facteurs ont pour effet d'empêcher une hausse rapide des importations en réponse à une augmentation des prix sur le marché intérieur) une condition indispensable pour que les importations empêchent l'exercice du pouvoir de marché. Dans d'autres cas, il arrive que les importations ne répondent pas aux exigences particulières (p. ex., qualité du produit, livraison en temps opportun) des utilisateurs d'un pays donné. L'importation peut aussi être rendue plus difficile quand des distributeurs locaux contrôlent les réseaux de distribution et qu'ils utilisent ce pouvoir pour exclure les produits étrangers. Ainsi, la mondialisation, dans un sens général, *ne suffit pas* à assurer une vive concurrence sur tous les marchés de biens et de services, dans un pays donné.

Des analyses économiques récentes confirment que l'efficacité de la concurrence étrangère, comme moyen de restreindre l'exercice du pouvoir de marché à l'intérieur d'un pays, reste assez faible dans bien des cas⁶¹. Par exemple, lorsque le pouvoir de marché est détenu par des fournisseurs étrangers, les prix sur le marché intérieur ne diminueront pas d'un montant équivalent à une réduction tarifaire. Dans tous les cas où l'offre des produits importés n'est pas parfaitement élastique, il est effectivement peu probable qu'une réduction tarifaire s'accompagne d'une diminution équivalente des prix sur le marché intérieur⁶². L'effet d'une libéralisation des échanges internationaux sur les prix intérieurs peut aussi être atténué par les mesures stratégiques prises par les oligopoleurs du pays en question. Une réduction des droits de douane peut même mener à une hausse des prix sur le marché intérieur, s'il y a concurrence imparfaite entre les fournisseurs nationaux et si la réduction tarifaire est telle que la diminution du prix des

⁵⁹ «60 Minutes with Charles F. Rule», Proceedings of the American Bar Association, Section of Antitrust Law, réimprimé dans *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1989, p. 377-397, à la p. 382.

⁶⁰ Pour l'analyse de la question, voir J. J. Leitzinger et K. L. Tamor, «Foreign Competition in Antitrust Law», *Journal of Law and Economics*, vol. XXVI, avril 1983, p. 87-102.

⁶¹ Pour un exposé des modèles théoriques applicables, voir Tim Hazledine «Trade Policy as Competition Policy», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Khemani et Stanbury, *op. cit.*, note 21, p. 45-60.

⁶² Hazledine, *ibid.*, p. 48.

importations n'a aucun effet de dissuasion⁶³. Suivant ces constatations, il ne faudrait pas, de façon générale, considérer que la libéralisation des échanges et la mondialisation peuvent remplacer une politique de concurrence efficace lorsqu'il s'agit de limiter l'exercice du pouvoir de marché à l'intérieur d'un pays.

La critique du rôle de la politique de concurrence, fondée sur la mondialisation, doit aussi être nuancée à la lumière de la recherche de Michael Porter sur l'avantage concurrentiel des nations. Comme on l'a signalé précédemment, la recherche de Porter vient confirmer, en un sens, la théorie de l'«*efficacité X*» suivant laquelle la rivalité constitue, pour les entreprises, l'incitation nécessaire pour minimiser leurs coûts et maximiser la valeur de leur production, ce qui améliore leur compétitivité sur les marchés étrangers.

Les nouveaux modes d'organisation des entreprises peuvent, en principe, permettre d'atteindre d'importants objectifs en matière d'efficacité. Les alliances stratégiques, en particulier, constituent un degré d'intégration intermédiaire qui favorise les synergies ou d'autres gains et elles offrent aux entreprises participantes une plus grande souplesse que d'autres formes d'intégration⁶⁴. Il faudrait toutefois procéder à des études empiriques plus poussées sur la nature et l'objet de ces dispositions pour pouvoir évaluer leur incidence ultime sur la concurrence. Les données limitées qui existent donnent à penser que les nouveaux modes d'organisation des entreprises n'ont pas été une réussite totale. Suivant les résultats d'une analyse récente d'alliances transfrontalières, environ les deux tiers d'entre elles ont éprouvé de sérieuses difficultés sur le plan de la gestion ou des finances dans les deux années qui ont suivi leur conclusion; dans certains cas, on a toutefois réussi à aplanir ces difficultés⁶⁵.

Compte tenu de ces réserves, il faut reconnaître que la mondialisation a soulevé des questions qui ont une grande incidence sur le rôle et l'application d'une politique de concurrence dans les années 90. Lorsque la concurrence étrangère a réellement pour effet de limiter l'exercice d'une domination commerciale sur les marchés intérieurs de biens et de services, les autorités responsables de la concurrence doivent évidemment en tenir compte au moment de l'examen de certaines transactions commerciales. La mondialisation a aussi incité les entreprises à utiliser de nouveaux modes d'organisation, comme les alliances stratégiques. Même si de

⁶³ Thomas Ross, «*Movements Towards Free Trade and Domestic Performance With Imperfect Competition*», *Revue canadienne d'économie*, vol. 21, août 1988, p. 507-524.

⁶⁴ R. S. Khemani et L. Waverman, *Alliances stratégiques : leurs conséquences sur la politique de concurrence*, OCDE, document de base, novembre 1992, p. 4-5.

⁶⁵ Voir, p. ex., Joel Bleeke et David Ernst, «*The Way to Win in Cross-Border Alliances*», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Bleeke et Ernst, *Collaborating to Compete*, John Wiley and Sons, 1993, p. 17-34. À ce sujet, il est bon de souligner que les entreprises nées de fusions sont fréquemment aux prises avec des difficultés imprévues, qui mènent à des réorganisations et, le cas échéant, à l'aliénation volontaire d'éléments d'actif.

telles alliances ne sont guère une panacée, la politique de concurrence ne doit pas freiner la création de nouveaux rapports entre les entreprises, lorsque ceux-ci sont de toute évidence favorables à la concurrence. La question de la politique de concurrence et des nouveaux modes d'organisation des entreprises est analysée à la partie VI.

La pertinence des études empiriques sur la structure et le rendement de l'économie canadienne

Toute étude du rôle de la politique de concurrence du Canada serait incomplète si elle ne tenait pas compte des principaux résultats d'études empiriques antérieures sur la structure et le rendement de l'économie canadienne. Ces études ont mis en relief, entre autres, l'existence d'un niveau important de sous-optimalité sur le plan de la taille des usines et de la spécialisation dans le secteur manufacturier canadien. Il faut noter toutefois que ces études paraissent maintenant désuètes à certains égards. En fait, il semble que les industries manufacturières canadiennes aient récemment fait l'objet d'une restructuration en profondeur en vue de réaliser des gains d'efficacité⁶⁶. Néanmoins, il est utile d'examiner brièvement certaines des observations principales tirées de ces travaux. Comme on le mentionne dans la suite de l'exposé, la reconnaissance du besoin de favoriser une rationalisation structurelle menant à une amélioration de la productivité est l'un des importants principes qui ont guidé la conception et l'application de la politique de concurrence au Canada.

La majorité des études empiriques publiées dans les années 70 et 80 traitaient de l'existence d'un niveau important de sous-optimalité sur le plan de la taille des usines et de la spécialisation dans le secteur manufacturier canadien. Ces travaux reposaient sur le paradigme classique de la structure industrielle canadienne, mis au point par Eastman et Stykolt au milieu des années 60 et adapté subséquemment par Harris et d'autres collaborateurs pour les fins d'études effectuées au milieu des années 80 dans le cadre des négociations sur le libre-échange entre le Canada et les États-Unis⁶⁷. Le modèle montre l'effet déterminant que les obstacles à l'entrées des importations, conjugués à la petite taille du marché intérieur des biens et services, ont exercé sur la façon dont les industries canadiennes ont évolué. On constate que la combinaison de ces facteurs a favorisé des niveaux élevés de concentration sur les marchés, tout en empêchant les entreprises de tirer avantage des possibilités d'économies d'échelle et de spécialisation. De nombreuses études empiriques ont largement contribué à appuyer le bien-

⁶⁶ Voir Banque Royale du Canada et Ross et Litchfield, *op. cit.*, note 4. Pour une analyse de la question, voir ci-après.

⁶⁷ H. Eastman et S. Stykolt, *The Tariff and Competition in Canada*, MacMillan, Toronto, 1967; et Richard Harris et David Cox, *Trade, Industrial Policy and Canadian Manufacturing*, Conseil économique de l'Ontario, Toronto, 1984.

fondé de l'hypothèse mise de l'avant par Eastman-Stykolt-Harris⁶⁸.

Les études démontrent que la taille et la spécialisation sous-optimales des usines se sont accompagnées de niveaux élevés de concentration sur les marchés des biens et services. Des études statistiques sur la concentration effectuées pour la Commission royale d'enquête sur l'union économique et sur les perspectives de développement du Canada (la Commission Macdonald) ont révélé l'existence d'oligopoles, à l'époque, dans la majorité des industries manufacturières canadiennes⁶⁹. Dans 92 p. 100 des sous-groupes de produits (code à 5 chiffres de la CTI) du secteur manufacturier, les quatre principales entreprises (ou moins) représentaient au moins 60 p. 100 des ventes totales; dans 82 p. 100 des sous-groupes, elles étaient à l'origine d'au moins 80 p. 100 des ventes totales. Ces données indiquent que la concentration sur les marchés est beaucoup plus forte au Canada qu'elle ne l'est dans la plupart des pays industrialisés⁷⁰.

De même, Khemani et Shapiro ont constaté que des niveaux élevés de concentration, conjugués à des tarifs douaniers, ont favorisé une coopération oligopolistique entre les entreprises intéressées⁷¹. Les effets combinés des droits de douane et de la concentration du marché sur les prix et les marges bénéficiaires ont aussi été analysés. Dans une étude effectuée en 1985, Hazledine a constaté que l'interaction de la concentration du marché et des droits de

⁶⁸ Voir John R. Baldwin et Paul K. Gorecki, *Les économies d'échelle et la productivité : l'écart entre le Canada et les États-Unis*, Commission royale d'enquête sur l'union économique et sur les perspectives de développement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1985; J. R. Baldwin et P. Gorecki, *Trade, Tariffs and Relative Plant Scale in Canadian Manufacturing Industries: 1970-79*, Document n° 232, Conseil économique du Canada, Ottawa, 1983; Donald J. Daly, «La rationalisation et la spécialisation dans l'industrie manufacturière canadienne», paru dans l'ouvrage publié sous la direction de D. G. McFetridge, *L'industrie canadienne en transition*, Commission royale d'enquête sur l'union économique et sur les perspectives de développement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1986, chap. 4, p. 177-209.

⁶⁹ R. S. Khemani, «L'ampleur et l'évolution de la concentration dans l'économie canadienne», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de McFetridge, *ibid.*, p. 135-176.

⁷⁰ Les sous-groupes de produits de la CTI ne correspondent pas toujours aux «marchés antitrust pertinents» établis aux fins de la politique de concurrence. Contrairement aux sous-groupes, ces marchés pertinents sont précisément délimités afin de faciliter l'évaluation des possibilités d'exercice d'emprise sur le marché. Des études réalisées aux États-Unis indiquent que même des classifications à cinq chiffres ont tendance à avoir une portée plus vaste que celle correspondant aux marchés antitrust pertinents. La signification des taux élevés de concentration obtenus à l'aide d'une mesure fondée sur la CTI reste donc imprécise. Voir Russell Pittman et Gregory Werden, «The Divergence of SIC Industries From Antitrust Markets: Indications From Justice Department Merger Cases», *Economic Letters*, vol. 33, 1990.

⁷¹ R. S. Khemani et D. M. Shapiro, «The Determinants of New Plant Entry in Canada», *Applied Economics*, vol. 18, n° 11, novembre 1986, p. 1243-1257.

douane avait des répercussions marquées sur les prix et la rentabilité des industries⁷².

Des études plus récentes sur la productivité des industries manufacturières canadiennes pendant les années 80 ont eu pour effet d'accentuer les préoccupations suscitées par la question de l'échelle et de la spécialisation sous-optimales de nos industries manufacturières. Ces études mettent en relief le ralentissement profond de la croissance qu'ont connu les industries manufacturières canadiennes pendant les années 80 par rapport au rendement observé dans d'autres pays industriellement avancés⁷³. L'écart entre le secteur manufacturier canadien et celui des États-Unis, notamment, s'est élargi considérablement pendant la dernière décennie⁷⁴.

Trois remarques s'imposent concernant les résultats des études empiriques classiques sur la structure de l'économie canadienne. Premièrement, comme on l'a souligné, il semble que certaines entreprises manufacturières canadiennes aient fait l'objet récemment d'une importante restructuration visant à réaliser des gains d'efficience⁷⁵. La portée de la restructuration reste malgré tout limitée, en raison des entraves aux échanges sur les marchés externes et internes (interprovinciaux) et de la réglementation fédérale et provinciale s'appliquant à de nombreuses industries. Deuxièmement, un large éventail de facteurs est à l'origine de la piètre performance des industries manufacturières canadiennes en matière de productivité pendant les années 80) dont un bon nombre échappent à l'influence de la politique de concurrence⁷⁶. Troisièmement, dans la mesure où la structure et la performance sous-optimales du secteur manufacturier canadien sont des éléments pertinents pour la politique de concurrence, il n'y a pas

⁷² Tim Hazledine, «The Oligopoly Problem with Import Competition and Tariffs», exposé présenté lors de la rencontre de l'Association canadienne d'économie, Montréal, 1985.

⁷³ Rao et Lemprière, *op. cit.*, note 2. Voir aussi Conseil économique du Canada, *Agir ensemble - Productivité, innovation et commerce*, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1992. Il faut signaler qu'au cours des derniers mois, la croissance de la productivité semble avoir connu une reprise. Cette amélioration semble attribuable en grande partie aux pertes cycliques d'emplois subies pendant la dernière récession.

⁷⁴ Malgré la croissance extraordinaire qu'a connue le secteur des services depuis quelque temps, le secteur manufacturier est celui qui continue de jouer un rôle déterminant sur le plan de la performance des exportations et de la prospérité globale du Canada. En effet, les produits manufacturés représentent environ 80 p. 100 de la valeur des exportations canadiennes. Rao et Lemprière, *Ibid.*, p. 15.

⁷⁵ Voir Banque Royale du Canada et Ross et Litchfield, *op. cit.*, note 4. Les résultats des études sur les entreprises sont confirmés par des analyses statistiques du roulement des entreprises. Par exemple, dans leur analyse du roulement des entreprises du secteur manufacturier canadien, Baldwin et Gorecki ont constaté qu'il y a eu, ces dernières années, une importante restructuration à l'intérieur du secteur de la fabrication, même si le degré de concentration du marché n'a presque pas varié. Voir John R. Baldwin et Paul K. Gorecki, «Firm Turnover and Market Structure: Concentration Statistics As A Misleading Practice», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Khemani et Stanbury, *op. cit.*, note 21, chap. 12, p. 281-314. On peut soutenir que ces résultats prouvent que la politique de concurrence favorise une restructuration efficiente des industries canadiennes visant à les rendre compétitives.

⁷⁶ Parmi ces facteurs figurent les faibles investissements des entreprises dans le perfectionnement des ressources humaines et d'autres questions relatives au régime fiscal et au système d'éducation. Voir *Agir ensemble, op. cit.*, note 73.

nécessairement lieu d'adopter une attitude plus tolérante. En effet, comme nous l'avons signalé, des études empiriques mettent en relief le rapport direct entre les lacunes structurelles de l'économie canadienne et l'absence apparente de rivalité sur les marchés de nombreux biens et services⁷⁷. L'analyse à un niveau désagrégé d'industries canadiennes particulières, entreprise dans le cadre de l'étude de Porter, révèle aussi que l'absence d'une vive rivalité au sein de l'industrie manufacturière canadienne constitue un obstacle important à la modernisation des entreprises canadiennes et à leur aptitude à soutenir la concurrence étrangère⁷⁸. Cela laisse entendre que, de façon générale, la modernisation des industries sera stimulée plutôt qu'entravée par l'application pertinente de la législation en matière de concurrence ainsi que par des mesures facilitant l'accès des entreprises canadiennes à des marchés internationaux plus vastes.

Néanmoins, la portée des lacunes structurelles du secteur manufacturier canadien a été invoquée dans le passé par les gouvernements pour justifier un traitement spécial accordé aux ententes interentreprises qui favorisent des gains d'efficacité. Il n'y a pas de contradiction intrinsèque au niveau d'une politique qui reconnaît que, normalement, l'efficacité est susceptible d'être favorisée par une concurrence vigoureuse, même si elle reconnaît que ce n'est peut-être pas toujours le cas⁷⁹. Dans le monde entier, les responsables de la politique de concurrence doivent s'appliquer en priorité à préciser les circonstances où la collaboration entre les entreprises pourra effectivement stimuler l'efficacité tant sur le plan statique que sur le plan dynamique.

Les exigences institutionnelles d'une politique de concurrence efficace

Le cadre institutionnel de la politique de concurrence est un élément crucial de son efficacité globale. Pour être efficace, un organisme responsable de la politique de concurrence doit posséder plusieurs caractéristiques précises⁸⁰. En premier lieu, il doit être indépendant, c'est-à-dire libre de toutes pressions politiques qui limiteraient sa capacité d'enquêter et d'intenter

⁷⁷ Voir notamment Khemani et Shapiro, *op. cit.*, note 71.

⁷⁸ Michael E. Porter et la Monitor Company, *Le Canada à la croisée des chemins - Les nouvelles réalités concurrentielles*, étude préparée pour le Conseil canadien des chefs d'entreprises et le gouvernement du Canada, octobre 1991.

⁷⁹ On soutient que le fondement du modèle actuel de bien-être général perdra de son attrait au Canada si, à un moment donné, l'économie canadienne devient pleinement intégrée au vaste marché nord-américain. Dans ce cas, il est fort probable que l'efficacité recherchée sur le plan technique pourrait être atteinte sans diminuer la concurrence dans certains secteurs.

⁸⁰ Pour un bon résumé des caractéristiques institutionnelles clés d'une politique de concurrence efficace, voir R. (Shyam) Khemani, *Competition Law: Some Guidelines For Implementation*, note FDP n° 14, Banque mondiale, juillet 1994, encadré à la page 4 de cet ouvrage.

les poursuites voulues⁸¹. À cet égard, les organismes responsables de la politique de concurrence ressemblent beaucoup aux autres organismes chargés de l'application des lois dont les décisions affectent directement les personnes et les entreprises. Deuxièmement, ces organismes doivent agir de façon transparente, en suivant des méthodes administratives bien conçues et largement connues du public. Bon nombre d'organismes de ce type (dont le Bureau de la politique de concurrence du Canada) adoptent des lignes directrices et les diffusent afin que l'on sache sur quels fondements reposent leurs décisions⁸². C'est justement par cette transparence, assez prononcée, que la politique de concurrence se distingue des autres instruments de politiques publiques⁸³.

Les organismes de réglementation de la concurrence doivent aussi être assujettis à des contrôles administratifs pertinents. En situation normale (comme c'est le cas au Canada), l'atteinte de cet objectif est assurée par la séparation des fonctions d'enquête et d'arbitrage dans l'administration de la loi et par la possibilité de loger un appel auprès des tribunaux dans les cas qui requièrent une interprétation juridique.

L'efficacité d'un organisme de réglementation de la concurrence pourra aussi être accrue si la loi l'autorise à intervenir dans les travaux d'autres organismes publics de réglementation, notamment ceux qui régissent le fonctionnement de divers secteurs industriels⁸⁴. Cet aspect est primordial, car les travaux de ces organismes ont souvent une incidence directe sur la concurrence à l'intérieur de marchés donnés. Enfin, l'organisme compétent pourra beaucoup plus facilement promouvoir la concurrence s'il dispose de moyens bien établis pour lui permettre d'examiner les politiques gouvernementales qui ont une influence sur l'ensemble du système de marché concurrentiel et de contribuer à leur élaboration⁸⁵. Les rapports entre la politique de concurrence et les autres domaines de la politique économique font l'objet d'une analyse plus poussée dans la suite de l'exposé.

⁸¹ Au Canada, le directeur des enquêtes et recherches est un fonctionnaire indépendant qui a pour fonction de veiller à l'administration et à l'application de la *Loi sur la concurrence*. Voir l'analyse et les renvois contenus dans la partie III ci-après.

⁸² La partie III de cet exposé contient quelques exemples de lignes directrices du Bureau de la politique de concurrence du Canada.

⁸³ Voir Arthur Kaell, *International Linkages: Competition and Industrial Policies*, document de travail du Canada, OCDE, Comité du droit et de la politique de concurrence, novembre 1992.

⁸⁴ Au Canada, les articles 125 et 126 de la *Loi sur la concurrence* permettent au directeur des enquêtes et recherches de participer aux travaux des organismes de réglementation à l'échelle fédérale et provinciale (avec leur consentement dans ce dernier cas).

⁸⁵ Khemani, *op. cit.*, note 80.

PARTIE III

PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DU CANADA

La présente partie de l'exposé porte sur la teneur et l'application de la politique de concurrence du Canada. L'analyse met l'accent sur la conception de cette dernière et sur l'expérience acquise depuis 1986, c'est-à-dire après l'important remaniement de la loi canadienne en cette matière. En premier lieu, nous étudierons la structure institutionnelle de base qui sous-tend la politique canadienne, pour ensuite passer en revue les objectifs et l'orientation de cette politique, dans le cadre de son application au Canada. Troisièmement, nous examinerons brièvement les dispositions clés de l'actuelle *Loi sur la concurrence*. Pour terminer, nous analyserons certains aspects de l'expérience acquise dans l'application de la loi depuis 1986, ainsi que ses répercussions sur la restructuration industrielle.

La structure de la politique de concurrence du Canada

Historiquement, la politique de concurrence canadienne a regroupé quatre fonctions étroitement reliées :

- administrer et appliquer la *Loi sur la concurrence*, y compris ses dispositions relevant du droit pénal et du droit civil;
- intervenir devant les organismes de réglementation fédéraux et provinciaux appelés à prendre des décisions qui touchent la concurrence dans certains marchés;
- contribuer à l'élaboration et à l'application d'autres politiques publiques qui ont une incidence sur le système de marché concurrentiel et
- défendre des intérêts du Canada dans le cadre de rencontres pertinentes à l'échelle internationale.

Dans leur ensemble, ces fonctions découlent d'un modèle de politique de concurrence distinctif, selon lequel il est expressément reconnu que l'application de la loi n'est pas le seul moyen de promouvoir la concurrence et que le fait de plaider en faveur de politiques gouvernementales visant à la stimuler constitue un instrument clé dont disposent les organismes antitrust pour favoriser l'instauration d'un environnement plus concurrentiel⁸⁶.

⁸⁶ Voir Bureau de la politique de concurrence, *op. cit.*, note 14, chap. II. Pour une évaluation plus large et dans une perspective institutionnelle de la politique de concurrence au Canada, voir G. Bruce Doern, *Canadian Competition Policy Institutions: A Macro and Micro Political Analysis*, document préparé en vue de la Conférence sur les institutions nationales responsables de la politique de concurrence dans un marché mondial, Ottawa, les 25 et 26 mai 1994.

Les principaux fonctionnaires et organismes chargés de l'administration de la loi et de la politique de concurrence au Canada sont les suivants :

- le directeur des enquêtes et recherches, chargé de réaliser les enquêtes auprès des entreprises en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence*, de présenter au Tribunal de la concurrence des requêtes en droit civil et de confier au Procureur général les poursuites en droit pénal;
- le Bureau de la politique de concurrence, qui regroupe le personnel dont dispose le directeur;
- le Procureur général, qui intente les poursuites judiciaires en droit pénal pour le compte du directeur;
- le Tribunal de la concurrence qui, à la demande du directeur, rend des décisions dans les affaires de droit civil.

Le directeur des enquêtes et recherches est un fonctionnaire indépendant qui est chargé de l'administration et de l'application de la *Loi sur la concurrence*⁸⁷. Il est nommé par le gouverneur en conseil, à titre amovible. Son rôle consiste non pas à prononcer des jugements, mais à mener des enquêtes, ce qu'il peut faire aux termes des dispositions de la Loi qui relèvent à la fois du droit pénal et du droit civil. Dans les affaires pénales, il transmet la preuve au Procureur général du Canada, qui décide s'il y a lieu d'intenter une poursuite devant les instances compétentes. En matière civile, le

directeur demande au Tribunal de la concurrence d'émettre une ordonnance visant à préserver la concurrence⁸⁸.

Le Tribunal de la concurrence est une institution canadienne distinctive, qui se prononce dans des affaires complexes se rapportant à la législation sur la concurrence⁸⁹. Il est composé de magistrats siégeant à la Section de première instance de la Cour fédérale et de membres issus du

⁸⁷ George N. Addy, *Private Rights and the Public Interest Under Canada's Competition Act*, exposé présenté lors d'un séminaire portant sur les mesures antitrust dans une économie mondialisée, Fordham Corporate Law Institute, les 21 et 22 octobre 1993.

⁸⁸ Addy, *Ibid.*, expose les importantes mesures de précaution qui, en matière de procédure, circonscrivent l'exercice des pouvoirs du directeur.

⁸⁹ Compte tenu de son caractère spécialisé, le Tribunal a la possibilité d'acquérir une compétence supérieure dans des domaines hautement complexes comme les considérations en matière d'efficience et les répercussions de pratiques anticoncurrentielles. Calvin S. Goldman, «Corporate Concentration and Canada's New Competition Act», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Khemani et coll., *op. cit.*, note 50, p. 489-503, à la p. 492.

public, qui sont le plus souvent des économistes ou des gens d'affaires⁹⁰. Dans son fonctionnement, le Tribunal jouit de la plus grande indépendance vis-à-vis du directeur⁹¹. Seuls les membres provenant de la magistrature sont autorisés à rendre un jugement sur les questions de droit⁹².

Dans le but de favoriser le respect de la *Loi sur la concurrence*, le Bureau de la politique de concurrence a mis au point un programme qui vise à informer le public au sujet de son application⁹³. Conformément à ce programme, le directeur diffuse des lignes directrices dans lesquelles sont décrites les politiques de l'organisme et leur mise en application dans les domaines des fusionnements⁹⁴, de l'établissement de prix abusifs⁹⁵, de la discrimination par les prix⁹⁶ et de la publicité trompeuse⁹⁷. Pour les cas particuliers, on institue aux termes du programme un système de consultation spécialisée, en vertu duquel le directeur incite les parties intéressées à obtenir une opinion sur les cas où des projets de plans d'entreprise ou de pratiques commerciales pourraient contrevenir à la *Loi sur la concurrence*. En ce qui a trait à l'examen des fusions, la *Loi* établit un mécanisme autorisant le directeur à émettre un certificat de décision préalable. En émettant un tel certificat, le directeur informe les parties à une transaction proposée que les renseignements disponibles ne sont pas suffisants pour demander une ordonnance auprès du Tribunal de la concurrence⁹⁸.

Outre ses fonctions en matière d'application de la loi et de promotion de son observance volontaire, le Bureau de la politique de concurrence doit s'acquitter d'une autre responsabilité institutionnelle distincte qui consiste à défendre les principes de la concurrence. À cette fin, le

⁹⁰ *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, S.R.C. 1985, c. 19 (2^e supp.), art. 3.

⁹¹ *La Loi sur le Tribunal de la concurrence*, *ibid.*, précise les pouvoirs dont dispose le Tribunal.

⁹² *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, *ibid.*, articles 10 et 12.

⁹³ Directeur des enquêtes et recherches, *Programme de conformité*, Consommation et Affaires commerciales Canada, Ottawa, 1993.

⁹⁴ Directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la Loi*, bulletin d'information n° 5, Consommation et Affaires commerciales Canada, Ottawa, 1991.

⁹⁵ Directeur des enquêtes et recherches, *Prix d'éviction : lignes directrices pour l'application de la Loi*, Consommation et Affaires commerciales Canada, Ottawa, 1992.

⁹⁶ Directeur des enquêtes et recherches, *Discrimination par les prix : lignes directrices pour l'application de la Loi*, Consommation et Affaires commerciales Canada, Ottawa, 1992.

⁹⁷ Directeur des enquêtes et recherches, *Lignes directrices sur la publicité trompeuse*, Consommation et Affaires commerciales Canada, Ottawa, 1991.

⁹⁸ Voir la *Loi sur la concurrence* (modifiée), S.R.C. 1985, chap. C-34, article 102.

directeur fait des représentations auprès des organismes fédéraux et provinciaux de réglementation, tandis que le Bureau déploie des efforts, au sein de l'appareil gouvernemental, pour promouvoir des politiques visant à laisser libre cours aux forces concurrentielles du marché⁹⁹. Ces activités font ressortir le fait que les politiques, les règlements et les lois adoptés par les pouvoirs publics figurent souvent parmi les facteurs qui influencent de façon déterminante la concurrence dans certains secteurs. La politique de concurrence peut à son tour renforcer les effets des mesures publiques qui, telles la libéralisation des échanges internationaux et la

réforme réglementaire de secteurs industriels donnés, vont dans le même sens¹⁰⁰.

En ce qui a trait aux circonstances susceptibles de déclencher des mesures d'exécution, la *Loi sur la concurrence* stipule que le directeur doit entreprendre une enquête dès qu'il a de bonnes raisons de croire qu'un délit prévu dans la *Loi* a été commis, qu'il y a lieu de présenter une requête en vertu de dispositions relevant du droit civil ou qu'une personne a contrevenu à une ordonnance émise aux termes de la *Loi*. Il est aussi tenu de faire de même quand le ministre compétent le lui ordonne ou quand six résidents du Canada en font la demande conformément aux dispositions de la *Loi*¹⁰¹. Le directeur doit faire rapport au ministre de toute enquête interrompue et celui-ci peut l'enjoindre de la poursuivre quand il le juge nécessaire¹⁰². Aucune disposition de la *Loi* n'autorise cependant le ministre à mettre fin à une enquête ou à exercer plus largement son pouvoir de direction.

La *Loi sur la concurrence* permet aussi aux particuliers d'intenter des poursuites, s'ils estiment avoir été lésés à la suite d'une infraction aux dispositions de droit pénal précisées dans la Partie VI ou à celles d'une ordonnance prononcée en vertu de la *Loi* par le Tribunal de la concurrence ou par toute autre instance judiciaire. La Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de cette disposition en 1989¹⁰³. On observe toutefois que les litiges privés, en

⁹⁹ Pour un aperçu des interventions du directeur dans le processus réglementaire, voir Joseph Monteiro, «Representations by the Bureau of Competition Policy: The First Fifteen Years», *Canadian Competition Record*, vol. 15, n° 1, mars 1994, p. 17-38.

¹⁰⁰ Les rapports entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques d'encadrement et à caractère sectoriel sont examinés à la partie IV du présent exposé.

¹⁰¹ Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel pour l'exercice clos le 31 mars 1993*, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1993, p. 1-2.

¹⁰² Directeur des enquêtes et recherches, *Ibid.*

¹⁰³ *General Motors of Canada Limited v. City National Leasing* [1989], S.C.R. 641. Dans ce jugement de première importance, la Cour a soutenu que les principes généraux de la *Loi sur la concurrence* relevaient des pouvoirs globaux du gouvernement fédéral en matière de commerce. Pour une analyse de la question, voir Douglas Rutherford et J.S. Tyhurst, «Competition Law and the Constitution: 1889-1989 and into the Twenty-First Century», paru dans l'ouvrage publié sous la

matière de concurrence, sont beaucoup moins fréquents au Canada qu'aux États-Unis. Ce phénomène a été attribué à divers facteurs, notamment d'ordre procédurier, et plus particulièrement au fait que la loi canadienne ne permet pas, dans ces affaires, de réclamer le triple des dommages subis¹⁰⁴.

Objectifs et orientation de la politique de concurrence du Canada

La disposition qui précise l'objet de la *Loi sur la concurrence* résume les objectifs de la législation canadienne en cette matière. Elle prévoit en effet que la *Loi* a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada en fonction de quatre objectifs précis, soit i) stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, ii) améliorer les occasions de participation canadienne aux marchés mondiaux (tout en tenant compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada), iii) assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne et iv) assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits¹⁰⁵.

Conformément à ces objectifs, la législation et la politique canadiennes en matière de concurrence adhèrent de façon générale à une approche fondée sur le «bien-être général». Ainsi, les dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence* exigent que l'on tienne compte des économies possibles quant au coût pour les producteurs et des effets que des ententes entre entreprises peuvent exercer sur les consommateurs¹⁰⁶. Cela ressort particulièrement des différentes dispositions de la *Loi* qui ont l'incidence la plus directe sur la restructuration industrielle, c'est-à-dire celles qui s'appliquent aux fusions, aux coentreprises et aux accords de spécialisation. À titre d'exemple, les fusions et les dispositions relatives à l'examen des fusions (qui s'appliquent particulièrement aux réorganisations d'entreprises ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence) prévoient expressément une exception à l'égard des opérations qui donnent lieu à des gains d'efficacité compensatoires et qui sont conformes à d'autres critères

(...continued)

direction de R. S. Khemani et W.T. Stanbury, *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1991.

¹⁰⁴ Pour une analyse connexe, voir Glenn Leslie et Stephen Bodley, «The Record of Private Actions Under Section 36 of the Competition Act», *Canadian Competition Record*, vol. 14, n° 4, 1993, p. 50-64.

¹⁰⁵ Cette approche reprend les objectifs historiques de la politique de concurrence au Canada, tels qu'énoncés par les tribunaux, les ministres responsables et les fonctionnaires. Voir Gorecki et Stanbury, *op. cit.*, note 48.

¹⁰⁶ Les économies de coûts à prendre en considération peuvent évidemment être réalisées sur le ou les «marchés pertinents» dans un cas donné ou sur d'autres marchés. Voir Crampton, *op. cit.*, note 45, p. 13.

législatifs¹⁰⁷. Les fusions et autres opérations qui nuisent à la concurrence peuvent donc, en principe, être jugées acceptables aux termes des dispositions canadiennes sur la concurrence s'il est établi qu'elles permettent d'obtenir des gains d'efficacité et qu'elles satisfont par ailleurs aux dispositions applicables de la Loi¹⁰⁸. Comme on l'a signalé à la partie II, l'approche canadienne fondée sur le bien-être général, applicable à l'examen des fusions, est relativement plus souple que celle des États-Unis, qui souscrit en général à l'approche fondée sur le surplus du consommateur¹⁰⁹.

Soulignons que les objectifs i), ii) et iv) mentionnés ci-dessus sont manifestement compatibles avec l'approche fondée sur le bien-être général. Les effets de l'objectif iii) sont moins évidents mais, sachant que les petites et moyennes entreprises figurent parmi les principales sources d'innovation, d'efficacité et de création d'emploi dans l'économie canadienne, on peut soutenir qu'il va dans le même sens. À cela s'ajoute le fait qu'il semble être encadré par les trois autres. Par exemple, de récentes lignes directrices établies aux fins de l'application de la Loi par le directeur des enquêtes et recherches, en ce qui concerne les prix d'éviction et la discrimination par les prix (deux domaines dans lesquels la politique de concurrence peut être appliquée pour protéger les intérêts des petites et moyennes entreprises) mettent l'accent sur des facteurs liés à la concurrence et à l'efficacité, ainsi que sur le sort réservé aux concurrents individuels¹¹⁰.

¹⁰⁷ Voir *Loi sur la concurrence*, note 98 ci-dessus, article 96. Les lignes directrices sur les fusions, diffusées par le directeur des enquêtes et recherches en mars 1991, adhèrent à cette approche et précisent les différents types de gains d'efficacité qui peuvent être pris en considération pour analyser une opération donnée. Voir Directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la Loi*, mars 1991, p. 53-60 et annexe 2.

¹⁰⁸ Le lecteur trouvera une bonne analyse de ces aspects de la politique canadienne de concurrence dans l'article de Christopher Green, «Merger Law, Policy and Enforcement Guidelines», *Review of Industrial Organization*, vol. 8, 1993, p. 191-201.

¹⁰⁹ Cette question est examinée à la partie V du présent exposé.

¹¹⁰ Directeur des enquêtes et recherches, *Prix d'éviction : lignes directrices pour l'application de la Loi*, 1992, et Directeur des enquêtes et recherches, *Discrimination par les prix : lignes directrices pour l'application de la Loi*, 1992.

Aperçu des principales dispositions de la Loi

La *Loi sur la concurrence* contient des dispositions qui s'appliquent aux délits criminels et autres questions visant les affaires civiles pouvant donner lieu à examen. Les premières se retrouvent à la Partie VI de la *Loi* et portent notamment sur les complots en vue restreindre le commerce, le truquage des offres, les prix d'éviction et la discrimination par les prix, le maintien des prix, la publicité trompeuse et autres pratiques commerciales déloyales. Les pratiques qui relèvent du droit civil et peuvent donner lieu à un examen sont énumérées à la Partie VIII de la *Loi*; il s'agit notamment de l'abus de position dominante, du refus de vendre, de l'exclusivité et du fusionnement. On trouve aussi dans la *Loi* des passages précis au sujet de l'avis préalable à donner au directeur des enquêtes et recherches à l'égard de fusions atteignant des seuils déterminés.

Comme on l'a mentionné ci-dessus, les dispositions qui se rapportent à l'examen des fusions visent les transactions qui réduisent sensiblement la concurrence. Elles prévoient expressément une exception à l'égard des opérations qui donnent lieu à des gains d'efficacité compensatoires et, sous leurs autres aspects, sont conformes aux critères de la législation. L'approche canadienne, en matière de fusions, s'assortit d'un volet connexe important, qui consiste en l'interdiction expresse de se fier uniquement à des indices quantitatifs, tels que la concentration ou les parts de marché. À cet égard, le paragraphe 92 (2) de la *Loi sur la concurrence* stipule sans équivoque que le Tribunal de la concurrence ne peut juger qu'une fusion empêche ou réduit sensiblement la concurrence en se basant uniquement sur la concentration ou les parts de marché.

Les dispositions relatives aux fusions précisent en outre que, lorsqu'il s'agit de déterminer si une opération peut avoir pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal de la concurrence (et, par extension, le directeur des enquêtes et recherches) peuvent tenir compte de facteurs comme le fait qu'une des parties à l'opération de fusionnement soit une entreprise en difficulté, l'intensité accrue de la concurrence étrangère sur le ou les marchés en cause et la nature et l'ampleur des changements et des innovations sur le marché¹¹¹. La prise en compte de ces facteurs vise précisément certaines réalités nouvelles comme l'essor de la concurrence étrangère, l'importance de l'innovation pour le développement économique futur du Canada et la nécessité de promouvoir la restructuration efficiente des entreprises canadiennes.

L'article sur le complot est une autre des dispositions clés de la *Loi sur la concurrence* qui a une incidence sur la restructuration industrielle. Elle est la plus ancienne disposition de la législation canadienne en matière de concurrence. Le critère fondamental qu'elle établit porte

¹¹¹ R.D. Anderson et S. D. Khosla, «Recent Developments in Canadian and U.S. Merger Policy», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 7, n° 3, septembre 1986, p. 47-65.

sur la possibilité qu'une entente réduise ou puisse diminuer indûment la concurrence¹¹². On trouve dans la *Loi* plusieurs exceptions, qui visent notamment les accords de coopération pour la R-D, l'échange de statistiques, les normes de produits, et ainsi de suite. Mais on ne peut invoquer ces exceptions si l'entente risque de réduire la concurrence au niveau des prix, de la quantité et de la qualité de la production, des marchés ou de la clientèle, ou encore des réseaux de distribution.

Les dispositions de la *Loi* relatives à l'abus d'une position dominante, qui ne relèvent pas du droit pénal, permettent de soumettre à l'examen les pratiques commerciales qui peuvent réduire la concurrence. Elles ont remplacé les dispositions à caractère pénal relatives aux monopoles, qui s'appliquaient jusqu'en 1986 et qui se sont révélées inefficaces. Ces dispositions se fondent sur une approche souple et individuelle. Elles permettent au Tribunal de vérifier si certaines activités commerciales données peuvent être le résultat d'une efficacité économique supérieure (par opposition à une volonté ou un but d'exclusion)¹¹³.

La *Loi sur la concurrence* renferme aussi des dispositions particulières applicables aux coentreprises reconnues comme telles¹¹⁴. Ces dispositions visent à faire en sorte que les entreprises puissent conclure certaines ententes de collaboration qui sont jugées bénéfiques même si elles pourraient par ailleurs soulever des questions en vertu des dispositions de la *Loi* relatives aux fusions. Elles s'appliquent tant aux projets de R-D qu'à d'autres genres d'activités de coentreprise (par exemple, des projets mixtes de production et de commercialisation). À cet égard, les dispositions canadiennes applicables aux coentreprises s'apparentent, en gros, à la protection accordée récemment en ce domaine aux États-Unis en vertu la *National Cooperative Production Amendments of 1993*¹¹⁵.

Une autre disposition de la *Loi sur la concurrence* qui vise précisément certaines préoccupations économiques de plus large portée est celle qui prévoit l'inscription des accords de spécialisation. Aux termes de ces accords, l'une des parties s'engage à abandonner la production d'un bien ou d'un service en vue de favoriser une rationalisation de la production dans l'industrie. Les accords inscrits en vertu de cette disposition bénéficient d'une certaine

¹¹² Pour une analyse de l'interprétation de ce critère, voir la partie III du présent exposé.

¹¹³ Voir Bruce C. McDonald, «Abuse of Dominant Position», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 8, n° 1, mars 1987, p. 59-75; et R. D. Anderson et S. D. Khosla, «Reflections on McDonald on Abuse of Dominance», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 8, n° 3, septembre 1987, p. 51-60.

¹¹⁴ Voir Howard I. Wetston, *Les activités conjointes de R & D sous le régime de la Loi sur la concurrence*, notes pour un exposé devant le Comité de la science et de la technologie de l'Association des manufacturiers canadiens, S-10064, le 4 mars 1988.

¹¹⁵ Voir l'analyse des dispositions américaines, à la partie V du présent exposé.

«immunité» quant à l'application des articles de la *Loi* relatifs au complot et à l'exclusivité¹¹⁶. La disposition qui prévoit l'inscription des accords de spécialisation est directement issue des recommandations du Conseil économique du Canada formulées dans son rapport provisoire sur la politique de concurrence. Selon ce rapport, on ne saurait s'en remettre toujours aux forces du marché pour assurer l'exploitation de gains d'efficacité possibles attribuables à une spécialisation plus poussée des établissements et à des séries de production plus longues¹¹⁷.

La *Loi sur la concurrence* et la restructuration industrielle : L'expérience acquise à ce jour

Depuis les modifications apportées à la *Loi* en 1986, une expérience considérable a été acquise au chapitre de l'application des dispositions de la *Loi*, dont celles relatives aux fusions. D'importants efforts ont été déployés afin d'appliquer ces dispositions de manière à préserver ou à accroître la concurrence sur les marchés intérieurs, tout en facilitant une restructuration concurrentielle efficace. Le rôle de la concurrence étrangère a été reconnu de différentes façons. Par exemple, dans le cas du fusionnement des fabricants de pneus Michelin et Uniroyal, on a considéré que le marché géographique pertinent était d'ordre continental (c'est-à-dire qu'il recouvrait toute l'Amérique du Nord). La fusion a donc pu se faire¹¹⁸. De plus, dans au moins deux autres cas, la décision du directeur des enquêtes et recherches de ne pas s'opposer à une fusion ou de ne pas demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance par consentement a été prise (en totalité ou en partie) parce que les parties s'étaient engagées à demander la réduction accélérée des droits de douane en application de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*¹¹⁹. Les gains d'efficacité possibles ont aussi été pris en considération dans un certain nombre de cas, même s'ils n'ont pas joué un rôle déterminant quant à l'issue de chacune de ces affaires¹²⁰.

Il importe de souligner que, au Canada, l'application des dispositions relatives aux fusions

¹¹⁶ Voir la *Loi sur la concurrence*, note 98 ci-dessus, articles 85 à 90.

¹¹⁷ Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1969.

¹¹⁸ Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel pour l'exercice clos le 31 mars 1991*, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1991, p. 7.

¹¹⁹ Voir, par exemple, l'analyse des fusions Consumers Packaging Inc. - Domglas Inc. et Asea Brown Boveri - Westinghouse, dans le document du Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel pour l'exercice clos le 31 mars 1990*, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1990, p. 12 et 17, respectivement.

¹²⁰ Il est question des aspects analytiques de l'arbitrage entre la concurrence et les gains d'efficacité en vertu des dispositions canadiennes applicables aux fusions dans R.S. Khemani, «Merger Policy in Small Open Economies: The Case of Canada», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de B. Dankbaar et coll., *Perspectives in Industrial Economics*, Kluwer Academic Publishers, Pays-Bas, 1990.

n'assujettit à certaines contraintes qu'un faible pourcentage de l'ensemble des opérations de ce genre. C'est ce qui ressort de l'étude des statistiques publiées dans les rapports annuels établis par le directeur des enquêtes et recherches conformément à la *Loi*. Par exemple, au cours de l'exercice terminé le 31 mars 1993, 204 fusions ont fait l'objet d'un examen de la part du personnel du directeur pendant deux jours ou plus¹²¹. Dans 198 de ces cas, le personnel du directeur a conclu que le fusionnement ne posait aucun problème aux termes de la *Loi*¹²². Dans quatre cas, le fusionnement a été autorisé sous réserve d'un suivi. Dans deux autres cas, il a été contesté devant le Tribunal de la concurrence. Dans trois cas, enfin, les entreprises en cause ont, en tout ou en partie, renoncé à l'opération. Les données publiées pour 1991-1992 et 1990-1991 sont comparables¹²³. Ces chiffres doivent être considérés à la lumière du nombre beaucoup plus élevé de fusions qui sont survenues (en 1992, 627 fusions ont été signalées dans les publications à caractère financier et commercial, soit une baisse par rapport aux 739 fusions réalisées en 1991 et au total de 944 rapporté en 1990)¹²⁴. Il appert donc que les dispositions de la *Loi* relatives aux fusions se sont appliquées directement à moins de un demi de 1 p. 100 de l'ensemble des fusions au Canada.

On peut tirer d'autres observations d'une analyse empirique récente de Khemani et Shapiro¹²⁵ portant sur l'application des dispositions relatives aux fusions au Canada. L'étude est fondée sur une analyse économétrique des facteurs pris en considération dans le cas de fusionnements horizontaux dont le Bureau de la politique de concurrence a été saisi entre juin 1986 et à juillet 1989¹²⁶. Elle révèle que l'examen des cas pendant cette période a été effectué par le Bureau en tenant compte des facteurs, notamment d'ordre économique et autres, qui sont énoncés dans la *Loi*. Bien que les données sur les parts de marché et les niveaux de concentration aient été les principaux facteurs pris en considération aux fins de l'examen des fusions, d'autres éléments (notamment, la concurrence provenant des importations et les entraves à l'entrée sur le marché) ont aussi été jugés importants. L'étude conclut que la *Loi* est appliquée

¹²¹ Données tirées du document diffusé par le Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel pour l'exercice clos le 31 mars 1993*, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1993, p. 6, tableau 2.

¹²² Les chiffres ne concordent pas parfaitement, car certains examens achevés en 1992-1993 peuvent avoir été entamés au cours d'un exercice antérieur.

¹²³ Directeur des enquêtes et recherches, *op. cit.*, note 121, p. 6, tableau 2.

¹²⁴ Directeur des enquêtes et recherches, *op. cit.*, note 121, p. 5, tableau 1.

¹²⁵ R. S. Khemani et D. M. Shapiro, «An Empirical Analysis of Canadian Merger Policy», *Journal of Industrial Economics*, vol. XLI, n° 2, juin 1993, p. 161-177.

¹²⁶ Cette analyse empirique (analyse par la méthode des probits ordonnés) est valable puisque, tel que mentionné, la plupart des cas de fusionnement ont été réglés par voie de négociations entre le directeur et les parties, et non par voie de procédures devant le Tribunal de la concurrence. Dans le passé, cette situation a eu tendance à restreindre les données disponibles concernant certains cas d'espèce.

d'une manière cohérente et conforme aux principes économiques modernes en matière d'organisation industrielle¹²⁷.

Dans la décision qu'il a rendue en 1992 dans l'affaire *Hillsdown*, le Tribunal de la concurrence a semblé exprimer son désaccord avec l'approche fondée sur le bien-être général qui a inspiré les lignes directrices établies par le directeur des enquêtes et recherches en matière de fusion. Plus précisément, le Tribunal a eu du mal à accepter le point de vue du directeur selon lequel le transfert de richesse du consommateur au producteur ne constituait pas un «effet» de la diminution de la concurrence au sens de la *Loi*¹²⁸. Le Tribunal n'a cependant privilégié aucune autre approche particulière. L'opinion du Tribunal a été critiquée par la suite parce qu'on a soutenu qu'elle pouvait contribuer à compromettre l'orientation axée sur l'efficacité de la politique canadienne en matière de fusion, qui favorise la restructuration des entreprises¹²⁹.

D'autres dispositions ajoutées à la *Loi sur la concurrence* en 1986 nous ont aussi permis d'acquérir une expérience nouvelle en ces domaines. Deux affaires ont été plaidées aux termes des articles visant l'abus de position dominante¹³⁰; elles ont donné lieu, au Canada, à l'établissement d'une jurisprudence novatrice en ce qui

concerne notamment le traitement des pratiques contractuelles restrictives et la délimitation des marchés dans les cas d'abus¹³¹.

Des développements importants se sont aussi produits à l'égard d'autres aspects de la législation canadienne en matière de concurrence. Récemment, son rôle crucial, comme dimension de la politique économique canadienne, a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans la décision marquante qu'elle a rendue dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Company et al.* (l'arrêt *PANS*). Dans cette cause, la cour a conclu à la validité de la disposition

¹²⁷ Khemani et Shapiro, *op. cit.*, note 125, p. 176.

¹²⁸ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.*, (1992), 41 C.P.R. (3d) 289. Comme il s'agissait d'une opinion incidente, sa teneur ne s'appliquera pas nécessairement aux cas ultérieurs.

¹²⁹ Lawrence P. Schwartz, «The 'Price Standard' or the 'Efficiency Standard': Comments on the Hillsdown Decision», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 13, n° 3, septembre 1992, p. 42-47; Paul S. Crampton, «The Efficiency Exception For Mergers: An Assessment of Early Signals From the Competition Tribunal», *Canadian Business Law Journal*, printemps 1993.

¹³⁰ Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence, le 4 octobre 1990) et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Tribunal de la concurrence, le 20 janvier 1992).

¹³¹ Pour ce dernier cas, voir Robert D. Anderson et Joseph Monteiro, *Market Definition in Abuse of Dominant Position Cases: The Pragmatic Approach of the Competition Tribunal* (à paraître).

relative au complot et à sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³². Dans sa décision, la Cour suprême a aussi fait remarquer que la Loi «est un élément central de l'intérêt public du Canada en matière économique et que [l'article relatif au complot] est lui-même l'un des piliers de la *Loi*»¹³³.

L'un des critères fondamentaux de l'article relatif au complot est celui du caractère indu de l'entente qui a pour effet de diminuer la concurrence. Dans l'arrêt *PANS*, la Cour suprême a statué que l'application du critère du caractère indu entraîne implicitement l'application, du moins en partie, d'une règle de la raison. Il faut donc tenir compte de la «gravité» de l'effet anticoncurrentiel de l'entente en cause (critère qualitatif). L'application de ce critère ne permet pas de tenir compte des avantages possibles (pour le consommateur ou le producteur) qui découlent d'une entente de collaboration entre concurrents. Cela renforce manifestement l'application des dispositions relatives au complot en ce qui concerne la fixation des prix par convention et autres ententes semblables¹³⁴. Toutefois, selon certains critiques¹³⁵, cela soulève des questions concernant la compatibilité de l'approche adoptée aux fins des

dispositions relatives au complot avec celle fondée sur le bien-être général qui s'applique en vertu d'autres dispositions de la *Loi*¹³⁵.

Un autre aspect frappant de l'expérience acquise depuis 1986 dans l'application de la *Loi sur la concurrence* réside dans le peu d'utilisation qui a été fait des dispositions relatives aux coentreprises et aux accords de spécialisation. En fait, il n'y a pas eu une seule affaire en vertu de laquelle un accord de spécialisation a été inscrit ou une coentreprise a été approuvée à partir de ces dispositions. Le sort réservé aux ententes à caractère horizontal que sont, par exemple, les coentreprises et les accords de spécialisation, fait l'objet d'une analyse plus détaillée dans la partie VI du présent exposé.

Outre les éléments de fond du droit et de la politique en matière de concurrence mentionnés ci-dessus, il importe aussi de signaler certaines questions d'ordre procédurier se rapportant à la *Loi sur la concurrence*, notamment en ce qui a trait à divers aspects de la

¹³² Arrêt *PANS*, note 15 ci-dessus.

¹³³ Arrêt *PANS*, note 15 ci-dessus.

¹³⁴ Howard I. Wetston, *Developments and Emerging Challenges in Canadian Competition Law*, octobre 1992.

¹³⁵ Pour une analyse de la question, voir la partie VI du présent exposé.

procédure d'examen des fusions au Canada¹³⁶. Comme on l'a signalé précédemment, la plupart des cas de fusion qui ont été examinés depuis 1986 aux termes de la *Loi sur la concurrence* ont été réglés sans avoir recours au Tribunal de la concurrence. C'est pourquoi certains observateurs ont émis l'opinion que le mécanisme pouvait conférer au directeur un pouvoir discrétionnaire administratif trop grand¹³⁷.

Le nombre relativement peu élevé de cas de fusion où la procédure judiciaire a suivi son cours jusqu'à la fin traduit avant tout la volonté des parties de négocier avec le directeur ou de modifier leurs projets au lieu de se présenter devant le Tribunal¹³⁸. À cet égard, l'un des facteurs déterminants a été le caractère formel et la longueur des délais devant le Tribunal de la concurrence pour l'examen, entre autres, des ordonnances par consentement issues de négociations¹³⁹. Les nouvelles règles de procédure récemment adoptées par le Tribunal permettront, dans une certaine mesure, de résoudre ces problèmes¹⁴⁰.

En plus de veiller à l'application de la *Loi sur la concurrence* depuis le milieu des années 80, le Bureau de la politique de concurrence a pris une part de plus en plus active à l'élaboration et à la mise en oeuvre d'autres politiques de l'État qui ont une incidence sur le système de marché concurrentiel. Par exemple, le Bureau a participé intensément à la réforme des politiques de réglementation du transport, des télécommunications, de l'énergie et de l'agriculture

¹³⁶ Pour un aperçu pratique des questions se rapportant à la procédure d'examen des fusions, voir Calvin S. Goldman, «The Merger Resolution Process Under the Competition Act: A Critical Time in Its Development», *Ottawa Law Review*, vol. 22, n° 1, 1990, p. 1-47. La question de la constitutionnalité du Tribunal de la concurrence et des dispositions applicables aux fusions a également été soulevée. Cependant, en 1992, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité des dispositions en cause et du rôle du Tribunal de la concurrence quant à l'application de celles-ci. Voir Howard J. Wetston, *Décisions et faits nouveaux : la loi et la politique de concurrence*, allocution prononcée devant le Canadian Institute de Toronto, le 8 juin 1992.

¹³⁷ Roy M. Davidson, «Independence Without Accountability Won't Last», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Khemani et Stanbury, *op. cit.*, note 21, chap. 25, p. 561-582; et W. T. Stanbury, «An Assessment of the Merger Review Process under the Competition Act», *Canadian Business Law Journal*, vol. 20, n° 3, août 1992, p. 422-463. Voir aussi Roy M. Davidson, «When Merger Guidelines Fail to Guide», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 12, n° 4, décembre 1991, p. 44.

¹³⁸ Voir Andrew Kleit et Margaret Sanderson, «The Perfect is Not the Enemy of the Good: A Response to Roy Davidson's Article 'When Merger Guidelines Fail to Guide'», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 13, n° 2, juin 1992, p. 48-51.

¹³⁹ Stanbury, *op. cit.*, note 137. L'approche adoptée dans le passé par le Tribunal de la concurrence, dans le cas des ordonnances par consentement, est fort différente de celle qu'ont choisie les États-Unis, où les ordonnances issues de négociations sont généralement prononcées sans longs débats préalables. Voir Goldman, *op. cit.*, note 136.

¹⁴⁰ Ces règles, entrées en vigueur le 1^{er} mai 1994, prévoient notamment de nouvelles échéances et d'autres méthodes de gestion des affaires avant audience, tout en précisant les modalités applicables aux parties. Voir «Changes to the Rules for Regulating the Practice and Procedure of the Competition Tribunal», *Canadian Competition Record*, vol. 15, n° 2, été 1994, p. 2-5.

dans la deuxième moitié des années 80¹⁴¹. Il a fourni des données de base lors des négociations qui ont mené à la conclusion de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis¹⁴², et il a participé directement aux négociations qui ont conduit à l'Accord nord-américain de libre-échange (ALENA). Le personnel du Bureau a aussi fourni des données essentielles lors des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round¹⁴³. Plus récemment, le Bureau a prêté son concours à l'élaboration de propositions visant à renforcer l'union économique canadienne¹⁴⁴, de même qu'à divers efforts interministériels de réforme des politiques, notamment l'étude de l'économie canadienne réalisée par Porter. Le Bureau a aussi joué un rôle important dans l'examen de la possibilité de remplacer les mesures commerciales d'urgence actuelles (en particulier, les mesures antidumping) et dans l'étude des règles de la politique de concurrence à la lumière des négociations complémentaires liées à l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis et, plus récemment, à l'ALENA¹⁴⁵. Ces démarches montrent le resserrement des rapports entre la politique de concurrence et d'autres politiques économiques, dont celles qui s'appliquent au commerce international et aux secteurs industriels et celles qui ont pour objet une réglementation sectorielle. Ces rapports sont étudiés de plus près dans la partie IV du présent exposé.

En ce qui concerne l'incidence ultime de la politique de concurrence sur la structure et l'efficacité de l'industrie canadienne depuis 1986, il serait trompeur d'attribuer les mutations structurelles majeures qui sont survenues dans notre économie à un seul instrument de politique ou à un seul autre ensemble de facteurs. Manifestement, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur la concurrence*, l'économie canadienne a subi l'influence de nombreux facteurs importants, y compris des fluctuations macro-économiques majeures et un processus de libéralisation du commerce d'une ampleur considérable. Signalons toutefois que, récemment, les industries manufacturières canadiennes et d'autres industries ont fait l'objet d'une restructuration en profondeur de nature à accroître leur productivité et que, dans de nombreux cas, elles sont désormais en mesure de soutenir la concurrence résultant du phénomène de la mondialisation

¹⁴¹ Bureau de la politique de concurrence, note 14 ci-dessus. Différents mémoires et autres documents sont mentionnés dans la partie IV du présent exposé.

¹⁴² Voir M. F. Ronayne, R. D. Anderson et S. D. Khosla, *The Impact of Non-Tariff Barriers on Canada-U.S. Trade in the Steel Industry*, Bureau de la politique de concurrence, juin 1987.

¹⁴³ Voir R. D. Anderson, P. J. Hughes, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, *Intellectual Property Rights and International Market Segmentation: Implications of the Exhaustion Principle*, Bureau de la politique de concurrence, document de travail, octobre 1990.

¹⁴⁴ Robert D. Anderson et S. Dev Khosla, «Competition Policy, the Canadian Economic Union and Renewal of the Federation», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 12, n° 4, décembre 1991, p. 57-77.

¹⁴⁵ Voir Derek Ireland, Don Partridge et Zulfi Sadeque, *Globalization, the Canadian Competition Act and the Future Policy Agenda*, Bureau de la politique de concurrence, mai 1993.

des marchés des années 90¹⁴⁶. À la lumière de ces tendances, on peut à tout le moins conclure que la *Loi sur la concurrence* n'a pas été un obstacle à la restructuration qui s'imposait. Dans une optique plus positive, on pourrait même prétendre que l'efficacité de la *Loi sur la concurrence*, de concert avec d'autres politiques d'encadrement et du jeu des mécanismes de marché, a favorisé l'établissement d'une structure industrielle plus concurrentielle au Canada.

¹⁴⁶ Voir Banque Royale du Canada et Ross et Litchfield, *op. cit.*, note 4.

PARTIE IV

LES RAPPORTS ENTRE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LES AUTRES POLITIQUES ÉCONOMIQUES

La politique économique dans les années 90 se caractérise notamment par le resserrement des rapports entre ses divers aspects et la politique de concurrence. En fait, les principes de la politique de concurrence gagnent en importance parmi les éléments qui contribuent à l'élaboration et à l'application d'une vaste gamme de politiques économiques, notamment la politique industrielle, les politiques se rapportant à l'union économique canadienne, certains aspects de la politique économique internationale, la réforme de la réglementation dans certains secteurs et les droits de propriété intellectuelle. Dans chacun de ces domaines, la politique de concurrence s'inscrit dans le cadre d'initiatives gouvernementales de plus large portée, liées à l'efficacité de l'adaptation structurelle et à une meilleure gestion de l'économie.

La politique de concurrence et la politique industrielle

Quand on s'interroge sur les rapports qui existent entre la politique de concurrence et la politique industrielle, il peut être utile de faire le point sur les différentes significations rattachées à l'expression «politique industrielle». Dans son sens le plus large, l'expression désigne l'ensemble des mesures auxquelles l'État a recours pour favoriser une structure industrielle efficiente. Mentionnons, par exemple, l'appui direct aux activités de R-D, ainsi que les programmes de formation professionnelle et les mesures fiscales ou autres qui visent à faciliter une adaptation structurelle efficace. Au sens plus restreint, «politique industrielle» désigne aussi un sous-ensemble de politiques économiques dont l'objet est de faire bénéficier une industrie ou une entreprise donnée de certains avantages ou appuis spéciaux. Il peut s'agir, par exemple, de subventions directes ou indirectes, de marchés publics préférentiels ou de l'imposition de tarif ou d'autres modalités de protection du commerce¹⁴⁷. Au Canada, des mesures de politique industrielle ont parfois mené à la création délibérée de monopoles par voie de réglementation et/ou d'intégration verticale réunissant des entreprises réglementées et non réglementées¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Voir l'ouvrage préparé sous la direction de D. F. McFetridge, *Industrial Policy in Action*, University of Toronto Press pour la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Toronto, 1985.

¹⁴⁸ Voir, par exemple, l'analyse du rapport qui s'est établi au fil du temps entre Bell Canada et Northern Telecom dans le rapport de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, 1985. On trouvera également un bon aperçu de l'évolution de la politique industrielle canadienne dans Bruce G. Doern, «The Department of Industry, Science and Technology: Is There Industrial Policy After Free Trade», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Katherine A. Graham, *How Ottawa Spends 1990-91: Tracking the Second Agenda*, Carleton University Press, 1991, chap. 3, p.

(continued...)

Quel rôle doit jouer la politique de concurrence par rapport à ces diverses notions de politique industrielle? D'une part, si l'on retient la notion élargie, la politique de concurrence constitue en soi un élément clé d'une politique industrielle efficace¹⁴⁹. Comme on l'a mentionné plus tôt, elle renforce les incitatifs à l'innovation et à l'amélioration systématique des produits et des procédés de production) rôle qui lui est déjà reconnu dans plusieurs énoncés de politique officiels¹⁵⁰.

D'autre part, certains aspects de la politique industrielle dans son sens étroit (p. ex., imposition de droits de douane ou la création de monopoles par voie de réglementation) peuvent manifestement être contraires aux objectifs d'efficacité des marchés et empêcher de les atteindre¹⁵¹. En fait, des études économiques donnent à penser que des politiques de ce genre ont souvent pour effet d'entraver le fonctionnement des mécanismes du marché et de promouvoir indûment les intérêts de groupes précis au sein de la société¹⁵². On peut prétendre que l'un des principaux apports de la politique de concurrence au bien-être économique national consiste à remettre en question le bien-fondé de telles orientations de la politique industrielle, qui peuvent avoir des effets anticoncurrentiels. Pour bien saisir cet aspect, il convient d'approfondir quelque peu la théorie économique sur laquelle se fonde la politique industrielle.

Les économistes reconnaissent depuis longtemps l'existence d'arguments théoriques qui appuient une intervention de l'État visant à venir en aide à certaines industries ou activités. Parmi ces arguments figurent notamment l'aide aux industries naissantes et l'existence d'externalités positives (retombées) qui se rattachent à la formation et au perfectionnement de la

(...continued)

49-71.

¹⁴⁹ Voir également Goldman et Kissack, *op. cit.*, note 10.

¹⁵⁰ M. Harry Swain [alors qu'il était sous-ministre d'Industrie, Sciences et Technologie Canada] a fait remarquer ce qui suit : « [...] en ce qui concerne les politiques, je constate que les marchés fonctionnent au mieux des intérêts de la société dans son ensemble lorsqu'ils sont plus vastes et composés de concurrents dynamiques [...]. Nous devrions toujours nous soucier du caractère approprié des dispositions législatives en matière commerciale [...] ». Harry Swain, *ISTC Aujourd'hui et demain*, le 29 janvier 1993. Voir aussi Gouvernement de l'Ontario, *Un cadre pour la politique industrielle de l'Ontario*, juillet 1992. On mentionne, dans ce dernier cas, que la politique industrielle est tributaire de l'économie de marché ainsi que de la reconnaissance du rôle important que joue la concurrence dans l'innovation. Ces énoncés semblent indiquer une réorientation importante du rôle que l'on veut faire jouer à la politique industrielle canadienne.

¹⁵¹ Voir, par exemple, McFetridge, *op. cit.*, note 147.

¹⁵² Les premiers auteurs à avoir tiré cette conclusion comprennent notamment Gordon Tullock, «The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft», *Western Economic Journal*, vol. 5, juin 1967, p. 224-232; et Anne O. Krueger, «The Political Economy of the Rent Seeking Society», *American Economic Review*, juin 1974, p. 291-303.

main-d'oeuvre¹⁵³. Néanmoins, les économistes se sont traditionnellement montrés sceptiques en ce qui concerne les effets, en pratique, des politiques industrielles et l'incidence de celles-ci sur la performance de l'économie. Leur attitude se fonde tout particulièrement sur la notion de «recherche de la rente»¹⁵⁴. Suivant cette notion, l'aide de l'État consentie à l'industrie est, dans les faits, en grande partie influencée par les pressions qu'exercent des groupes d'intérêts. Par conséquent, des objectifs légitimes liés à l'efficacité peuvent être supplantés par un protectionnisme à l'état pur et la préservation artificielle d'industries inefficaces¹⁵⁵.

D'aucuns ont aussi mis en doute la capacité des organismes publics de déterminer systématiquement quelles industries devraient recevoir une aide, étant donné la nature et la portée des changements et des innovations qui sont survenus en matière économique depuis quelque temps¹⁵⁶. Au Canada, l'incidence des subventions directes à l'industrie, des marchés publics préférentiels et des autres aspects de la politique industrielle a fait l'objet de plusieurs études préliminaires réalisées pour le compte de la Commission MacDonald au milieu des années 80. De manière générale, ces études ont fait ressortir les coûts et ont soulevé des doutes quant aux avantages attribués aux politiques industrielles interventionnistes¹⁵⁷.

Dans la deuxième moitié des années 80, les partisans de la politique industrielle ont reçu un nouvel appui grâce à la parution d'ouvrages économiques portant sur le commerce international et l'organisation industrielle. Les ouvrages sur «le commerce stratégique et la politique industrielle» ont été particulièrement déterminants à cet égard¹⁵⁸. Ils traitent de plusieurs situations jusqu'alors ignorées par les ouvrages sur la politique commerciale, où l'intervention des pouvoirs publics peut théoriquement améliorer le bien-être économique du

¹⁵³ Pour une analyse «classique» de ces arguments, voir, entre autres, Max W. Corden, *Trade Policy and Economic Welfare*, Clarendon Press, Oxford, 1974. Pour l'analyse des arguments «stratégiques» modernes, voir ci-après.

¹⁵⁴ Voir Krueger, *op. cit.*, note 152.

¹⁵⁵ La théorie suppose en outre que les rentes économiques possibles (c.-à-d. les bénéfices économiques réalisés par les industries favorisées) sont souvent annulées par le coût du démarchage et des activités connexes visant à les obtenir. Par conséquent, le coût de la recherche de la rente pourrait dépasser de beaucoup les pertes sèches qui sont traditionnellement associées aux monopoles commerciaux ou aux restrictions en matière de production. Voir Krueger, *op. cit.*, et Richard A. Posner, «The Social Cost of Monopoly and Regulation», *Journal of Political Economy*, vol. 83, 1975, p. 807-827.

¹⁵⁶ De nombreux défenseurs de la politique industrielle admettent qu'il est difficile de déterminer quelles industries sont des industries de pointe. De récentes propositions favorisent donc l'octroi de subventions à des activités qui semblent prometteuses (R-D, par exemple) plutôt qu'à des industries particulières. Voir, p.ex., Gouvernement de l'Ontario, *op. cit.*, note 150.

¹⁵⁷ Voir, p. ex., McFetridge, *op. cit.*, note 147. Voir aussi Donald G. McFetridge, «Rent-Seeking as Nation-Building: A Comment on 'Canada's National Policies: Reflections on 125 Years'», *Canadian Public Policy*, vol. XIX, n° 3, septembre 1993, p. 255-259.

¹⁵⁸ Pour un survol utile des études pertinentes, voir l'ouvrage préparé sous la direction de Richard Lipsey et Wendy Dobson, *Shaping Comparative Advantage*, Institut C. D. Howe, Toronto, 1987.

pays. Il s'agit généralement de cas de concurrence imparfaite, d'économies d'échelle dynamiques ou d'avantages conférés au premier arrivé¹⁵⁹. On considère généralement que ces conditions caractérisent de nombreuses industries «nouvelles», notamment les industries de haute technologie. À première vue, les ouvrages sur la politique industrielle stratégique fournissent donc une justification à une intervention (importante) de l'État sous forme de subventions, de droits de douane ou d'autres mesures visant à stimuler la croissance économique.

Or, de façon générale, cette évolution théorique n'a pas réussi à recueillir l'appui de tous, du moins chez les économistes, aux politiques industrielles et commerciales à caractère interventionniste. En fait, on observe plutôt que même les économistes qui ont largement contribué à échauffer les fondements théoriques des possibilités d'intervention efficace de l'État ont mis les intéressés en garde contre la mise en oeuvre de telles mesures à une grande échelle¹⁶⁰. Cette réserve s'appuie sur le fait qu'une justification théoriquement valable, en ce qui concerne l'intervention restreinte de l'État, peut trop facilement déboucher sur des cas de recherche de la rente et de protectionnisme¹⁶¹. En outre, les avantages dont peuvent bénéficier les pays au chapitre du bien-être économique et sur lesquels les premiers ouvrages traitant de politique commerciale stratégique ont mis l'accent, peuvent être annulés, voire inversés, si d'autres pays adoptent à leur tour des politiques équivalentes¹⁶². Des économies de taille relativement petite mais ouvertes, comme celle du Canada, seraient particulièrement vulnérables à de telles représailles.

En somme, au Canada, la politique de concurrence joue un double rôle vis-à-vis de la politique industrielle. D'une part, la politique de concurrence contribue directement à l'efficacité de la politique industrielle grâce à la préservation de la rivalité entre les entreprises. (Des éléments précis de la législation sur la concurrence, comme les dispositions relatives aux gains d'efficacité et aux coentreprises de R-D, peuvent aussi favoriser une adaptation structurelle efficace¹⁶³.) D'autre part, dans une économie moderne, la politique de concurrence doit continuer de s'opposer aux interventions fondées sur la politique industrielle qui ont pour effet

¹⁵⁹ Voir James A. Brander, «Shaping Comparative Advantage: Trade Policy, Industrial Policy and Economic Performance», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Lipsey et Dobson, *op. cit.* p. 1-56.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, Paul Krugman, *Rethinking International Trade*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 248-254; et Richard Harris, «The New Protectionism Revisited», *Revue canadienne d'économie*, vol. XXII, n° 4, 1989, p. 751-778.

¹⁶¹ Krugman fait remarquer ce qui suit : «Dans les faits, le milieu est très propice à la remise en question de la doctrine du libre-échange. Toute politique commerciale interventionniste théoriquement légitime et proposée en toute honnêteté [...] se trouvera très tôt des adhérents pour les mauvaises raisons», *ibid.*, p. 253.

¹⁶² Voir, entre autres, Avinash Dixit et Albert S. Kyle, «The Use of Protection and Subsidies for Entry Promotion and Deterrence», *American Economic Review*, vol. 75, n° 1, 1985, p. 139-152.

¹⁶³ La partie VI du présent exposé contient une analyse des dispositions de la législation sur la concurrence relatives à la restructuration industrielle.

de diminuer la concurrence sans justification valable sur le plan de l'efficience. Paradoxalement, cela est vital pour l'efficacité générale de la politique industrielle dans son sens le plus général.

Les ententes intergouvernementales concernant le commerce intérieur

La politique de concurrence joue un rôle de premier plan dans le renforcement de l'union économique canadienne¹⁶⁴. La notion d'union économique fait partie de l'ensemble des mesures constitutionnelles et autres que prennent les pouvoirs publics pour assurer et stimuler la libre circulation des biens, des services, des capitaux et de la main-d'oeuvre entre les provinces et les territoires, d'une extrémité à l'autre du Canada. Dans le passé, le pays faisait face à une multitude d'obstacles au commerce et à la mobilité entre les provinces¹⁶⁵. L'*Accord sur le commerce intérieur*, signé par le ministre du Commerce du gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux à l'été de 1994, comprend d'importantes mesures destinées à surmonter ces obstacles¹⁶⁶.

La politique de concurrence peut contribuer à une union économique de deux manières. Premièrement, elle peut faire en sorte que les obstacles mis en place par l'État ne soient pas, après leur suppression, remplacés par des ententes privées qui ont pour effet de fragmenter les marchés¹⁶⁷. Deuxièmement, l'expérience acquise relativement à la politique de concurrence peut faire ressortir des modèles appropriés pour l'élaboration de mesures qui visent à supprimer des obstacles au commerce interprovincial. Dans la Communauté européenne, la politique de concurrence a joué un rôle clé dans le traitement des subventions et autres «mesures d'aide à l'industrie» qui risquent de nuire à la libre circulation des biens et des services dans l'Union. L'importance de ce rôle s'est accrue grâce au processus d'unification du marché européen qui se poursuit aux termes de l'*Acte unique européen*¹⁶⁸.

Réforme de la réglementation sectorielle et privatisation

¹⁶⁴ Anderson et Khosla, *op. cit.*, note 144.

¹⁶⁵ Conference Board du Canada, *Canada 1993: A Plan for the Creation of a Single Market in Canada*, avril 1991.

¹⁶⁶ Voir *Accord sur le commerce intérieur*, le 18 juillet 1994.

¹⁶⁷ À cet égard, l'analyse classique de Safarian met l'accent sur «la nécessité d'une politique de concurrence vigoureuse [...] si l'on veut bénéficier des avantages propres au marché commun». A. E. Safarian, *Canadian Federalism and Economic Integration*, Information Canada, Ottawa, 1974.

¹⁶⁸ Pour une analyse détaillée, voir Mark F. Ronayne, *Industrial Aid and Competition Policy in Canada*, Bureau de la politique de concurrence, document de travail, août 1993.

Il est depuis longtemps reconnu que la réglementation publique directe de certains secteurs de l'économie est intimement liée à la politique de concurrence. La réglementation économique, par exemple, a souvent pour effet de restreindre la concurrence dans une industrie donnée¹⁶⁹. Par contre, l'application de la politique de concurrence peut à l'occasion corriger des inefficiences causées par la réglementation. Ces dernières années, dans les économies de marché anciennes comme nouvelles, l'un des principaux objectifs de la réforme des politiques micro-économiques a consisté à réduire le nombre de secteurs assujettis à une réglementation directe, tout en maximisant les possibilités pour les forces concurrentielles du marché de fonctionner à l'intérieur des régimes réglementaires qui furent maintenus¹⁷⁰.

À l'heure actuelle, on peut regrouper les sujets d'intérêt, en ce qui concerne la réglementation économique au Canada, en trois catégories, soit i) les questions liées aux réformes mises en oeuvre au milieu des années 80, ii) les questions plus «nouvelles» ayant trait à l'assouplissement éventuel de la réglementation dans certains domaines, tels les télécommunications, l'énergie électrique, l'agriculture, etc., et iii) les questions se rapportant aux procédures réglementaires et à la réglementation à caractère «social» dont l'application ne se limite pas à certaines industries précises.

En ce qui concerne les problèmes qui découlent des réformes antérieures, presque 10 ans se sont maintenant écoulés depuis la mise en oeuvre, au Canada, de réformes majeures dans l'industrie du transport aérien, du transport ferroviaire et du camionnage, de même que, dans une moindre mesure, dans celle du transport maritime international, par suite du projet «Aller sans entraves» lancé par le ministre des Transports en 1985¹⁷¹. Dans ce secteur, la politique de concurrence a indubitablement joué un rôle clé dans le renforcement des effets avantageux de la déréglementation¹⁷². Quoique les résultats de ces réformes continuent de susciter la controverse,

¹⁶⁹ Conseil économique du Canada, *Pour une réforme de la réglementation*, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1981. Parmi les premiers auteurs à signaler l'effet contraignant de la réglementation sur la concurrence, notons George G. Stigler, «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1971, p. 3-21; et William A. Jordan, «Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation», *Journal of Law and Economics*, vol. XV, n° 1, avril 1972.

¹⁷⁰ OCDE, *op. cit.*, note 1. Voir aussi Janus A. Ordovery et Russel W. Pittman, «Competition Policy for Natural Monopolies in a Developing Market Economy», paru dans l'ouvrage publié sous la direction de S. Rayner, *Trade and Finance in Central and Eastern Europe*, Butterworths, Londres, 1993.

¹⁷¹ Pour plus de précisions, voir Ministre des Transports, *Aller sans entraves*, 1985.

¹⁷² Voir George N. Addy, *The Competition Act and the Transportation Sector in the 1990s*, exposé présenté devant le conseil d'administration de la Société des ports canadiens, le 27 septembre 1994.

on peut quand même trouver de bons arguments pour défendre ces diverses initiatives¹⁷³.

Les répercussions de la déréglementation de l'industrie du transport aérien des passagers suscitent un intérêt particulier. Depuis plusieurs années, ce secteur se caractérise par une surcapacité endémique, des guerres de prix et l'instabilité financière. Certains y voient la preuve de l'«échec» de la déréglementation. On peut cependant avancer avec vigueur que les difficultés que les principaux transporteurs ont connues récemment (aux États-Unis comme au Canada) ne sont pas imputables en soi à la déréglementation, mais plutôt à la surcapacité et aux décisions qui ont été prises par leurs dirigeants à la fin des années 80¹⁷⁴.

En ce qui a trait aux questions plus «nouvelles» relatives à la réforme de la réglementation, mentionnons, au nombre des principales industries visées à ce titre, les télécommunications, l'énergie électrique et l'agriculture. Dans chacun de ces secteurs, le réexamen du rôle que joue la réglementation résulte de l'effet combiné des facteurs suivants : i) des changements technologiques considérables, ii) une diminution des préoccupations suscitées par les tendances au monopole naturel dans certains secteurs (ou, du moins, dans certaines parties d'entre eux) et iii) des changements fondamentaux survenus sur la scène internationale dans le contexte des politiques (tels que les récentes négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round, qui ont une incidence sur le secteur agricole). De plus, chacun de ces secteurs contribue de façon déterminante au caractère concurrentiel des autres industries canadiennes. Par conséquent, l'ouverture de ces industries à la concurrence peut avoir une incidence (bénéfique) directe sur la compétitivité d'industries utilisatrices clés¹⁷⁵. Dans le secteur des télécommunications, en particulier, la politique de concurrence constitue un élément vital du développement efficace de ce qu'on appelle l'«autoroute de l'information»¹⁷⁶.

Dans le cadre de l'examen de ces questions, les décideurs canadiens peuvent tirer des

¹⁷³ Voir Directeur des enquêtes et recherches, *Soumission présentée à la Commission d'examen de la Loi sur les transports nationaux*, le 30 juin 1992. Pour ce qui est de l'expérience des États-Unis, voir Clifford Winston, «Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists», *Journal of Economic Literature*, vol. XXXI, septembre 1993, p. 1263-1289. Winston conclut que, malgré le fait qu'elles n'aient pas tenu compte de tous les bénéfices possibles, les prévisions des micro-économistes à l'effet que [le consommateur] allait retirer des avantages substantiels de la déréglementation, se sont en général révélées exactes.

¹⁷⁴ Voir William A. Jordan, «New Aircraft Orders: Still A Leading Indicator of Airline Profits», *Airfinance Journal*, n° 139, juin 1992, p. 42-47.

¹⁷⁵ Dans le cadre de sa présentation récente devant le *National Energy Board Review of Inter-Utility Electricity Trade*, le directeur des enquêtes et recherches a fait remarquer que «la mise en place de [nouvelles approches envisagées dans le processus de révision] serait suivie par l'adoption d'autres réformes visant à accroître l'efficacité de cette industrie d'infrastructure vitale, contribuant ainsi de façon importante au caractère concurrentiel des autres industries canadiennes». Directeur des enquêtes et recherches, allocution devant le *National Energy Board Review of Inter-utility Cooperation and Transmission Access and Wheeling*, février 1993, p. 10.

¹⁷⁶ Voir George N. Addy, *Notes For Remarks to the Advisory Council on the Information Highway*, Ottawa, le 15 juin 1994.

leçons de l'expérience récente acquise dans d'autres pays industrialisés. Celle des États-Unis et de la Norvège, par exemple, offre une mine de renseignements quant à la faisabilité d'instituer des réformes visant l'élargissement de la concurrence dans le domaine de l'énergie électrique, notamment en scindant l'exploitation du réseau de transport d'électricité et celle des installations de production, ainsi qu'en déréglementant considérablement les prix¹⁷⁷. L'évolution qu'a connue le secteur des télécommunications aux États-Unis donne une bonne idée de l'incidence possible de la séparation structurelle des fonctions à caractère monopolistique de celles qui n'en sont pas, de même que des innovations plus récentes comme la réglementation fondée sur des incitations¹⁷⁸.

Il existe aussi un ensemble plus vaste de questions en matière de réforme des procédures réglementaires et de la réglementation à caractère «social» dont l'incidence se fait sentir au-delà d'industries particulières¹⁷⁹ et pour lesquelles la politique de concurrence peut jouer un rôle utile¹⁸⁰. Ces questions constituent une dimension importante de l'intérêt que l'on porte actuellement à l'amélioration de la compétitivité des industries canadiennes. Dans une large mesure, elles favorisent la promotion de l'innovation et la mise en place de mesures incitatives pour que les objectifs de la réglementation (p. ex., la lutte contre la pollution) soient atteints au plus bas coût possible. Lorsque les circonstances s'y prêtent, il peut s'agir d'avoir recours à certains mécanismes du marché, comme des droits de pollution négociables.

La politique économique internationale

Le rôle croissant de la politique de concurrence, en tant que dimension de la politique économique intérieure, a pour complément son importance accrue comme instrument de la politique économique internationale. Ce phénomène découle directement de la mondialisation des marchés et de l'activité économique en général. À cet égard, la politique de concurrence peut contribuer à faire en sorte que les avantages découlant de la suppression des obstacles aux échanges et aux investissements internationaux que les gouvernements avaient mis en place ne se trouvent pas érodés par des pratiques commerciales restrictives. Sur un plan plus général, la politique de concurrence peut contribuer au renforcement des politiques relatives au commerce

¹⁷⁷ Voir Edward P. Kahn, *Competition Issues in the Electricity Sector*, étude préparée pour le Bureau de la politique de concurrence, Hull (Québec), avril 1994.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, Tim Brennan, «Why Regulated Firms Should Be Kept Out of Unregulated Markets: Understanding the Divestiture in U.S. v. AT&T», *Antitrust Bulletin*, vol. 32, 1987, p. 741-793. Pour une vue plus générale, voir Richard J. Schultz, *Regulatory Reform: A Handbook of Possibilities*, document préparé pour le Bureau de la politique de concurrence, juillet 1991.

¹⁷⁹ Schultz, *ibid.*

¹⁸⁰ Bureau de la politique de concurrence, *op. cit.*, note 14.

international et à l'investissement qui visent à promouvoir le libre jeu des forces du marché¹⁸¹.

L'Accord de libre-échange nord-américain témoigne du rôle que peut jouer la politique de concurrence afin de favoriser une intégration économique efficiente¹⁸². Le paragraphe 1501 (1) de l'Accord stipule que chacune des parties «adoptera ou maintiendra des mesures prohibant les comportements anticoncurrentiels et exercera toute action appropriée à cet égard, reconnaissant que de telles mesures favoriseront l'atteinte des objectifs» de l'Accord. L'article 1504 prévoit en outre que l'on tiendra des négociations complémentaires au sujet du rôle éventuel de la politique de concurrence dans la poursuite de la libéralisation des échanges en Amérique du Nord.

La politique de concurrence a aussi figuré parmi les principaux sujets à l'ordre du jour de pourparlers bilatéraux qui se sont tenus récemment en matière de commerce ailleurs dans le monde. L'Initiative concernant les obstacles structurels des États-Unis et du Japon, par exemple, prévoit une application plus vigoureuse de la politique de concurrence pour faciliter l'accès des fournisseurs étrangers aux marchés japonais¹⁸³. De plus, l'accord établissant la Zone de libre-échange entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande prévoit le recours à une politique de concurrence plutôt qu'à l'application de la réglementation antidumping en vigueur) une possibilité que l'on pourrait aussi envisager aux fins des négociations complémentaires susmentionnées dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain¹⁸⁴.

La politique de concurrence possède plusieurs caractéristiques qui expliquent son application croissante au commerce international. Ces caractéristiques comprennent le fait qu'elle a un fondement législatif, qu'elle respecte généralement le principe du traitement national et qu'elle est relativement plus transparente que d'autres instruments des politiques commerciale

¹⁸¹ Voir Derek Ireland, *Les interactions entre la politique de concurrence et la politique commerciale : défis et possibilités*, Bureau de la politique de concurrence, Direction de l'économie et des affaires internationales, novembre 1992; et Arthur Kaell, Derek Ireland et Zulfi Sadeque, *Trade, Competition Policy, Innovation and Market Access*, document préparé aux fins de la table ronde tenue en août 1994 par le Comité du commerce international de l'OCDE au sujet des nouvelles dimensions de l'accès aux marchés dans une économie mondialisée.

¹⁸² Pour une analyse en profondeur des aspects de l'ALENA qui se rapportent à la concurrence, voir American Bar Association, Section of Antitrust Law, *The Competition Dimension of the North American Free Trade Agreement* (à paraître).

¹⁸³ Pour plus de précisions au sujet de cette initiative, voir Robert D. Anderson, «Competition Policy Aspects of the U.S.-Japan Structural Impediments Initiative: Implications for Canada», *Canadian Competition Policy Record*, vol. 12, n° 2, juin 1991, p. 39-50. Voir aussi la partie V du présent exposé.

¹⁸⁴ Voir ci-après.

et industrielle¹⁸⁵. C'est pourquoi, après avoir fait partie des ententes bilatérales, la législation et la politique de concurrence figurent aussi, au sein de l'OCDE et ailleurs, au menu de négociations multilatérales portant sur les échanges et les investissements internationaux¹⁸⁶.

Le rôle de la politique de concurrence en tant qu'instrument de la politique économique internationale pourrait être appelé à croître en importance, dans le cadre des efforts que déploient les gouvernements pour trouver des moyens de contrebalancer les effets trop souvent nuisibles des mesures commerciales d'urgence (p. ex., les droits antidumping et compensateurs) sur les opérations commerciales transnationales. Les études économiques démontrent aujourd'hui clairement que l'imposition de droits antidumping, en particulier, se fait souvent pour donner suite à des pratiques en matière de fixation de prix qui ne seraient pas considérées comme déloyales en vertu des normes de la législation sur la concurrence et qui constituent en fait une façon efficace de réagir à l'évolution de l'offre et de la demande¹⁸⁷. Des mesures de ce genre peuvent créer des perturbations particulièrement sérieuses dans les blocs commerciaux régionaux, où les marchés naturels s'étendent souvent au-delà des frontières géographiques et où les rapports de dépendance unissant les utilisateurs et les fournisseurs de part et d'autre des frontières peuvent être particulièrement étroits¹⁸⁸. C'est pourquoi, du moins dans l'optique de la Zone de libre-échange nord-américaine, il y aurait certainement de bonnes raisons de remplacer les lois antidumping actuelles par des normes fondées sur une législation en matière de concurrence¹⁸⁹.

L'importance grandissante de la politique de concurrence dans l'ensemble de la politique économique internationale soulève des interrogations complexes quant à son application pertinente aux diverses ententes commerciales et quant à la coopération entre les nations. L'analyse de ces questions fait l'objet de la partie VI du présent exposé.

La politique de concurrence et la propriété intellectuelle

Il est depuis longtemps reconnu que les droits de propriété intellectuelle sont intimement

¹⁸⁵ Voir Kaell, *op. cit.*, note 83. En termes généraux, le principe du traitement national est une notion juridique qui se fonde sur la neutralité à l'égard du pays d'origine. La politique de concurrence (politique antitrust) le respecte, car les autorités compétentes en la matière ont pour règle de ne pas imposer aux ententes ou opérations commerciales intéressant des entreprises étrangères des normes plus rigoureuses que celles auxquelles doivent se conformer les intervenants à l'intérieur du pays.

¹⁸⁶ Voir Kaell et coll., *op. cit.*, note 181.

¹⁸⁷ Pour un aperçu des données pertinentes, voir, entre autres, T.M. Boddez et M.J. Trebilcock, *Unfinished Business: Reforming Trade Remedy Laws in North America*, Institut C. D. Howe, Toronto, 1993, et se reporter aux ouvrages qui y sont cités.

¹⁸⁸ Voir Ronayne, Anderson et Khosla, *op. cit.*, note 142.

¹⁸⁹ Boddez et Trebilcock, *op. cit.*, note 187. Voir aussi Ireland, *op. cit.*, note 181, de même que les ouvrages qui y sont cités.

lié à la politique de concurrence. On s'attend d'ailleurs à ce que, au cours des années 90, ce domaine soulève des questions de plus en plus complexes¹⁹⁰. L'accent sera probablement mis tout particulièrement sur les effets des droits de propriété intellectuelle qui permettent à leurs titulaires de fragmenter les marchés internationaux¹⁹¹. D'autres questions d'intérêt se rapportent aux modalités d'octroi de licences à l'échelle nationale et internationale et à l'existence de mesures correctrices en cas d'utilisation abusive (anticoncurrentielle) de brevets et de droits d'auteur. La solution apportée à ces problèmes aura une incidence sur la diffusion des technologies nouvelles, la répartition des ressources économiques et les mesures destinées à stimuler l'innovation.

La politique sociale

Une étude du rôle de la politique de concurrence au Canada resterait incomplète si l'on ne se penchait pas aussi sur les rapports qui s'établissent entre elle et la politique sociale¹⁹². De façon générale, une politique de concurrence ne tient pas compte de l'emploi régional ou d'autres facteurs socio-économiques lorsqu'il s'agit d'évaluer les opérations et les pratiques des entreprises, ce qui ne signifie pas que ces facteurs sont jugés sans importance. On suppose plutôt que la prise en compte de facteurs socio-économiques aurait pour effet de rendre la législation en matière de concurrence moins objective, de nuire à son application par les tribunaux et d'en affaiblir l'orientation sur le marché. L'orientation de la politique de concurrence reflète aussi le fait que les mesures assurant l'efficacité et la compétitivité des industries d'un pays contribuent à long terme au maintien de l'emploi et de la prospérité nationale. De plus, on considère que les programmes de recyclage des travailleurs et autres initiatives du même genre sont en général des moyens plus directs de répondre aux besoins et aux préoccupations en matière d'emploi des travailleurs déplacés par la restructuration des industries.

Certes, la politique de concurrence tient compte des aspects sociaux de la restructuration industrielle dans la mesure où elle contribue à empêcher les entreprises d'exercer leur pouvoir de marché au détriment des consommateurs et des entreprises de moindre envergure. La politique de concurrence contribue aussi, sous d'autres aspects, à répondre à des préoccupations de nature

¹⁹⁰ Voir Robert D. Anderson, S. Dev Khosla et Mark F. Ronayne, «The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect», dans l'ouvrage préparé sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1991, p. 497-538.

¹⁹¹ Pour plus de détails, se reporter à Anderson et autres, *op. cit.*, note 143.

¹⁹² De plus en plus, ce qui unit le Canada d'est en ouest, c'est bien plus la politique sociale que la politique économique, selon Thomas J. Courchene, «What does it mean? For the Nation: Death of a Political Era», *The Globe and Mail*, le 27 octobre 1992, p. A1 et A4.

socio-économique. Par exemple, dans les débats portant sur les politiques publiques au Canada, il est souvent question de la concentration globale des entreprises (c.-à-d., de la position relative des grandes entreprises dans l'ensemble de l'économie). Il convient de préciser qu'il n'y a qu'un rapport indirect entre la concentration globale et le maintien de la concurrence sur les différents marchés de produits et les marchés géographiques (qui servent de fondement à la politique de concurrence¹⁹³). Néanmoins, par l'intermédiaire des mesures qu'elle prévoit contre les abus affectant des marchés précis, la politique de concurrence contribue à dissiper les préoccupations que suscite dans le public la concentration des entreprises en général¹⁹⁴.

L'incidence du resserrement des rapports entre les politiques

La ramification grandissante des rapports entre la politique de concurrence et les autres domaines de la politique économique souligne une autre réalité. En effet, la politique de concurrence compte désormais parmi les principales composantes du cadre législatif et politique dont s'est doté le Canada afin d'assurer le dynamisme de son économie de marché. À mesure que s'étendra la portée de la politique de concurrence, les ministères et organismes responsables d'autres domaines importants des politiques économiques (p. ex., la politique industrielle et la politique commerciale) accorderont inévitablement un plus grand intérêt à sa teneur et à son application. Les autorités compétentes en matière de concurrence auront donc un plus grand rôle à jouer à de nombreux égards et leur influence sur le fonctionnement efficace des marchés s'élargira. Il faut cependant éviter que l'attention portée aux rapports entre les politiques n'en vienne à éroder l'indépendance dont jouissent les organismes de réglementation de la concurrence dans l'accomplissement de leur vocation essentielle d'enquête et de poursuite judiciaire. Les autorités auront la tâche difficile d'accroître dans les faits la portée des principes sous-jacents de la politique de concurrence, tout en préservant l'indépendance et l'impartialité qui s'imposent dans l'administration de la législation pertinente.

¹⁹³ R. S. Khemani, «The Dimensions of Corporate Concentration in Canada», paru dans l'ouvrage publié sous la direction de Khemani, Shapiro et Stanbury, *op. cit.*, note 50, chap. 1, p. 17-38.

¹⁹⁴ Voir Calvin S. Goldman, «Corporate Concentration and Canada's New Competition Act», paru dans l'ouvrage publié sous la direction de Khemani, Shapiro et Stanbury, *op. cit.*, note 50, chap. 21, p. 489-503. Goldman affirme que bon nombre de préoccupations au sujet de la forte concentration des entreprises peuvent être attribuables au degré de concurrence existant sur des marchés donnés.

PARTIE V

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DANS DIFFÉRENTS PAYS

Dans cette partie de l'exposé, il est question de la législation et de la politique en matière de concurrence de différents grands pays, à savoir *i)* les États-Unis, *ii)* les pays de la Communauté européenne, *iii)* le Royaume-Uni, *iv)* la France, *v)* la République fédérale d'Allemagne et *vi)* le Japon. On y fait aussi mention des tendances nouvelles observées dans plusieurs autres pays. L'analyse porte sur les principes généraux qui sous-tendent les orientations propres au régime de la concurrence de chacun des pays étudiés, sur les caractéristiques institutionnelles dignes de mention et sur les aspects particuliers des législations nationales et des politiques d'application qui se rattachent aux objectifs plus généraux de la politique économique.

Les États-Unis

Les États-Unis sont l'un des meilleurs exemples d'un pays hautement industrialisé où la législation antitrust forme une dimension importante de la politique économique nationale et en constitue l'un des fondements depuis plus d'un siècle¹⁹⁵. Selon Michael Porter, l'application vigoureuse des lois antitrust, surtout durant la première moitié du XX^e siècle, a été une source importante de la croissance économique et de la prospérité des États-Unis¹⁹⁶.

La politique antitrust des États-Unis est souvent utilisée comme point de comparaison pour l'évaluation de la politique de concurrence du Canada. Les deux politiques nationales ont assurément de nombreux points communs : d'abord, les principes généraux sur lesquels elles reposent confèrent des fonctions semblables à la politique de concurrence dans une économie de marché et ils mettent en relief la nécessité de se doter de mesures aptes à combattre les pratiques

¹⁹⁵ Comme l'a affirmé Areeda, la *Sherman [Antitrust] Act* est au coeur de la politique industrielle des États-Unis depuis 100 ans. Voir Phillip Areeda, «Antitrust Law as Industrial Policy: Should Judges and Juries Make It?», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Jorde et Teece, *op. cit.*, note 57, chap. 2, p. 29-46. On assiste à l'heure actuelle, après un certain relâchement dans les années 80, à une application plus vigoureuse des lois antitrust américaines par le gouvernement Clinton. Voir «Nasdaq Investigation Showcases New Moxie at Justice Department: Bingaman's Antitrust Crew Targets Many Practices Unchallenged in the 80s», *Wall Street Journal*, le 20 octobre 1994, p. A1.

¹⁹⁶ Dans son analyse des raisons pour lesquelles les États-Unis ont devancé l'Europe et d'autres pays aux XIX^e et XX^e siècles, Porter affirme que la concurrence, conjuguée aux objectifs et aux attitudes, est ce qui a distingué les États-Unis à de nombreux égards. Les lois antitrust américaines, particulièrement rigoureuses en ce qui concerne les monopoles, les fusions et la fixation des prix, témoignent d'un engagement national face à la concurrence. La rivalité aux États-Unis contrastait fortement avec les cartels d'Europe et le sous-développement et le protectionnisme de l'Asie. Voir Porter, *op. cit.*, note 11, p. 304. Les effets sur le développement économique des États-Unis de l'application des dispositions antitrust sont beaucoup plus positifs pour Porter qu'ils ne le sont pour certains autres chercheurs américains. Voir, p. ex., Bork, *op. cit.*, note 27.

anticoncurrentielles; de plus, les perspectives analytiques adoptées dans les deux pays se chevauchent considérablement, notamment dans le domaine de la réglementation des fusions. Cette situation découle d'objectifs communs en matière de politique de même que de similarités au niveau du libellé des dispositions législatives¹⁹⁷.

Dans l'analyse de l'évolution de la politique antitrust américaine, il importe de bien tenir compte des grandes différences structurelles entre l'économie des États-Unis et celle du Canada, principalement du point de vue de la taille. Comme on l'a vu plus haut, le marché intérieur canadien est plus restreint, et il convient donc pour le Canada d'accorder relativement plus d'importance que les États-Unis aux gains d'efficacité qui peuvent résulter de fusions et d'autres ententes interentreprises. Pour cette raison, les mesures antitrust américaines concernant la restructuration diffèrent sensiblement de celles du Canada, notamment au chapitre du critère général d'évaluation des fusions. Comme on l'a vu, contrairement aux dispositions canadiennes en cette matière, qui s'appuient sur le concept du bien-être général, la politique américaine correspondante repose sur la notion du surplus des consommateurs¹⁹⁸. Par conséquent, aux États-Unis, les fusions sont examinées principalement sous l'angle de leur effet (anticipé) sur le prix payé par le consommateur. Même si les lignes directrices américaines permettent de tenir compte des gains d'efficacité qu'une fusion peut engendrer, ces gains ne suffisent généralement pas à faire pencher la balance en faveur de la fusion si l'effet sur les prix à la consommation indique qu'elle aurait pour résultat de réduire la concurrence. Il en va autrement au Canada, où les lignes directrices prévoient que les gains d'efficacité dont bénéficieraient les producteurs peuvent, dans certains cas de fusion, faire contrepois aux pertes sèches enregistrées au titre du surplus des consommateurs¹⁹⁹. De plus, les politiques antitrust canadienne et américaine

¹⁹⁷ Voir Paul S. Crampton, «The DOJ/FTC 1992 Horizontal Merger Guidelines: A Canadian Perspective», *Antitrust Bulletin*, vol. 38, n° 3, automne 1993. Voir aussi Green, *op. cit.*, note 108. On trouvera une analyse des principales similitudes quant aux objectifs en matière de politique et aux dispositions législatives dans Anderson et Khosla, *op. cit.*, note 111.

¹⁹⁸ Voir Crampton, *Ibid.*, notamment pour les renvois utiles donnés aux pages 695-696.

¹⁹⁹ Voir *Fusionnements : Lignes directrices pour l'application de la loi*, *op. cit.*, note 94. Il ne faudrait toutefois pas surestimer l'importance des différences entre les États-Unis et le Canada quant au traitement des gains d'efficacité. Dans une allocution prononcée en 1989 devant le Practising Law Institute, l'assistant procureur général adjoint des États-Unis (Division antitrust) à cette époque, M^{me} Judy Whalley, déclarait qu'une fusion pouvait ne pas être contestée s'il était établi qu'il en résulterait des gains d'efficacité importants dont bénéficieraient, à terme, les consommateurs et si certains autres critères étaient respectés. Voir à ce sujet Judy Whalley, Deputy Assistant Attorney General, *Statement*, (devant le 29^e séminaire annuel sur les questions antitrust du Practising Law Institute), New York, le 1^{er} décembre 1989, p. 19-20. De plus, les lignes directrices sur les fusions publiées conjointement en 1992 par le département américain de la Justice et la Federal Trade Commission (FTC) indiquent que certains cas de fusion que les autorités antitrust pourraient autrement refuser peuvent être jugés raisonnablement nécessaires s'ils permettent de réaliser d'importants gains nets d'efficacité. Voir Department of Justice et Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, le 2 avril 1992, repris dans *Antitrust and Trade Regulation Report*, supplément spécial, vol. 62, n° 1559, le 2 avril 1992. Pareille approche semble accorder un rôle relativement important aux gains d'efficacité quand il s'agit d'évaluer certains cas de fusionnement. De façon plus générale, les nouvelles lignes directrices américaines accordent plus d'importance que ne le faisaient les lignes directrices de 1984 au risque de collusion et aux dangers d'exercice du pouvoir de marché de façon unilatérale par la nouvelle entité issue de la fusion et par des entreprises agissant de façon interdépendante. Ce dernier

comportent des différences de nature technique quant à certaines questions, telles que le traitement accordé aux possibilités de substitution du côté de l'offre²⁰⁰.

Par rapport au régime canadien, la politique américaine sur les fusions accorde plus d'importance aux indicateurs quantitatifs d'une diminution de la concurrence, tels l'indice Herfindahl-Hirschman (une mesure de la concentration d'un marché) et l'évolution des parts de marché, qu'à des éléments qualitatifs comme une évaluation de la nature de la rivalité sur un marché donné. En fait, si les critères quantitatifs prévus dans les lignes directrices américaines définissent les conditions du marché dans lesquelles les fusions donneront matière à contestation (sous réserve d'autres facteurs), les critères correspondants des lignes directrices canadiennes déterminent simplement les circonstances dans lesquelles ils ne donneront pas lieu à contestation²⁰¹. Dans la mesure où on peut les comparer, les critères retenus dans les lignes directrices américaines sont relativement plus rigoureux que les seuils libératoires que prévoient les lignes directrices au Canada²⁰².

(...continued)

changement témoigne d'une évolution de la théorie de l'organisation industrielle et il est généralement compatible avec le cadre analytique retenu dans les lignes directrices canadiennes. Voir à ce sujet Crampton, *ibid.*

²⁰⁰ Voir Crampton, *Ibid.*

²⁰¹ L'approche canadienne trouve son fondement dans les prescriptions législatives. Comme on l'a vu plus haut, à la partie III, le paragraphe 92(2) de la *Loi sur la concurrence* précise expressément que le Tribunal de la concurrence ne conclura pas qu'une fusion diminue sensiblement la concurrence sur le seul critère de la concentration ou de la part du marché.

²⁰² Par exemple, conformément aux critères généraux énoncés dans les lignes directrices américaines de 1992, on considère comme «modérément concentrés» les marchés dont l'indice Herfindahl-Hirschman (indice HH) se situe dans la fourchette 1 000 - 1 800. Dans ces marchés, on juge que les fusions dont la réalisation ferait augmenter l'indice HH d'au moins 100 points pourraient réduire sensiblement la concurrence (et donc donner matière à contestation), sous réserve d'autres facteurs tels que les conditions d'entrée. De même, on considère comme «fortement concentrés» les marchés dont l'indice HH, après fusionnement, seraient d'au moins 1 800. Dans ces marchés, on juge que les fusionnements qui feraient augmenter l'indice HH de 50 à 100 points devraient donner lieu à contestation. De plus, toujours dans ces derniers marchés, il y a présomption que les fusionnements qui entraîneraient une hausse de plus de 100 points de l'indice HH créeront ou accroîtront vraisemblablement le pouvoir de marché ou encore en faciliteront l'exercice. (Cette présomption sera levée si d'autres facteurs rendent un tel effet improbable.)

Par contre, les lignes directrices canadiennes énoncent qu'une fusion *ne* donnera *pas* matière à contestation en raison de craintes quant à l'exercice unilatéral du pouvoir de marché, si l'entité résultant du fusionnement se retrouvait en possession d'une part de marché inférieure à 35 p. 100. De plus, il n'y aura généralement pas matière à contestation pour des motifs ayant trait à l'exercice multilatéral du pouvoir de marché si *i*) les quatre plus grandes entreprises se retrouvaient, après fusionnement, en possession d'une part totale de marché inférieure à 65 p. 100 ou *ii*) si l'entité résultant du fusionnement se retrouvait avec une part de marché inférieure à 10 p. 100.

Il est difficile de comparer directement les deux ensembles de critères, vu les différences entre les indicateurs de concentration retenus) contrairement aux critères canadiens de la part de marché de l'entité résultant du fusionnement ou du taux de concentration global des quatre plus grandes entreprises, l'indice HH tient compte de la répartition selon la taille de toutes les entreprises sur un marché) et l'importance des divers autres facteurs susmentionnés. Quoi qu'il en soit, examinons l'exemple suivant : on obtiendrait un indice HH de 1 600 pour un marché dans lequel l'entité résultant du fusionnement prendrait une part de 30 p. 100 et où sept autres entreprises se partageraient les 70 p. 100 restants. Un tel marché serait considéré comme

(continued...)

D'autres aspects de la loi et de la politique antitrust des États-Unis ont une incidence sur l'adaptation et la restructuration industrielles. D'importance particulière est le traitement des restrictions commerciales horizontales (p. ex., les ententes interentreprises), considéré depuis longtemps comme la pierre angulaire de la politique antitrust américaine. Durant des décennies, les ententes visant la fixation ouverte des prix, le truquage des offres et le partage du marché ont fait l'objet aux États-Unis d'une interdiction absolue (*per se*) reflétant la croyance que de tels arrangements ne présentaient guère d'avantages pour la société, voire aucun²⁰³. D'autres types d'accords interentreprises, mettant en cause la possibilité de gains d'efficacité, sont de plus en plus soumis à des examens les traitant comme des cas d'espèce²⁰⁴.

Aux États-Unis, comme dans d'autres pays, la politique antitrust a été élaborée en fonction de l'évolution de la conjoncture économique, des orientations politiques et de la théorie économique. Un domaine qui a une incidence appréciable sur la restructuration industrielle et la compétitivité est celui des accords de licence relatifs aux brevets et autres droits de propriété intellectuelle. Si, avant 1985, la législation antitrust américaine avait été rigoureusement appliquée de manière à limiter le recours aux pratiques restrictives en matière de licences (p. ex., restrictions quant au territoire ou au champ d'exploitation), après 1985, les autorités antitrust ont préconisé une libéralisation étendue du traitement réservé aux accords de licence²⁰⁵, qui a amené un réalignement important de la politique américaine sous l'effet des connaissances acquises au

(...continued)

«modérément concentré» aux termes des lignes directrices américaines, et la transaction proposée pourrait donner lieu à contestation sous réserve d'autres facteurs tels que les conditions d'entrée et la part de la hausse de l'indice HH attribuable au fusionnement. Dans des circonstances normales, pareille transaction ne donnerait pas matière à contestation en vertu des lignes directrices canadiennes quant au motif d'exercice unilatéral (moins de 35 p. 100 du marché revenant à l'entité fusionnée) ou multilatéral (moins de 65 p. 100 du marché, après fusionnement, revenant aux quatre plus grandes entreprises) du pouvoir de marché. Pour une analyse de ces questions, voir Green, *op. cit.*, note 108.

²⁰³ Voir Bork, *op. cit.*, note 27.

²⁰⁴ Voir Richard Schmalensee, «Agreements Between Competitors», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Jorde et Teece, *op. cit.*, note 57, chap. 5, p. 98-118. Schmalensee analyse une série d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis, remontant à l'affaire *Broadcast Music Inc. v. CBS* [441 U.S. 1 (1979)], qui ont reconnu que certains types d'ententes de collaboration entre concurrents peuvent légitimement engendrer des gains d'efficacité et, partant, doivent être évalués comme des cas d'espèce. Au nombre des décisions importantes en matière de collaboration interentreprises, l'auteur cite aussi les affaires *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma* [468 U.S. 85 (1984)], *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationary and Printing Company* [105 S. Ct. 2613 (1985)] et *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* [106 S. Ct. 2009 (1986)]. Robert Bork, alors juge, a analysé les conséquences de ces affaires, entre autres éléments de jurisprudence, dans ses motifs écrits pour l'opinion majoritaire dans l'affaire *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.* [792 F. 2d 210 (D.C. Cir. 1986)], où il fait observer que la Cour suprême a ainsi renversé les tendances jurisprudentielles quant à l'illégalité *per se* des restrictions horizontales.

²⁰⁵ Voir Charles F. Rule, (alors procureur général adjoint des États-Unis, Division antitrust), *The Antitrust Implications of International Licensing: After the Nine No-nos*, allocution à la conférence sur le droit de la World Trade Association et de la Cincinnati Patent Law Association, le 21 octobre 1986. Dans cette allocution, M. Rule a expressément rejeté la politique appliquée jusque-là par les États-Unis dans ce domaine et il a affirmé que la paranoïa qui avait affligé certaines autorités (dont le département de la Justice) au sujet des brevets et autres droits de propriété intellectuelle était injustifiée et absurde.

sujet des gains d'efficience issus de tels accords. Récemment, le département de la Justice a publié un projet de lignes directrices antitrust en matière d'accords de licence et d'acquisitions relativement aux droits de propriété intellectuelle²⁰⁶; adoptant une approche modérée, cette ébauche signale que les accords relatifs aux droits de propriété intellectuelle, s'ils restent soumis à l'examen des autorités antitrust, ne sont ni plus ni moins dignes de suspicion que les accords relatifs à d'autres formes de droits de propriété.

Un autre aspect important de la politique antitrust américaine qui a évolué récemment est celui du traitement des coentreprises. En 1984, dans le cadre d'un ensemble de mesures visant à accroître la compétitivité des entreprises américaines à l'étranger, les États-Unis ont adopté une loi spéciale (la *National Cooperative Research Act of 1984*) qui accordait aux coentreprises de R-D admissibles une protection limitée vis-à-vis des dommages-intérêts imposés à la suite de poursuites antitrust²⁰⁷. Entre autres dispositions, cette loi modifiait l'ampleur de la responsabilité civile aux fins de l'application de la législation antitrust, réduisant les dommages-intérêts du triple au simple pour certains types d'accords de coentreprises qui étaient inscrits conformément aux exigences de notification de la loi.

Plus récemment, en juin 1993, le Congrès des États-Unis a adopté des dispositions visant à étendre aux coentreprises de production la protection dont bénéficiaient les coentreprises de R-D²⁰⁸. Ces dispositions (les *National Cooperative Production Amendments [NCPA] of 1993*) ont été adoptées en réponse aux demandes d'entreprises américaines de technologie de pointe qui soutenaient depuis longtemps que la législation antitrust entravait une collaboration efficace dans la mise au point de nouveaux produits²⁰⁹. Certains éléments des modifications semblent comporter une intention de nature stratégique visant à rehausser les incitations à établir les installations de production d'une coentreprise aux États-Unis plutôt qu'à l'étranger²¹⁰. Certains

²⁰⁶ U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property*, ébauche du 8 août 1994. Voir à ce sujet Anne K. Bingaman, Assistant U.S. Attorney General for Antitrust, *Intellectual Property and Antitrust in the Clinton Administration*, Phoenix (Arizona), le 25 février 1994.

²⁰⁷ Au sujet de la loi de 1984, voir William F. Baxter, «Antitrust Law and Technological Innovation», *Issues in Science and Technology*, vol. 1, n° 2, hiver 1985.

²⁰⁸ États-Unis, *National Cooperative Production Amendments of 1993*, reproduit dans *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 64, le 18 juin 1993. Au sujet de ces modifications et d'autres initiatives législatives récentes visant à promouvoir la compétitivité des entreprises américaines, voir Mark A. A. Warner et Alan M. Rugman, «Recent U.S. Protectionist R&D Policies: Are Canadian Multinationals Exempted?», *Canadian Business Law Journal*, vol. 23, n° 3, juin 1994, p. 395-431.

²⁰⁹ Voir à ce sujet Jorde et Teece, *op. cit.*, note 57.

²¹⁰ En particulier, le paragraphe 7(1) de la *National Cooperative Research and Production Act of 1993* (adoptée dans le cadre des modifications NCPA) stipule que l'application de certaines mesures de protection prévues aux termes de la loi se limite aux coentreprises dont les installations principales de production sont établies aux États-Unis. De plus, le paragraphe 7(2) de la loi prescrit que les coentreprises admissibles doivent être contrôlées par soit *i*) un associé américain, soit *ii*) un associé étranger

auteurs soutiennent que ces modifications, comme d'ailleurs d'autres initiatives législatives récentes visant à promouvoir la compétitivité américaine, pourraient soulever des problèmes sur le plan des exigences de non-discrimination que prévoient le GATT ou d'autres accords internationaux²¹¹.

La politique antitrust américaine a évolué à d'autres égards en réponse à des objectifs de plus large portée de la politique économique. Au cours des dernières années, les autorités antitrust des États-Unis ont fortement appuyé les efforts (dont l'Initiative concernant les obstacles structurels) visant à accroître l'accès des entreprises étrangères aux marchés intérieurs apparemment protégés du Japon²¹². Plus récemment, le département de la Justice a appuyé une importante modification de la politique en vigueur en matière de compétence à l'égard des affaires antitrust internationales, en permettant l'application extraterritoriale des dispositions antitrust américaines aux restrictions auxquelles se heurtent les exportateurs américains sur les marchés étrangers. Cette mesure a été prise en réponse au mécontentement exprimé par les entreprises américaines envers la lenteur de l'ouverture des marchés japonais²¹³.

L'expérience américaine est aussi riche d'enseignements quant à la dimension institutionnelle de la politique de concurrence, le partage des responsabilités en matière d'application de la législation antitrust dans un État fédéral en constituant un aspect particulièrement intéressant. Aux États-Unis, la responsabilité en matière d'élaboration et, surtout, d'application des lois antitrust est répartie entre divers paliers de gouvernement et organismes. D'abord, au niveau fédéral, le département de la Justice et la *FTC* (Commission fédérale du commerce) se partagent la responsabilité de l'application des lois antitrust fédérales. Il existe des modalités administratives permettant d'éviter le chevauchement des efforts de mise en application, mais, en principe, l'un ou l'autre peut enquêter sur certaines transactions ou

(...continued)

accordant le traitement national aux partenaires américains aux fins des dispositions antitrust applicables aux coentreprises de production. Voir Warner et Rugman, *op. cit.*, note 208, p. 402-403.

²¹¹ Voir Warner et Rugman, *op. cit.*, note 208, particulièrement aux pages 427-428. Dans leur analyse des modifications NCPA et d'autres initiatives législatives récentes aux États-Unis en matière de R-D et de compétitivité, les deux auteurs signalent la résurgence inquiétante du protectionnisme dans les politiques des États-Unis concernant les mesures antitrust et la R-D. Ils soutiennent que pareille tendance pourrait éventuellement mettre les multinationales canadiennes dans l'impossibilité de conclure avec leurs homologues américaines des alliances stratégiques de R-D menant à une collaboration efficace. Warner et Rugman, *op. cit.*, note 208, p. 428.

²¹² Voir à ce sujet Anderson, *op. cit.*, note 183.

²¹³ Voir «The Impact of Reconsideration of U.S. Antitrust Policy Intended To Protect U.S. Exporters», *World Competition*, vol. 15, n° 4, juin 1992, p. 5-16.

pratiques commerciales. De nombreux États américains ont aussi leurs propres lois antitrust²¹⁴.

Les poursuites antitrust engagées par des particuliers ou des entreprises constituent un autre important mécanisme d'application de la législation antitrust aux États-Unis. Les affaires privées représentent généralement un plus grand pourcentage du nombre total de procédures antitrust qui sont engagées que l'ensemble des poursuites intentées par les autorités fédérales et les États. Les poursuites privées sont favorisées par certains aspects de la procédure civile américaine, notamment les honoraires conditionnels des avocats et la possibilité que le demandeur ayant gain de cause obtienne des dommages-intérêts triples dans certains types de poursuites. Si l'existence de tels recours peut manifestement renforcer la conformité avec la législation antitrust, certains se préoccupent du fait que des entreprises puissent, en certaines circonstances, abuser des poursuites privées pour harceler leurs concurrents²¹⁵. En résumé, le modèle américain constitue un bon exemple d'un régime élaboré et complexe de droit et de politique de concurrence qui forme la pierre angulaire de l'économie de marché, tout en restant à l'écoute de la conjoncture économique et des nouvelles orientations en matière de politiques.

La Communauté européenne

La Communauté européenne (CE) présente un autre modèle distinctif d'un régime où la politique de concurrence forme l'un des instruments de la politique économique. Établie en 1957, la CE est issue du Traité de Rome. Les objectifs qui sous-tendent la création du marché commun visent à favoriser le développement harmonieux des activités économiques, l'accroissement de la stabilité, le relèvement du niveau de vie et le rapprochement des États membres. La CE a récemment exercé une influence déterminante sur l'élaboration de la politique économique internationale.

Le modèle de la CE est caractérisé par une intégration nettement plus grande de la politique de concurrence et des objectifs de plus large portée de la politique économique que les régimes canadien ou américain. Depuis la création de la CE, la politique de concurrence a été utilisée de façon délibérée pour favoriser l'intégration du marché européen. Dans le cadre des mesures récentes en vue d'achever l'intégration du marché interne, il est devenu d'autant plus important de se doter d'une politique de concurrence commune et efficace pour réaliser l'unification du marché²¹⁶.

²¹⁴ Voir à ce sujet American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Antitrust Federalism: The Role of State Law*, monographie n° 15, 1988.

²¹⁵ Voir à ce sujet Bork, *op. cit.*, note 27.

²¹⁶ Voir à ce sujet *Europe 1992, rapport du Groupe de travail sur la politique de concurrence*, Affaires extérieures et Commerce extérieur Canada, 1991.

Une autre caractéristique distinctive de la politique de concurrence de la CE est son large champ d'application qui, outre les pratiques commerciales, s'étend aux soutiens étatiques à l'industrie qui faussent la concurrence²¹⁷. La Commission a le pouvoir de réglementer les soutiens étatiques en vertu des articles 92 et 93 du Traité de Rome. La Commission, en plus de déterminer si les cas de soutien public sont acceptables, publie des rapports périodiques sur leurs effets.

Dans le domaine de l'application des dispositions relatives aux fusions, il convient de signaler plusieurs points de la politique appliquée dans la CE. Le *Règlement visant les fusions* entré en vigueur en septembre 1990 tient compte des divergences importantes entre les politiques et les institutions des États membres; il a été adopté en réponse aux inquiétudes voulant que ces divergences puissent avoir pour effet de fausser les échanges commerciaux et les flux d'investissements entre les États de la communauté. Le *Règlement* représente un compromis entre les vues de l'Allemagne) qui préconisait un régime autonome reposant sur des règles et permettant un degré élevé de concentration) et celles du Royaume-Uni) qui souhaitait un régime axé sur l'intérêt public prévoyant des garanties d'ordre politique²¹⁸. En outre, il respecte les considérations relatives à la politique industrielle jugées importantes par d'autres États membres dont la France²¹⁹.

En ce qui concerne les dispositions de fond, le paragraphe 2(3) du *Règlement* porte sur les formes de concentration qui confèrent ou raffermissent une position prédominante ayant pour effet de limiter sérieusement la concurrence dans le marché commun ou dans une importante partie de ce dernier. Ces formes de concentration sont jugées incompatibles avec un marché commun. L'article énumère aussi un certain nombre de facteurs dont la Commission peut tenir compte pour déterminer s'il y a concentration; ces facteurs comprennent les entraves à l'entrée, la position sur le marché et la situation financière des entreprises en cause ainsi que le degré de concurrence véritable ou possible qui subsiste²²⁰. Contrairement aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* du Canada portant sur les fusions, le *Règlement* de la CE ne prévoit pas expressément de défense fondée sur les gains d'efficacité. Il comporte toutefois des dispositions permettant de considérer des facteurs autres que la concurrence. Premièrement, aux termes du *Règlement*, la Commission doit tenir compte du progrès technique et de la croissance économique (indirectement, donc, de l'efficacité dynamique) dans la mesure où ils avantagent le consommateur et n'entravent pas la concurrence. Deuxièmement, le préambule du *Règlement*

²¹⁷ Voir à ce sujet Ronayne, *op. cit.*, note 168.

²¹⁸ Bruce Doern, *Competition Policy Decision Processes in the European Community and the United Kingdom: Politics, Public Interest and Discretion*, Bureau de la politique de concurrence, septembre 1992, p. 16-17.

²¹⁹ Voir ci-après les facteurs du progrès technique et de la croissance économique, mentionnés au paragraphe 2(1) du *Règlement*.

²²⁰ Affaires extérieures et Commerce extérieur Canada, *op. cit.*, note 216.

prévoit explicitement que la Commission, dans l'application de ce dernier, doit tenir compte des objectifs de cohésion économique et sociale et d'autres objectifs fondamentaux du *Traité de Rome*²²¹.

L'évolution de la politique de concurrence de la CE en tant qu'instrument de l'unification du marché a comporté aussi bien des inconvénients que des avantages. Elle a donné lieu, en particulier, à l'élaboration de règles de fond qui paraissent incompatibles à certains égards avec le principe de l'efficacité des marchés généralement adopté en Amérique du Nord. Par exemple, contrairement au Canada et aux États-Unis, la CE applique plus ou moins une règle *per se* dans son analyse des restrictions territoriales à la commercialisation de produits de même marque; pareille approche peut conduire à ce que soient négligés les gains d'efficacité découlant de telles pratiques²²².

La politique de concurrence de la CE présente aussi plusieurs caractéristiques institutionnelles intéressantes²²³. L'application du *Règlement* de la CE sur les fusions est confiée à un groupe de travail spécial au sein de la Direction générale de la concurrence (DG-IV). Ce groupe de travail exerce ses fonctions dans le cadre de règles de procédure précises et d'un appareil institutionnel qui l'aident à tenir compte de vues divergentes. D'abord, dans le cas des fusions tombant sous le coup des critères d'examen, la DG-IV consulte normalement la Direction générale des affaires industrielles (DG-III). Toutes les affaires soumises au deuxième stade d'examen de la DG-IV doivent aussi être déferées au Comité consultatif formé de représentants des États membres. Enfin, il y a la Commission des Communautés européennes, instance de décision ultime en matière de fusions, qui constitue un important mécanisme d'arbitrage. La Commission regroupe en un même organisme décisionnel tous les commissaires de la CE, d'allégeances régionales diverses et investis de leur mandat propre en matière d'orientation des politiques.

Récemment, le cadre communautaire de réglementation des fusions a fait l'objet d'une importante étude publiée par le *Centre for Economic Policy Research (CEPR)* de Londres²²⁴. Les auteurs de cette étude soutiennent que les évaluations de fusions publiées par la DG-IV sont parfois préparées de manière à s'harmoniser aux décisions rendues par la Commission en fonction d'autres critères non précisés; il en résulte un manque de transparence, et les évaluations ne fournissent donc pas, comme elles le devraient, des paramètres cohérents aux intéressés. Pour remédier à la situation, les auteurs de l'étude du *CEPR* recommandent

²²¹ *Ibid.*, note 216.

²²² Voir Anderson et coll., *op. cit.*, note 143, p. 31-33; et Barry E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, Prentice-Hall Law and Business, Englewood Cliffs (New Jersey), vol. II, p. 306-307.

²²³ Voir à ce sujet Doern, *op. cit.*, note 218.

²²⁴ D. Neven, R. Nuttal et Paul Seabright, *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, Centre for Economic Policy Research, Londres, 1993.

principalement trois mesures : *i*) la séparation structurelle des fonctions d'enquête et de prise de décisions; *ii*) la publication systématique des analyses de fusions et des recommandations s'y rapportant, avant l'examen par l'organisme décisionnel; et *iii*) l'intégration, dans le *Règlement*, de dispositions prévoyant expressément une défense fondée sur les gains d'efficience, de manière à favoriser la prise en considération explicite (plutôt qu'implicite) des gains pouvant résulter d'une transaction. Mentionnons que l'adoption des recommandations *i*) et *iii*) rapprocherait du modèle canadien le régime de la CE d'application des dispositions relatives aux fusions. La deuxième mesure recommandée répondrait de façon générale aux demandes réclamant la diffusion plus systématique d'information sur les différentes évaluations de fusions et les règlements négociés) demandes qui se sont d'ailleurs fait entendre dans d'autres pays²²⁵.

À propos de l'évolution de la politique de concurrence, un aspect important de l'initiative Europe 1992 en vue de l'instauration du marché unique concernait les secteurs réglementés de l'économie européenne, à savoir les transports, les télécommunications, les services financiers et l'énergie. On est en voie de procéder à des assouplissements considérables de la réglementation dans ces secteurs afin de faciliter les échanges et les flux d'investissements dans la communauté) ce qui conduit à un recours croissant à la politique de concurrence²²⁶.

Le Royaume-Uni

Le Royaume-Uni fournit un autre modèle intéressant de politique de concurrence, qui se caractérise par la complexité de ses dispositions législatives et de ses aspects institutionnels²²⁷. La législation britannique en ce domaine comprend quatre lois principales : la *Fair Trading Act 1973*, la *Restrictive Trade Practices Act 1976*, la *Resale Prices Act 1976* et la *Competition Act 1980*²²⁸. Les divers textes législatifs sont appliqués par de nombreuses instances administratives, dont les suivantes : l'office des pratiques commerciales (*Office of the Director General of Fair Trading*), chargé de recueillir l'information, de mener les enquêtes préliminaires, de saisir la Commission des monopoles et des fusions (*Monopolies and Mergers Commission*) des affaires à

²²⁵ Au Canada, le Bureau de la politique de concurrence a répondu à de telles demandes en publiant de façon systématique des communiqués de presse et des analyses générales portant sur des décisions importantes.

²²⁶ Voir Joseph Monteiro, *Europe 1992 : Les secteurs réglementés, les possibilités d'élargissement de la politique de concurrence et les répercussions pour les entreprises canadiennes*, Bureau de la politique de concurrence, document d'analyse économique, mars 1992.

²²⁷ Voir à ce sujet Richard Whish, *Competition Law*, Butterworths, Londres, 1985, p. 18; l'auteur signale que le droit de la concurrence britannique s'est développé pour ainsi dire au petit bonheur, sans que la formulation d'une politique un tant soit peu cohérente ne reçoive quelque attention soutenue que ce soit. D'ailleurs, le président du Comité du Trésor de la Chambre des communes réclamait récemment un examen approfondi de la politique de concurrence britannique; voir «Chairman of UK Parliamentary Committee Urges Evaluation of Competition Policy», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 66, n° 1653, le 3 mars 1994, p. 251-252.

²²⁸ Voir à ce sujet Whish, *Ibid.*, pour des renvois utiles.

examiner ainsi que de surveiller les engagements des parties en cause; la *MMC*, chargée des enquêtes officielles visant à déterminer si des monopoles, des fusions ou des pratiques anticoncurrentielles sont préjudiciables à l'intérêt public; la cour des pratiques restrictives (*Restrictive Practices Court*), qui peut être appelée à statuer sur la question de savoir si les accords interentreprises sont contraires à l'intérêt public; le secrétaire d'État à l'Industrie (*Secretary of State for Industry*), investi du pouvoir de décision finale en matière de fusions et de diverses autres questions²²⁹. La participation directe du secrétaire d'État aux mécanismes britanniques d'exécution des dispositions relatives aux fusions constitue une différence fondamentale par rapport aux régimes adoptés en Amérique du Nord.

De tous les régimes en vigueur dans les principaux pays industrialisés, le droit de la concurrence du Royaume-Uni est sans doute celui qui est axé le plus explicitement sur l'intérêt public. La *Fair Trading Act* régissant les enquêtes sur les fusions par la *MMC* adhère d'ailleurs expressément au principe de l'intérêt public. À divers critères se rapportant à la concurrence s'ajoute le paragraphe 84(4) de la loi suivant lequel la commission, dans l'examen d'une fusion, doit déterminer si cette dernière a pour effet de maintenir et de favoriser *i*) l'équilibre dans l'industrie et dans l'emploi et *ii*) la compétitivité sur les marchés étrangers (c.-à-d., la compétitivité internationale ou l'accroissement des exportations)²³⁰. Comme on l'a signalé plus haut, les accords restrictifs sont aussi évalués au regard du critère de l'intérêt public²³¹.

Les mécanismes administratifs d'application de la législation britannique sur la concurrence permettent de tenir compte d'approches différentes en matière de restructuration des entreprises. Avant de faire l'objet d'une audience devant la *MMC*, une fusion peut être examinée par un groupe interministériel spécial composé de représentants du ministère de l'Industrie et du Commerce, du Trésor et d'autres ministères à vocation économique. Présidé par le directeur général des pratiques commerciales (*Director-General of Fair Trading*), le groupe interministériel a pour rôle de se pencher sur toutes les questions de politique soulevées par une importante fusion, avant de recommander à la *MMC* de faire enquête²³².

Le gouvernement britannique a annoncé récemment plusieurs mesures visant à rationaliser les modalités d'application de la législation de la concurrence, notamment les suivantes : *i*) la réduction du délai réglementaire imparti au ministre quant à la décision de déférer à la *MMC* l'examen d'une fusion ayant fait l'objet d'un avis préalable; et *ii*) le rehaussement du seuil au-delà duquel peut être déclenchée une enquête en vertu de la

²²⁹ Voir à ce sujet Whish, *Ibid.*, p. 18.

²³⁰ Sir Gordon Borrie, «Merger Policy: Current Policy Concerns», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de James A. Fairburn et John Kay, *Mergers and Merger Policy*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 246-263.

²³¹ En outre, le droit britannique relatif aux accords interentreprises diffère de d'autres égards importants des régimes nord-américains. Voir à ce sujet Whish, *op. cit.*, note 227.

²³² Doern, *op. cit.*, note 218, p. 47-50.

*Competition Act 1980*²³³. Plus tôt en 1994, le gouvernement avait relevé le seuil des actifs donnant matière à l'examen d'une fusion aux termes de la *Fair Trading Act* et annoncé son intention de recourir davantage aux règlements négociés dans de telles affaires²³⁴.

Au-delà des questions de législation et dans une perspective plus large, le Royaume-Uni est à l'avant-garde de la tendance internationale à réformer les secteurs réglementés de façon à y laisser jouer la concurrence, ayant adopté des mesures vigoureuses visant à déréglementer le secteur des télécommunications. De même, le pays a fait oeuvre de pionnier dans ses nouveaux aménagements institutionnels visant à ouvrir le secteur de l'électricité à la concurrence²³⁵.

En résumé, par rapport aux régimes axés sur la concurrence pure ou l'efficacité, le régime britannique de la concurrence, axé sur l'intérêt public, permet de tenir compte, au plan de la restructuration industrielle, d'un plus large éventail d'intérêts et de mandats en matière de politiques. Des spécialistes des questions antitrust voient dans cet aspect du régime britannique certains inconvénients, jugeant que le principe de l'intérêt public peut affaiblir la législation en matière de concurrence de telle sorte qu'elle ne permette pas de favoriser le bien-être économique des citoyens²³⁶. Quoiqu'il en soit, on peut constater un ferme engagement envers les principes de la politique de concurrence dans d'autres aspects de la politique

économique du Royaume-Uni, tels que les réformes de la réglementation entreprises dans d'importants secteurs d'infrastructure.

²³³ «UK Government Offers Measures to Reduce Delays in Antitrust Matters», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 66, n° 1670, le 30 juin 1994, p. 751-752.

²³⁴ «UK Government Moves to Reduce Burdens of Compliance with Competition Regime», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 66, n° 1650, le 10 février 1994, p. 179-180.

²³⁵ Voir Edward P. Kahn, *Competition Issues in the Electricity Sector*, étude préparée pour le Bureau de la politique de concurrence, Industrie Canada, avril 1994, p. 18-20.

²³⁶ Voir Doern, *op. cit.*, note 218, pour des renvois utiles.

La France

La politique de concurrence constitue aujourd'hui en France une dimension importante de la politique économique nationale²³⁷. Jusqu'en 1975, la politique de concurrence en France fut reléguée à l'arrière-plan par les politiques économiques interventionnistes, telles que le contrôle des prix, les subventions considérables aux secteurs clés et la planification centrale de la restructuration des entreprises. Depuis lors, toutefois, le régime de concurrence joue un rôle de plus en plus important dans la politique économique française, et ses principes sont aujourd'hui reconnus dans la législation et le cadre des politiques²³⁸. Néanmoins, le débat est encore ouvert au sujet de l'orientation à donner à la politique de concurrence, surtout en ce qui concerne l'importance relative qu'il faut accorder aux gains d'efficacité dynamiques par rapport au jeu «statique» de la concurrence.

Certains aspects de la législation française actuelle en matière de concurrence remontent à l'après-guerre²³⁹; c'est à cette époque qu'ont été adoptées les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles telles que le refus de vendre, les restrictions verticales, les accords horizontaux et l'abus de position dominante²⁴⁰. D'importantes modifications législatives, adoptées en 1977, sont intervenues en matière de réglementation des concentrations d'entreprises (fusions); la même année a été créée la Commission de la concurrence²⁴¹, organe indépendant chargé de statuer sur les affaires relevant du droit de la concurrence. De plus, les modifications de 1977 donnent au ministre responsable le pouvoir d'imposer des amendes aux entreprises dont les pratiques anticoncurrentielles ont été sanctionnées par la Commission.

En 1986, le droit français de la concurrence a été refondu par l'adoption de l'*Ordonnance*

²³⁷ Voir F. Jenny, «French Competition Policy in Perspective», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de W. S. Comanor et coll., *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, Harwood Academic Publishers, Chur (Suisse), 1990, vol. 43 de la collection dirigée par J. Lesourne et H. Sonnenschein, *Fundamentals of Pure and Applied Economics*, p. 146-188.

²³⁸ Voir à ce sujet Jenny, *Ibid.*, p. 188, où l'auteur signale que l'État français considère aujourd'hui que la répression des abus monopolistiques et des accords anticoncurrentiels constitue un aspect très important de ses politiques économiques. En raison du consensus politique qui s'est formé quant à la valeur de la concurrence et de la liberté en matière économique, il lui paraît bien improbable que l'on assiste au renversement de cette tendance dans un proche avenir.

²³⁹ On peut soutenir que le droit français de la concurrence trouve son fondement historique dans le code Napoléon de 1810. En effet, l'article 419 du Code instituait en infraction criminelle le fait de hausser le prix d'une marchandise au-delà du prix que déterminerait le libre jeu de la concurrence. Voir à ce sujet le chapitre I, «Historical Overview of French Antitrust Law», partie IV, «France», paru dans l'ouvrage de von Kalinowski, *World Law of Competition*, p. FRA 1-1.

²⁴⁰ Voir Jenny, *op. cit.*, note 237, p. 148-150 et von Kalinowski, *Ibid.*, p. FRA 1-3.

²⁴¹ Voir Jenny, *op. cit.*, note 237, p. 151 et von Kalinowski, *Ibid.*, p. FRA 1-3.

relative à la liberté des prix et de la concurrence²⁴². Remplaçant l'ordonnance de 1945 relative au contrôle des prix, l'ordonnance de 1986 stipule de façon générale que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Elle institue un nouvel organe administratif, le Conseil de la concurrence, chargé de faire enquête sur les affaires dont il est saisi et de sanctionner les infractions aux lois sur la concurrence. L'ordonnance confère en outre au Conseil le pouvoir d'imposer des amendes et de prendre des mesures correctives par voie d'injonction, décisions pouvant faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris. Enfin, l'ordonnance de 1986 apporte des clarifications quant à certains aspects du traitement des concentrations (fusions).

Les principaux organismes chargés de la mise en application de la législation française de la concurrence sont le Conseil de la concurrence et la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Organe indépendant, le Conseil examine les concentrations relevant de la compétence nationale (c.-à-d., celles qui ne sont pas soumises à l'examen de la Commission européenne) dont le saisit le ministre des Finances, généralement sur recommandation de la Direction générale. Après enquête, le Conseil publie son rapport et formule ses recommandations au ministre, qui a le pouvoir de s'opposer aux opérations de fusion de compétence nationale. Le Conseil s'acquitte aussi de responsabilités d'enquête en matière d'accords de cartellisation et d'autres infractions de nature quasi-pénale.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui relève du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget, conseille le ministre des Finances au sujet de questions relatives aux concentrations de compétence nationale. Elle représente en outre la France au sein du Conseil consultatif des États membres de la CE qui se réunit périodiquement pour donner son avis à la Commission européenne au sujet des affaires de fusion parvenues au deuxième stade d'examen de la Commission.

La méthodologie des autorités françaises en matière d'analyse des concentrations est décrite dans un document du ministère de l'Économie et des Finances²⁴³, qui énonce sans équivoque qu'une position dominante n'est pas condamnable en soi. Le document souligne l'importance d'appliquer à l'analyse des concentrations une approche dynamique qui tienne compte du rôle de la libre concurrence aux fins de contrôler l'exercice pouvoir de marché, ainsi que de la compétitivité internationale des entreprises en cause²⁴⁴. De manière générale, le régime français en matière de politique de concurrence vise à régler de façon pertinente les concentrations et les autres formes d'accords portant atteinte à la concurrence, tout en se montrant plus sensible que celui d'autres pays aux avantages dynamiques pouvant découler de telles opérations.

²⁴² Voir Jenny, *op. cit.*, note 237, p. 156-162.

²⁴³ *Méthode d'analyse des concentrations du point de vue de la Loi sur la concurrence*, ministère de l'Économie et des Finances, 1992.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 26-27.

La République fédérale d'Allemagne

Le régime de la République fédérale d'Allemagne est un autre modèle particulier de loi et de politique de la concurrence. Signalons qu'en Allemagne, l'encadrement du commerce et des accords interentreprises intérieurs relève de la législation nationale, et non de la politique de concurrence de la CE. Le modèle allemand est intéressant non seulement parce qu'il fournit un exemple différent de législation et de politique en matière de concurrence, mais aussi en raison de la place grandissante qu'occupe la RFA sur la scène économique et politique mondiale.

Adoptée en 1958, la loi allemande sur la lutte contre les restrictions à la concurrence (*LRC*)²⁴⁵ visait à contrecarrer la menace que représentaient pour la reconstruction de l'économie allemande les cartels, les trusts et autres groupements d'entreprises; dans cette optique, les cartels y étaient largement interdits. En 1973, le champ d'application de la *LRC* a été élargi pour faire place à des dispositions relatives au contrôle des fusions anticoncurrentielles. De portée structurelle, ces dispositions constituent le pivot du droit allemand de la concurrence. Jusqu'à présent, le régime allemand s'est moins préoccupé du comportement des agents économiques, notamment des tactiques d'exclusion et des pratiques discriminatoires des entreprises dominantes.

On croit en Allemagne qu'une politique de concurrence efficace est un facteur favorisant la compétitivité industrielle²⁴⁶. Dans l'application des dispositions de fond de la loi, notamment en ce qui concerne les fusions, l'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*) s'appuie sur de solides principes antitrust. Le critère de base qui permet de déterminer s'il y a lieu d'interdire une fusion est la création ou le raffermissement d'une position dominante sur un marché, l'évaluation reposant sur des éléments structurels bien précis. Les gains d'efficacité sont l'un des facteurs pouvant être considérés, mais ils ne peuvent servir à justifier une fusion qui serait par ailleurs anticoncurrentielle.

Le fonctionnement du régime allemand de la concurrence, dans ses aspects institutionnels, repose davantage sur les autorités administratives et judiciaires que sur le pouvoir ministériel²⁴⁷. L'Office fédéral des cartels est le principal organisme décisionnel, encore qu'en son sein, le pouvoir de décision soit fortement décentralisé et délégué à la division chargée d'examiner l'affaire en cause. Les décisions d'interdiction rendues par l'Office peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Berlin (*Kammergericht*) qui aura à statuer quant aux faits de l'espèce et à des questions

²⁴⁵ La loi de 1958 remplaçait les textes législatifs adoptés après la Seconde Guerre mondiale, sous l'occupation des Alliés, dont l'objectif était la décartellisation.

²⁴⁶ Entrevues menées en juin 1993 avec le personnel du *Bundeskartellamt* (Office fédéral des cartels).

²⁴⁷ Doern, *op. cit.*, note 218.

d'interprétation légale et d'évaluation économique. Il est possible d'interjeter appel auprès de la Cour suprême fédérale (*Bundesgerichtshof*), qui n'abordera cependant que les questions de droit.

La loi allemande prévoit aussi un contrôle ministériel direct. En vertu du paragraphe 24(3) de la *LRC*, le ministre de l'Économie a le pouvoir de désavouer une décision de l'Office fédéral des cartels interdisant une fusion. Le ministre peut agir de la sorte s'il estime que cela est nécessaire au maintien du bon fonctionnement de l'économie allemande ou pour d'autres raisons liées à l'intérêt public, notamment la compétitivité sur les marchés internationaux²⁴⁸. Avant qu'un désaveu ministériel ne prenne effet, toutefois, la Commission fédérale des monopoles, organe indépendant, doit faire enquête sur l'affaire en cause et rendre publiques ses recommandations. Signalons que la tradition politique allemande veut que toute mesure ministérielle allant à l'encontre de la recommandation de la Commission fasse l'objet d'un examen public et d'un débat approfondi. De plus, la *LRC* limite le pouvoir ministériel en stipulant que les décisions de l'Office fédéral des cartels concernant les fusions ne peuvent pas être désavouées par le ministre s'ils ont pour effet d'affaiblir le système de libre concurrence²⁴⁹.

Les données empiriques montrent que le ministre de l'Économie est peu enclin à intervenir dans le processus d'examen des fusions en Allemagne. De 1973 (année où ont été adoptées les dispositions actuelles en matière de fusions) à la fin de 1993, l'Office fédéral des cartels a interdit 105 fusions) soit moins de 1 p. 100 des 17 750 fusions soumises à l'Office durant la période²⁵⁰. Vingt-deux des 105 décisions d'interdiction de l'Office des cartels ont été annulées par les tribunaux, et six autres ont été désavouées par le ministre pour des motifs d'intérêt public. Dans ces dernières affaires, diverses raisons ont été invoquées pour justifier l'intervention ministérielle : la crainte qu'une fusion n'entraîne des pertes d'emplois, la création éventuelle d'emplois, la sécurité des approvisionnements énergétiques nationaux, l'encouragement du progrès technique et les exigences de la compétitivité sur les marchés mondiaux²⁵¹.

Les accords horizontaux (interentreprises) sont un autre domaine intéressant de la politique de concurrence en Allemagne. La *LRC* prévoit expressément l'exemption de certains accords de rationalisation et d'autres types d'ententes interentreprises. Ainsi, on peut autoriser les accords de rationalisation si on juge qu'ils accroissent l'efficacité des participants, même si ces ententes

²⁴⁸ En outre, l'article 9 de la *LRC* confère au ministre le pouvoir d'autoriser un cartel s'il le juge nécessaire pour des motifs prépondérants tenant à l'intérêt public et au bon fonctionnement de l'économie allemande. Cette disposition n'a pas joué jusqu'à présent un grand rôle dans le régime de concurrence allemand.

²⁴⁹ Voir le paragraphe 24(3) de la *LRC*.

²⁵⁰ Données fournies par le *Bundeskartellamt*. Signalons que le pourcentage d'interdictions en RFA est plus ou moins comparable au taux observé au Canada depuis la refonte de 1986 des dispositions relatives au fusionnement. Voir plus haut, partie III.

²⁵¹ Doern, *op. cit.*, note 218, p. 25.

portent sur une proportion considérable du(des) marché(s) en cause. Les autorisations de ces accords sont généralement accordées pour trois ans, bien que la durée puisse en être prolongée. Quant aux accords portant sur les prix et la production, ils sont rigoureusement réprimés, et l'on ne pourra faire autoriser une dérogation qu'en cas de véritable exception.

Le Japon

Le régime japonais du droit et de la politique de concurrence ainsi que ses rapports avec les objectifs de plus large portée de la politique économique ont suscité un intérêt considérable ces dernières années. Il n'y a pas si longtemps, l'absence apparente d'une application efficace de la législation antitrust et la politique industrielle à caractère dirigiste conduite par le ministère japonais du Commerce extérieur et de l'Industrie (MITI) étaient citées par certains observateurs au nombre des principaux facteurs expliquant la reprise «miraculeuse» du Japon et sa transformation en superpuissance économique depuis la Seconde Guerre mondiale²⁵². De fait, au cours des années 60, 70 et 80, la politique de concurrence du Japon a été subordonnée en grande partie aux objectifs des politiques industrielle et commerciale, et d'importants secteurs de l'économie japonaise étaient dominés par des cartels approuvés par les autorités²⁵³.

Récemment, toutefois, certains auteurs ont contesté la conception suivant laquelle l'interventionnisme gouvernemental en politique industrielle était à l'origine de la croissance économique du Japon. Des analystes (dont Saxonhouse) ont remis en question l'étendue véritable du caractère interventionniste du MITI et le rôle de l'État dans la réussite internationale des entreprises japonaises²⁵⁴. Dans une perspective plus large, Porter attribue le succès de l'industrie et du commerce japonais à un tout autre ensemble de facteurs²⁵⁵. Selon lui, les principales causes de la croissance économique rapide du Japon au cours des années 60, 70 et 80 ont été les suivantes :

- i) les caractéristiques de la demande (en particulier des acheteurs locaux avertis et exigeants qui ont relevé les normes de qualité et stimulé l'innovation);
- ii) l'intense rivalité entre les principaux fabricants dans les secteurs à forte croissance, qui s'est exercée souvent en dépit (plutôt qu'en raison) de l'intervention de l'État;
- iii) le très grand nombre d'industries connexes ou auxiliaires qui accentuaient la

²⁵² Voir, p. ex., Chalmers Johnston, *MITI and the Japanese Miracle*, Stanford University Press, Stanford (Californie), 1982.

²⁵³ R. E. Caves et M. Uekusa, *Industrial Organization in Japan*, The Brookings Institution, Washington (D.C.), 1976; et Masu Uekusa et Ide Hideke, «Industrial Policy in Japan», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Hiromichi Matoh et coll., *Industrial Policies for Pacific Economic Growth*, Allen and Unwin, Sydney, 1987.

²⁵⁴ Gary R. Saxonhouse, «What Is All This About 'Industry Targeting' in Japan?», *World Economy*, vol. 6, n° 3, septembre 1983, p. 253-273.

²⁵⁵ Porter, *op. cit.*, note 11, p. 384-421.

- rivalité et l'innovation; et
- iv) certains *désavantages* au plan de la dotation en facteurs de production (surtout l'énergie, le territoire et la main-d'oeuvre) qui ont accéléré le processus de modernisation des entreprises et l'adoption par celles-ci de stratégies mondiales.

Porter soutient par ailleurs que les cartels jouissant de l'appui du MITI ont été, dans leurs secteurs, à l'origine d'un manque d'efficacité considérable et ont entravé plutôt que favorisé la compétitivité des industries japonaises²⁵⁶. Ce point de vue est aussi celui qu'avaient exprimé Caves et Uekusa dans une analyse antérieure de l'organisation industrielle japonaise²⁵⁷.

Ces dernières années, la loi et la politique japonaises en matière de concurrence ont été examinées de très près à l'étranger. L'absence apparente de rigueur dans l'application, au Japon, des dispositions relatives à la concurrence était au nombre des principales préoccupations des États-Unis dans le cadre de l'Initiative concernant les obstacles structurels, une importante série de pourparlers bilatéraux entrepris en 1989 en vue d'éliminer les entraves aux courants d'échanges et d'investissements entre les deux pays. Ces négociations sont intéressantes à deux égards : elles constituent le meilleur exemple, jusqu'à présent, du recours grandissant à la politique de concurrence en tant qu'instrument de la politique économique internationale; de façon plus générale, elles ont montré clairement qu'on ne peut plus continuer de faire les mêmes distinctions entre la politique intérieure et la politique internationale dans le contexte de l'économie mondialisée des années 90²⁵⁸.

Par suite des pourparlers entrepris dans le cadre de l'Initiative et d'autres pressions à l'échelle internationale, le Japon a pris récemment plusieurs mesures pour renforcer sa législation en matière de concurrence et l'application de celle-ci. Ces mesures comprennent :

- i) l'adoption de dispositions visant à augmenter les amendes pouvant être infligées en vertu de la *Loi antimonopole*;
- ii) la publication de nouvelles lignes directrices détaillées pour la mise en application de la loi dans des domaines clés, tels que les pratiques commerciales déloyales dans les réseaux de distribution, les accords de licence relatifs aux brevets et à la technologie, ainsi que les activités conjointes de R-D; et
- iii) l'affectation de ressources plus importantes à l'organisme japonais responsable de la concurrence, la Commission des pratiques commerciales, aux fins de l'application de la loi.

Même si l'efficacité de ces modifications récentes au régime japonais de la concurrence

²⁵⁶ Porter, *op. cit.*, note 11, p. 416.

²⁵⁷ Caves et Uekusa, *op. cit.*, note 253.

²⁵⁸ Voir Anderson, *op. cit.*, note 183.

reste à déterminer, les réformes donnent à penser que le Japon est peut-être en voie de se joindre au groupe des grands pays industrialisés dont la politique de concurrence sert à ancrer la politique économique nationale.

Autres pays

La section qui suit donne un aperçu de l'évolution, dans d'autres pays, du régime de concurrence en tant que dimension de la politique économique.

La **Suède** est un autre exemple d'un pays où la politique de concurrence est récemment devenue un élément central de la politique économique nationale. Le pays a adopté en 1993 une nouvelle loi (plus rigoureuse) en matière de concurrence, entendant en faire un élément clé d'une stratégie de développement dorénavant axée sur le marché. La nouvelle *Loi* constitue aussi une étape déterminante du processus par lequel la Suède se propose de devenir un membre à part entière de l'Union européenne (UE)²⁵⁹.

La nouvelle *Loi* suédoise s'inspire de clauses du Traité sur l'Union européenne dont elle reprend en substance certaines dispositions, notamment les articles 85 et 86. Elle prévoit en outre des exceptions globales fondées sur celles qui existent dans la CE et qui portent sur les accords de spécialisation, les ententes de R-D, les réseaux de distribution exclusive, la distribution et l'entretien des véhicules automobiles, les accords de licence relatifs aux brevets et au savoir-faire ainsi que le franchisage. L'Administration de la concurrence, organisme suédois chargé de l'exécution de la loi, a la responsabilité générale de promouvoir au pays une «culture de la concurrence». Elle aura en outre à jouer un rôle de soutien dans l'interprétation et la mise en oeuvre d'engagements internationaux en matière de concurrence, tels que l'Accord instituant l'Espace économique européen (EEE), qui énonce les règles de concurrence régissant le commerce entre les pays de l'UE et ceux de l'AELE²⁶⁰.

On reconnaît depuis longtemps que l'**Australie** et le Canada présentent un certain nombre de similitudes importantes sur le plan économique et politique. Comme le Canada, l'Australie se caractérise par une économie industrielle de taille relativement petite et fortement axée sur les ressources, dont la prospérité et la croissance sont tributaires du commerce extérieur. Récemment, la politique de concurrence a fait l'objet en Australie d'une importante étude menée par une Commission d'enquête mandatée par le premier ministre australien²⁶¹. Dans son rapport, la Commission affirme que la politique de concurrence est au coeur de la réforme micro-économique et que son rôle est essentiel pour surmonter les difficultés économiques auxquelles fait face l'Australie) des vues partagées par le premier ministre australien et les premiers ministres des États, qui ont insisté sur la nécessité d'un régime de concurrence efficace.

Sur la question des règles de fond en matière de concurrence, la Commission a

²⁵⁹ Voir Peter Wessman, «Competition Sharpens in Sweden», *World Competition Law and Economics Review*, 1993, p. 113-119.

²⁶⁰ Voir à ce sujet Wessman, *Ibid.*

²⁶¹ Australie, *Report of the Commission of Inquiry on National Competition Policy*, août 1993.

recommandé l'adoption de plusieurs mesures visant à renforcer la politique de concurrence nationale, notamment :

- i) le raffermissement des dispositions de la loi australienne interdisant les accords de fixation des prix; et
- ii) l'élimination des distinctions artificielles (à l'heure actuelle) entre les biens et les services que prévoient les dispositions sur la concurrence.

Le rapport de la Commission recommande d'autres mesures susceptibles d'être tout aussi importantes que celles qui ont trait aux pratiques anticoncurrentielles, à savoir réduire la portée et le nombre actuels des exceptions à la législation australienne en matière de concurrence et rendre les exceptions qui subsisteront plus transparentes. La Commission recommande en outre des mesures importantes concernant la réforme structurelle des monopoles d'État et l'accès aux installations essentielles. Ces mesures sont susceptibles de renforcer considérablement la politique de concurrence en Australie.

Par ailleurs, la politique de concurrence est au coeur du processus en cours dans les anciens pays communistes d'Europe centrale et orientale, qui tentent de mettre en place une économie de marché viable. Ces dernières années, des dispositions législatives sur la concurrence ont été adoptées ou renforcées dans plusieurs de ces pays, notamment en République tchèque, en Slovaquie, en Hongrie, en Pologne et en Russie²⁶². Dans presque toutes ces «économies en transition» ou «nouvelles économies de marché», on considère que le régime de la concurrence est un élément important de l'ensemble des réformes économiques.

Signalons l'émergence de deux tendances caractérisant l'évolution actuelle de la politique de concurrence dans les pays d'Europe centrale et orientale : le traitement relativement libéral accordé aux fusions et aux coentreprises, surtout quand il s'agit d'alliances avec des sociétés étrangères; et l'attention particulière portée aux cas d'abus de position dominante, à des fins quasi-réglementaires dans certaines situations concernant l'établissement des prix dans des secteurs de monopole naturel. À cet égard, les autorités régissant la concurrence peuvent être appelées à se substituer aux organismes chargés de la réglementation sectorielle²⁶³. Les économies en transition mettent au rang des priorités les privatisations et la mise en oeuvre des

²⁶² Voir à ce sujet l'ouvrage dirigé par Saul Estrin et Martin Cave, *Competition and Competition Policy: A Comparative Analysis of Eastern and Central Europe*, Pinter Publishers, Londres, 1993; Russell Pittman, «Some Critical Provisions in the Antimonopoly Laws of Central and Eastern Europe», *The International Lawyer*, vol. 26, n° 2, p. 485-503; et Russell Pittman, «Merger Law in Central and Eastern Europe», *The American University Journal of International Law and Policy*, vol. 7, n° 3, printemps 1992.

²⁶³ Voir une analyse des avantages possibles d'une telle approche dans Ordovery et Pittman, *op. cit.*, note 170. Les auteurs signalent qu'une régie de la concurrence dont les responsabilités portent sur l'ensemble de l'économie peut se révéler moins susceptible d'exercer une position réglementaire dominante qu'un organisme de réglementation sectoriel. Par contre, notent-ils, une régie de la concurrence à laquelle on confierait la réglementation sectorielle court le risque d'adopter un engagement institutionnel à l'endroit de la réglementation qui serait contraire à son objectif de favoriser le recours aux forces du marché.

contrôles administratifs pertinents dans les secteurs caractérisés par des monopoles naturels (c.-à-d., ceux où les technologies de production actuelles favorisent la présence d'un seul fournisseur dominant sur le marché en cause)²⁶⁴.

Le Mexique a récemment adopté une nouvelle loi fédérale sur la concurrence économique afin de se donner un cadre moderne pour exercer un contrôle sur les pratiques monopolistiques et les fusions, tout en évitant une réglementation économique directe des secteurs d'activité. La nouvelle loi est un élément clé de la stratégie mexicaine visant à mettre en place une économie de marché moderne; de plus, elle vient compléter les initiatives mexicaines de libéralisation de l'investissement et du commerce avec l'étranger²⁶⁵.

Enfin, un certain nombre de pays d'Amérique du Sud et de la région Asie-Pacifique, dont la Colombie, la Jamaïque, le Venezuela et le Sri Lanka, ont mis en oeuvre leur propre politique de concurrence ou sont en voie de le faire. De plus, des projets de lois ou de modifications législatives suivent leur cours en Argentine, au Brésil, en Équateur et aux Philippines²⁶⁶. Dans tous ces pays, on juge qu'un régime de concurrence efficace est un complément nécessaire à la libéralisation du commerce extérieur et aux autres réformes axées sur le marché²⁶⁷. Certains États africains sont aussi en voie de mettre en oeuvre leur politique de concurrence²⁶⁸. Ainsi, l'évolution constatée dans différents pays à travers le monde met en évidence le fait que les décideurs font de la politique de concurrence la pierre angulaire d'une économie de marché efficiente et dynamique.

²⁶⁴ Voir Ordover et Pittman, *op. cit.*, note 170; et Janusz A. Ordover et Russell W. Pittman, *Restructuring the Polish Railway for Competition*, U.S. Department of Justice, Economic Analysis Group Discussion Paper, EAG 93-10, le 13 septembre 1993.

²⁶⁵ Voir à ce sujet le rapport annuel 1993-1994 de la *Comision Federal de Competencia*, où l'on peut lire que l'adoption de la loi fédérale sur la concurrence économique fait partie d'un processus de changement favorable à une économie plus ouverte. La législation élimine les obstacles artificiels à l'entrée de nouveaux concurrents dans divers secteurs, sanctionne les pratiques anticoncurrentielles des agents économiques et favorise la créativité des intervenants qui produisent et commercialisent des biens et des services.

²⁶⁶ Voir «Table I: Competition Law In Developing and Emerging Market Economies) A Few Examples», dans l'étude de R. Shyan Khemani et Mark A. Dutz, «The Instruments of Competition Policy and Their Relevance For Economic Development», parue dans l'ouvrage préparé sous la direction de Claudio Frischtak, *Regulatory Policies and Reform in Industrializing Economies*, (à paraître).

²⁶⁷ Voir, p. ex., Ana Julia Jatar, *Implementing Competition Policy on Recently Liberalized Economies: The Case of Venezuela*, Office de promotion et de protection de la libre concurrence, Caracas, octobre 1993.

²⁶⁸ Voir Khemani et Dutz, *op. cit.*, note 266.

Résumé des résultats de l'analyse comparative

Notre analyse des régimes de la concurrence dans différents pays a permis de mettre en lumière plusieurs constatations pertinentes quant au rôle de la politique de concurrence au Canada. D'abord, l'analyse révèle que, un peu partout dans le monde, l'on reconnaît de plus en plus la politique de concurrence comme un élément essentiel de l'encadrement d'une économie de marché dynamique) à preuve, les initiatives récentes ou actuelles pour renforcer le régime de la concurrence dans l'Union européenne, en France, en Suède, au Japon et en Australie, de même que dans les économies en transition d'Europe de l'Est, d'Amérique latine ou d'ailleurs. Dans les économies déjà industrialisées, telles que les États-Unis et la République fédérale d'Allemagne, la politique de concurrence est perçue depuis longtemps comme la pierre angulaire du système de libre marché.

L'analyse comparative montre en outre qu'il n'y a pas de modèle unique, universel, de politique de concurrence applicable à toute économie industrielle moderne. Si les modèles nord-américains privilégient l'efficacité et la libre concurrence, les régimes en vigueur en Europe, quant à eux, mettent l'accent sur la valeur intrinsèque de l'intégration du marché européen. Le modèle britannique se distingue pour sa part par la prépondérance du principe de l'intérêt public. Les différents régimes retenus sont fonction de facteurs propres à chaque pays, tels que la conjoncture économique, les traditions politiques et le système de droit.

Signalons par ailleurs les nombreux points communs que présente dans les pays étudiés l'évolution récente de la politique de concurrence et de son application. Par exemple, on observe une nette tendance vers une convergence *de facto* entre les différentes méthodologies analytiques, notamment dans le domaine de l'examen des fusions. De plus, dans nombre de pays, le régime de concurrence a vu son rôle renforcé par les privatisations ou par l'assouplissement des réglementations sectorielles.

Enfin, l'analyse comparative montre que nombre de pays recourent de plus en plus à la politique de concurrence en tant qu'outil d'intégration économique à l'échelle internationale, outre ses fonctions plus classiques qui consistent à stimuler une saine rivalité entre les producteurs et à protéger les intérêts des consommateurs. Ce nouveau rôle de la politique de concurrence est particulièrement en évidence dans la Communauté européenne et en Suède; on le détecte aussi, quoique dans une moindre mesure, dans les changements amorcés au Japon dans le cadre de l'Initiative concernant les obstacles structurels. Il convient aussi de souligner que l'adoption au Mexique d'une politique de concurrence moderne a coïncidé avec la mise en oeuvre de l'ALENA²⁶⁹. Le nouveau rôle de la politique de concurrence en tant qu'instrument de la politique économique internationale est assurément un élément clé dans son évolution, qui devrait voir son importance s'accroître au cours des prochaines années.

²⁶⁹ Comme on l'a vu plus haut, l'ALENA exige des parties signataires qu'elles adoptent ou maintiennent des mesures pertinentes qui leur permettront de lutter contre les pratiques commerciales restrictives.

PARTIE VI

L'AVENIR DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE AU CANADA

Dans cette partie de l'exposé, nous examinons un certain nombre de questions quant à l'avenir de la politique de concurrence au Canada. Ces questions *ne justifient pas* nécessairement des mesures législatives ou des modifications à la politique pour le moment. Elles découlent des préoccupations actuelles à l'égard de la restructuration industrielle ainsi que de la nouvelle dimension internationale de la politique de concurrence. À ce double titre, elles requièrent l'attention soutenue des décideurs et plusieurs d'entre elles nécessitent des recherches et une analyse plus approfondies.

Gains d'efficacité dynamiques et fusions fondées sur des impératifs de rationalisation

L'une des questions devant faire l'objet d'une analyse plus approfondie a trait à l'équilibre entre le pouvoir de marché statique et les effets d'efficacité dynamiques dans le cadre de l'examen des fusions et d'autres formes d'accords interentreprises. Favoriser l'innovation est sans aucun doute un élément clé quand il s'agit d'accroître la productivité et de stimuler la croissance économique, et l'on ne saurait contester que les gains d'efficacité économique qui résultent de l'innovation peuvent dans bien des cas l'emporter sur les pertes sèches qui découlent de l'exercice du pouvoir de marché. De plus, certains économistes soutiennent depuis longtemps que les structures du marché qui sont optimales du point de vue de l'efficacité statique peuvent ne pas correspondre à un taux optimal d'investissement dans l'innovation²⁷⁰.

Dans la même veine, Jorde et Teece soutiennent que, dans les industries innovatrices, l'exercice du pouvoir de marché peut s'avérer éphémère. Bien que, à un moment précis, une entreprise puisse sembler occuper une position dominante au sens structurel, elle peut rapidement perdre cet avantage en raison du succès remporté par les nouveaux produits ou procédés de ses concurrents. À tout le moins, font valoir ces deux auteurs, l'innovation est un facteur important quand il s'agit de délimiter les marchés pertinents aux fins de l'analyse des affaires antitrust. Lorsque la concurrence s'exerce surtout à partir d'innovation sur le plan des produits ou de la prestation de services, les critères classiques présidant à la délimitation des marchés (souvent fondés sur les augmentations de prix possibles) peuvent être trompeurs²⁷¹.

²⁷⁰ Le raisonnement selon lequel un taux élevé d'innovation est davantage compatible avec une structure de marché monopolistique s'inspire de Joseph A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, Paris, 1970.

²⁷¹ Jorde et Teece, *op. cit.*, note 57, p. 7-11.

Notre évaluation de ces affirmations doit tenir compte du fait que d'importantes questions subsistent quant au rapport entre l'innovation technologique et les accords de collaboration interentreprises ou la concentration du marché. Les données empiriques qui étayent ce rapport donnent des résultats partagés²⁷². En fait, Porter met en doute la validité de cette relation et il insiste sur l'importance de la rivalité concurrentielle comme facteur d'incitation à l'innovation. Sans conteste, tout rapport entre l'innovation technologique et la structure du marché variera en fonction du secteur en cause, de l'organisation interne des entreprises, de la taille du marché national et de nombreuses autres variables propres au marché en cause²⁷³. Enfin, signalons que l'ordre de grandeur des gains d'efficacité dynamiques résultant d'un fusionnement ou d'une autre opération peut être particulièrement difficile à prévoir.

En termes de législation et de politiques actuelles, outre la défense fondée sur les gains d'efficacité que prévoit expressément la *Loi sur la concurrence*, les dispositions législatives en matière de fusions reconnaissent aussi que «la nature et la portée des changements et des innovations sur le marché» sont des facteurs qui peuvent être pris en considération au moment de l'examen d'une opération donnée. Les lignes directrices canadiennes en matière de fusions font expressément mention des gains d'efficacité dynamiques, tout en précisant que ces derniers sont considérés du point de vue qualitatif, et non quantitatif²⁷⁴. Cette approche permet ainsi de prendre en considération les gains d'efficacité dynamiques, dans la mesure où une opération donnée le justifie.

Une question connexe touche à l'examen des «fusions fondées sur des impératifs de rationalisation» (c.-à-d., celles qui permettent d'abaisser les coûts par la voie d'une diminution de la capacité de l'entité issue de la fusion). Une analyse récente indique que, en procédant à un fusionnement de ce genre, la possibilité de réaliser des économies peut être plus élevée qu'on ne le croyait auparavant, parce que ces économies résultent d'une réaffectation de la production en faveur d'établissements dont les coûts sont plus faibles, et non simplement d'économies internes ou de synergies²⁷⁵. Certains modèles dérivés de la théorie des jeux peuvent, à partir d'un

²⁷² Wesley M. Cohen et Richard C. Levin, «Empirical Studies of Innovation and Market Structure», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Schmalensee et Willig, *op. cit.*, note 30.

²⁷³ F. M. Scherer, «Schumpeter and Plausible Competition», *Journal of Economic Literature*, vol. XXX, n° 3, septembre 1992, p. 1416-1433.

²⁷⁴ Voir Directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements : Lignes directrices pour l'application de la Loi*, annexe II, p. VI.

²⁷⁵ Voir Joseph Farrell et Carl Shapiro, «Horizontal Mergers: An Equilibrium Approach», *American Economic Review*, vol. 80, n° 1, mars 1990.

minimum de données, aider à déterminer les gains réalisés dans des cas précis²⁷⁶. Il faudrait cependant ne pas oublier que ces gains devraient, le plus souvent, être réalisables dans le cadre d'un système de marché fonctionnant librement – de fait, un tel système devrait les favoriser.

Accords de collaboration interentreprises et dispositions relatives au complot

Une autre question importante quant à l'avenir du régime canadien de la concurrence touche aux accords de collaboration interentreprises et aux dispositions relatives au complot (pierre angulaire de la politique de concurrence. Des dispositions législatives efficaces en matière de complot sont nécessaires pour empêcher la fixation des prix, le partage du marché et d'autres formes de collusion ou de comportement monopoliste) des conditions qui sont toutes préjudiciables au consommateur et susceptibles de nuire au bon fonctionnement du libre marché²⁷⁷. Dans le même ordre d'idée, des progrès théoriques récents laissent croire que certains types d'accords de collaboration interentreprises peuvent à l'occasion contribuer au fonctionnement plus efficient des marchés²⁷⁸. À cet égard, il importe de faire en sorte que les dispositions relatives au complot ne découragent pas la conclusion d'accords bénéfiques, tout en continuant de prévoir des sanctions efficaces à l'endroit de la collusion.

Des travaux récents font état d'un certain nombre de façons dont les accords de collaboration interentreprises peuvent accroître l'efficacité. D'abord, les écrits dans ce domaine reconnaissent que certains accords de collaboration sont souvent nécessaires pour obtenir des résultats efficaces dans des industries «en réseau». Il s'agit de secteurs où certaines décisions qui sont optimales du point de vue des «unités nodales» (c.-à-d., des différents éléments du réseau) peuvent avoir un effet préjudiciable sur l'efficacité du réseau dans son ensemble. Dans ces secteurs, un certain degré de coordination des services offerts (et peut-être) d'autres variables peut accroître la valeur produite par l'ensemble des entreprises en cause. Au nombre des industries en réseau figurent le transport ferroviaire et le téléphone²⁷⁹. Bien entendu, même dans ces industries, il est essentiel de prévoir des contrôles administratifs visant à limiter l'exercice du pouvoir de marché.

²⁷⁶ Tim Hazledine et Patrick Hughes, *Rationalizing Mergers and the Merger Guidelines*, Bureau de la politique de concurrence, 1992.

²⁷⁷ Voir, p. ex., Dennis W. Carlton et Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organization*, Scott, Foresman, Glenview (Illinois), 1990, chap. 5.

²⁷⁸ Voir Thomas V. Ross, «Proposals For a New Canadian Competition Law on Conspiracy», *Antitrust Bulletin*, vol. XXXVI, n° 4, hiver 1991, p. 851-882. Voir aussi Richard Schmalensee, «Agreements Between Competitors», dans l'ouvrage de Jorde et Teece, *op. cit.*, note 57, chap. 5, p. 98-118.

²⁷⁹ Voir Dennis W. Carlton et J. Mark Klammer, «The Need For Coordination Among Firms, With Special Reference to Network Industries», *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, p. 446-465.

La théorie économique du «noyau»²⁸⁰ propose une autre argumentation qui tend à justifier la collaboration dans un éventail (qui peut être très large) de secteurs industriels. Selon les tenants de cette théorie, il n'existe aucun équilibre concurrentiel stable dans de nombreux secteurs où les coûts fixes sont élevés, de sorte qu'il peut être nécessaire de recourir, dans une certaine mesure, à une collaboration pour surmonter ce problème. Quant aux industries en cause, il pourrait s'agir tant de la fabrication de tuyaux sans soudure que du fret maritime²⁸¹. Selon cette théorie, si on n'autorise pas les entreprises appartenant à de telles industries à se concerter, elles n'auront d'autre choix que celui d'intégrer leurs activités par voie de fusionnement²⁸². Cette théorie pose un défi stimulant aux tenants des hypothèses classiques quant à la problématique de la concurrence et de la collaboration. La prudence est toutefois de mise s'il s'agit de modifier les politiques sur son seul fondement, car il reste à en vérifier la pertinence empirique²⁸³. Autoriser la formation de cartels en invoquant la théorie du noyau pourrait favoriser l'exploitation du consommateur à une grande échelle; un cadre réglementaire complexe pourrait alors s'avérer nécessaire pour éviter que leur portée ne dépasse leur objet légitime²⁸⁴.

De récentes études économiques font état d'autres situations selon lesquelles une collaboration restreinte entre les entreprises peut accroître l'efficacité. Par exemple, Jacquemin et Slade soutiennent que l'absence d'accords de collaboration interentreprises peut produire des équilibres qui ne sont pas optimaux du point de vue tant de l'entreprise que du consommateur. Ils citent, à titre d'exemples de telles situations, la possibilité que des entreprises soient aux prises avec des frais publicitaires excessifs et des chevauchements inutiles au niveau de leurs activités de R-D. Pareilles situations se produisent parce que, même si toutes les entreprises (et, pourrait-on soutenir, les consommateurs) étaient en mesure de bénéficier de la réduction des dépenses de publicité ou

²⁸⁰ Voir Lester G. Telser, «Cooperation, Competition and Efficiency», *Journal of Law and Economics*, vol. 28, mai 1985, p. 271-295.

²⁸¹ Voir George Bittlingmayer, «Decreasing Average Cost and Competition: A New Look At the Addyston Pipe Case», *Journal of Law and Economics*, vol. 25, 1982; et William S. Sjostrom, «Collusion in Ocean Shipping: A Test of Monopoly and Empty Core Models», *Journal of Political Economy*, vol. 97, n° 5, 1989.

²⁸² Bittlingmayer, *Ibid.*

²⁸³ Voir Ross, *op. cit.*, note 278, p. 859-860.

²⁸⁴ John Shepard Wiley Jr., «Antitrust and Core Theory», *University of Chicago Law Review*, vol. 54, 1987, p. 556-589.

autres, elles perdraient toutes une part du marché si elles agissaient de façon individuelle²⁸⁵.

Une autre évolution importante dans le domaine de la collaboration interentreprises concerne le partage de l'information entre concurrents, activité longtemps jugée de nature à favoriser la collusion. Teece a récemment soutenu que le partage systématique de l'information entre les entreprises constituait un stimulant crucial à l'innovation ainsi qu'à la croissance et au développement efficient des secteurs industriels²⁸⁶. Voici deux exemples de collaboration bénéfique : *i*) l'établissement de normes sectorielles et *ii*) l'analyse comparative, procédé d'amélioration organisationnelle fondé sur le partage systématique d'information sur les méthodes et les coûts de production en vue de favoriser le recours à de meilleures pratiques au sein d'une industrie²⁸⁷. Selon Teece, l'analyse comparative sera vraisemblablement un élément clé du renouveau industriel en Amérique du Nord au cours des années 90.

Une importante question connexe concerne les alliances stratégiques, une notion mal délimitée qui peut englober une grande variété de rapports. Une alliance stratégique est habituellement plus qu'un simple rapport contractuel, mais moins qu'un fusionnement véritable. On s'en sert de plus en plus comme d'un moyen important d'accroître la compétitivité et d'accélérer la diffusion des technologies nouvelles dans les industries canadiennes²⁸⁸. Les alliances stratégiques peuvent, en principe, permettre d'atteindre d'importants objectifs en matière d'efficacité; elles représentent un degré d'intégration intermédiaire qui rend possibles des synergies et d'autres gains et offrent une plus grande souplesse que d'autres formes d'intégration des entreprises participantes. Il n'y a pas de raison, a priori, d'exclure les gains attendus de telles alliances, ceux-ci pouvant aisément s'expliquer au moyen d'une analyse empruntée à Williamson sur les rapports contractuels²⁸⁹.

La notion de «réseaux industriels» soulève des questions similaires, quoique plus complexes. Notion plus étendue que celle des «industries en réseau» (voir plus haut), elle englobe différentes formes de rapports à long terme entre les principales entreprises, leurs

²⁸⁵ Voir l'analyse de la «politique Industrielle», dans l'étude de Alexis Jacquemin et Margaret E. Slade, «Cartels, Collusion and Horizontal Merger», dans l'ouvrage dirigé par Schmalensee et Willig, *op. cit.*, note 30, chap. 7, p. 416-472.

²⁸⁶ David J. Teece, *Information Sharing, Cooperation and Antitrust*, communication présentée à l'assemblée annuelle du printemps de l'American Bar Association, Washington (D.C.), mars 1993.

²⁸⁷ Voir Paul S. Crampton, *Benchmarking and Other Types of Information Sharing*, communication préparée à l'occasion d'une conférence sur la nouvelle problématique du droit de la concurrence, le 10 mars 1994.

²⁸⁸ Voir, p. ex., D'Cruz et Rugman, *op. cit.*, note 55; voir aussi V. R. Amanor-Boadu et L. J. Martin, *Enhancing the Competitiveness of Canadian Agri-Food Industries Through Vertical Strategic Alliances*, George Morris Centre, novembre 1992.

²⁸⁹ Khemani et Waverman, *op. cit.*, note 64, p. 4-5; voir aussi Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, New York, 1975.

fournisseurs, leurs clients et les entreprises de services publics²⁹⁰.

Encore une fois, la prudence est de mise dans l'analyse de l'évolution de ces notions et de leur incidence sur les politiques. L'interdiction fondamentale de la collusion entre les entreprises se fonde sur des motifs d'ordre public tout à fait légitimes. L'application de la loi ne doit pas être contrecarrée par des mesures inspirées d'arguments théoriques dont le fondement empirique reste à vérifier. Quoi qu'il en soit, il convient d'examiner attentivement le traitement réservé aux accords interentreprises dans la *Loi sur la concurrence* pour s'assurer qu'il est compatible avec l'évolution des connaissances économiques. Ainsi, certains auteurs croient que les intérêts du Canada seraient mieux servis par l'instauration d'un nouveau régime de concurrence qui comprendrait notamment les deux éléments suivants :

- i) l'interdiction *per se* des restrictions ouvertes, telles que la fixation des prix, le truquage des offres et le partage du marché; et
- ii) l'application d'une «règle de la raison», relevant du code civil, aux autres formes d'accords interentreprises qui peuvent, dans certaines circonstances, produire d'importants gains d'efficience²⁹¹.

On peut soutenir qu'un tel régime permettrait à la fois de combattre efficacement les accords de collusion préjudiciables et de légitimer les formes de collaboration interentreprises rehaussant l'efficience.

En ce qui concerne les alliances stratégiques, rien ne permet de conclure que les questions qu'elles soulèvent ne puissent être convenablement résolues en vertu des dispositions de la législation canadienne actuelle²⁹². Le Bureau de la politique de concurrence a fait circuler récemment une ébauche de son bulletin d'information où l'on apporte des éclaircissements au sujet des nombreuses formes d'accords que le cadre législatif actuel permettrait de juger favorables à la concurrence, tout en rappelant que le Bureau continuera de faire diligence dans la répression des accords anticoncurrentiels²⁹³. Encore une fois, il faudrait disposer de plus de données empiriques quant à la nature et à l'objet des alliances stratégiques pour être en mesure

²⁹⁰ D'Cruz et Rugman, *op. cit.*, note 55.

²⁹¹ Voir à ce sujet Ross, *op. cit.*, note 278; et Paul S. Crampton et Joel T. Kissack, «Recent Developments in Conspiracy Law and Enforcement: New Risks and Opportunities», *McGill Law Journal*, vol. 38, n° 3, septembre 1993, p. 569-619.

²⁹² Khemani et Waverman, *op. cit.*, note 64; voir aussi Derek J. Ireland, *Strategic Alliances and Their Implications For Canadian Competition Policy*, document de travail issu d'une table ronde tenue à l'Université de Toronto en mars 1993.

²⁹³ Directeur des enquêtes et recherches, *Strategic Alliances Under the Competition Act*, Bulletin d'information (ébauche), le 26 août 1994. On peut lire dans la préface que le Bureau de la politique de concurrence conclut, après huit années d'application de la loi, que la *plupart des formes d'alliances stratégiques ne posent pas de problèmes en vertu des dispositions législatives actuelles*.

d'évaluer leur incidence ultime sur la concurrence. Même si les accords anticoncurrentiels doivent être réprimés avec vigueur, il importe tout autant d'éviter de faire obstacle, par inadvertance, aux alliances qui pourraient être bénéfiques²⁹⁴.

Le traitement des coentreprises et des accords de spécialisation

Comme on l'a déjà souligné, les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux coentreprises et aux accords de spécialisation visent à faciliter la conclusion de telles ententes en prévoyant des exceptions limitées aux clauses correspondantes en matière de fusion et de complot. Lors de la refonte législative de 1986, on croyait que ces dispositions favoriseraient l'innovation et la restructuration efficace des entreprises canadiennes. Depuis leur adoption, cependant, aucune inscription d'accord de spécialisation ni aucune autorisation de coentreprise ne sont intervenues en vertu de ces articles précis²⁹⁵. On peut apporter diverses explications à ce phénomène, notamment les suivantes :

- Dans la plupart des cas, les critères généraux applicables aux termes des dispositions relatives aux fusions et au complot fournissent probablement une marge de manoeuvre suffisante pour la conclusion d'accords de collaboration efficaces, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des procédures spéciales d'inscription ou d'examen.
- Le libellé précis des dispositions peut sembler en limiter la portée.
- Il est possible que l'on craigne de voir les formalités traîner en longueur ou que certaines autres difficultés surgissent, notamment en ce qui concerne les dispositions régissant les accords de spécialisation qui nécessitent l'engagement d'une procédure devant le Tribunal de la concurrence.
- Dans le cas des alliances transnationales, on peut craindre qu'une entente autorisée en vertu des dispositions canadiennes applicables ne se heurte à des obstacles aux termes de la législation d'un autre pays (les États-Unis, par exemple) où les parties exercent leurs activités. Cette dernière préoccupation soulève la question de l'application extraterritoriale des lois antitrust étrangères et de leur incidence sur la restructuration

²⁹⁴ Directeur des enquêtes et recherches, *Ibid.*

²⁹⁵ Signalons que plusieurs accords d'entreprises à risques partagés ont été examinés en vertu des dispositions générales de la loi en matière de fusionnement.

concurrentielle au Canada²⁹⁶.

En dépit de ces explications plausibles, les décideurs peuvent juger bon de se pencher de plus près sur le rôle que pourraient éventuellement jouer les dispositions de la *Loi sur la concurrence* régissant les coentreprises et les accords de spécialisation afin de favoriser la mise en place d'une structure industrielle plus efficiente au Canada.

²⁹⁶ Voir à ce sujet Calvin S. Goldman, Geoffrey P. Cornish, et Richard F. D. Corley, *International Mergers and the Canadian Competition Act*, communication présentée au Fordham Corporate Law Institute à l'occasion d'un séminaire sur le droit international et la politique antitrust, New York, les 22 et 23 octobre 1992.

Commerce international, accès au marché et restrictions verticales

Comme on l'a vu dans diverses parties de l'étude, on s'intéresse de plus en plus à la politique de concurrence comme moyen de favoriser la libéralisation du commerce international. On s'interroge notamment sur un élément crucial, c'est-à-dire la question de savoir s'il sera bientôt possible, dans le cadre d'accords commerciaux régionaux comme l'ALENA, de remplacer les règles antidumping actuelles par des normes fondées sur le droit de la concurrence. De même, on s'intéresse de plus en plus à l'application possible de la politique de concurrence aux questions, de plus large portée, relatives à l'«accès au marché»²⁹⁷. Dans le contexte qui nous occupe, l'expression *accès au marché* désigne les règles et pratiques générales régissant la faculté qu'ont les sociétés étrangères de participer aux marchés intérieurs.

Dans une large mesure, on en est venu à envisager le recours aux règles de la concurrence en vue de faciliter l'accès au marché du fait que les restrictions commerciales verticales pratiquées au Japon (en particulier par les groupements appelés *keiretsu*) sont perçues comme des entraves à l'entrée d'entreprises étrangères sur le marché japonais. Par *keiretsu*, on entend diverses formes (relativement hétérogènes) de groupements interentreprises, notamment les suivantes :

- i) les grands conglomérats, tels que Mitsubishi, Sumitomo, Fuyo, Sanwa et Daiichi-Kango;
- ii) les groupements verticaux liant les conglomérats industriels à leurs filiales (souvent des fournisseurs); et
- iii) les *keiretsu* du domaine de la distribution, liant des établissements de détail ou de gros à un fabricant.

Le rôle des *keiretsu* faisait partie des principales préoccupations exprimées par les États-Unis lors des négociations engagées avec le Japon dans le cadre de l'Initiative concernant les obstacles structurels²⁹⁸.

Le recours au droit de la concurrence en vue de faciliter l'accès aux marchés étrangers soulève des questions complexes de politique et d'application de la loi²⁹⁹. Dans le cadre des régimes de concurrence actuels du Canada et des États-Unis, les restrictions commerciales

²⁹⁷ Voir Ireland, *op. cit.*, et Kaell et coll., *op. cit.*, note 181.

²⁹⁸ Voir à ce sujet Anderson, *op. cit.*, note 183.

²⁹⁹ Voir à ce sujet McFetridge, *op. cit.*, note 38.

verticales non liées aux prix sont soumises à des examens les traitant comme des cas d'espèce³⁰⁰. Pareille approche traduit un consensus chez les économistes voulant que de telles restrictions se doublent souvent d'objectifs favorables à la concurrence³⁰¹; par contre, la question de savoir si les accords verticaux du type des *keiretsu* donnaient matière à poursuite dans le cadre actuel des lois nord-américaines sur la concurrence a fait l'objet d'un débat³⁰². Quoi qu'il en soit, dans certains cas, le droit de la concurrence pourrait fournir l'instrument approprié pour aplanir les obstacles à l'accès au marché qui résultent de pratiques commerciales restrictives.

À cet égard, la mondialisation soulève une autre question, celle des différentes dispositions législatives sur la concurrence, canadiennes et étrangères, régissant les cartels d'importation et d'exportation. La mise sur pied de tels cartels constitue souvent une tentative, de la part d'un pays, de modifier les termes de l'échange à l'égard d'autres pays (il s'agit en fait de la stratégie du «chacun pour soi»)³⁰³. Le fait que subsistent, dans les lois de nombreux pays, des dispositions spéciales autorisant cette forme particulière de cartels doit être remis en cause principalement parce que leur élimination favoriserait une intégration internationale efficiente³⁰⁴.

³⁰⁰ Voir Ian Nielsen-Jones, S. D. Khosla et R. D. Anderson, *Product Distribution and the Competition Act: The Treatment of Reviewable Matters and Price Maintenance*, exposé présenté lors d'un séminaire sur le droit de la distribution de la B.C. Continuing Legal Education Society qui s'est tenu à Vancouver (C.-B.), le 18 octobre 1988.

³⁰¹ Voir à ce sujet G. F. Mathewson et R. Winter, *La politique en matière de concurrence et les échanges verticaux*, Commission royale d'enquête sur l'union économique et sur les perspectives de développement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1985.

³⁰² Voir McFetridge, *op. cit.*, note 38.

³⁰³ Voir à ce sujet McFetridge, *op. cit.*, note 38; voir aussi Calvin S. Goldman, Crystal L. Witterick et Richard F. D. Corley, «The Barriers Come Down and the Risks Go Up: Cartels and Globalization», *Export is our Business*, 1992.

³⁰⁴ Voir à ce sujet Ireland, *op. cit.*, note 181.

Coopération internationale et convergence des régimes de concurrence

Dans différents pays, les autorités responsables de la concurrence et les spécialistes du domaine se penchent actuellement sur une nouvelle question d'importance, à savoir la perspective d'intensifier la coopération internationale et peut-être d'en arriver à faire converger le droit et les politiques de concurrence³⁰⁵. Il existe déjà divers mécanismes internationaux visant à faciliter la coopération en la matière. Par exemple, le Canada et les États-Unis ont signé en 1984 un protocole d'entente concernant la coopération en matière d'application des législations antitrust nationales³⁰⁶. À l'échelle multilatérale, le Conseil de l'OCDE a adopté en 1986 une recommandation au sujet de la coopération entre les pays membres³⁰⁷.

L'intensification de la coopération internationale devrait favoriser l'application plus efficace des lois de la concurrence, surtout quand il s'agit de fusions (ou autres opérations) transnationales, et réduire les incertitudes inhérentes aux examens mettant en cause plusieurs autorités compétentes et des régimes différents dont les règles peuvent entrer en conflit. La nécessité de la coopération internationale et de l'harmonisation des régimes s'impose de façon plus nette depuis les affaires de fusions transnationales de Havilland, Institut Mérieux et Gillette, qui relevaient de la compétence de plusieurs pays industrialisés³⁰⁸.

À l'heure actuelle, diverses initiatives sont en cours, à différents niveaux, pour faciliter la coopération internationale, à l'échelle tant multilatérale que bilatérale, en matière d'application des lois sur la concurrence) ou, du moins, pour en étudier plus avant les possibilités. Par exemple, le sujet est à l'ordre du jour des travaux du Comité de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence (DPC)³⁰⁹. Aux États-Unis, un texte législatif visant à faciliter la coopération internationale en matière d'application des dispositions antitrust a été récemment adopté par le Congrès et paraphé par le président³¹⁰. Au Canada, le directeur des enquêtes et recherches a récemment fait circuler une ébauche de bulletin d'information énonçant la politique

³⁰⁵ «Head of OECD Committee Sketches Agenda For Competition Policy and Enforcement», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 67, n° 1681, le 22 septembre 1994, p. 349-350.

³⁰⁶ *Mémoire d'entente entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique portant sur les préavis, la consultation et la coopération concernant l'application des lois antitrust nationales*, le 9 mars 1984.

³⁰⁷ *Recommandation révisée du Conseil de l'OCDE concernant la coopération entre les pays membres en matière de pratiques commerciales restrictives touchant le commerce international*, OCDE, document n° C(86)44 (final), le 21 mai 1986.

³⁰⁸ Voir à ce sujet George N. Addy, *International Coordination of Competition Policies*, Hambourg, Institut für Wirtschaftsforschung, Hambourg, 9-11, octobre 1991; et Goldman et coll., *op. cit.*, note 296.

³⁰⁹ «Head of OECD Committee Sketches Agenda For Competition Policy and Enforcement», *op. cit.*, note 305.

³¹⁰ À titre de renseignement de base, voir «Senate Passes Bill to Help Enforcers Obtain Foreign-Located Antitrust Evidence», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 67, n° 1684, 13 octobre 1994, p. 445-446.

qu'il entendait suivre en ce qui concerne la divulgation d'information aux organismes étrangers³¹¹.

L'intensification de la coopération s'impose non seulement dans le domaine de l'application de la loi, mais aussi en matière de concertation à propos des questions de plus large portée que soulève la politique de concurrence. Certaines questions reliées à la déréglementation pourraient nécessiter des consultations entre les autorités de la concurrence (et d'autres organismes intéressés) du Canada et celles des autres pays industrialisés. Un exemple possible est celui des conférences maritimes) des cartels qui établissent les tarifs et les conditions de service dans le secteur international du transport océanique de marchandises. L'exemption dont bénéficient encore ces conférences au regard des dispositions relatives à la concurrence de nombre de pays constitue une dérogation par rapport aux principes qui ont inspiré les réformes entreprises dans d'autres modes de transport³¹². Toutefois, un pays pourrait difficilement, agissant de sa seule initiative, modifier de façon importante sa politique quant à ce secteur, compte tenu du caractère intrinsèquement international de l'industrie du transport océanique³¹³.

Au-delà de la coopération internationale, des pressions croissantes se font sentir actuellement en faveur de la convergence des régimes nationaux, c'est-à-dire l'harmonisation internationale des dispositions législatives sur la concurrence. En principe, l'harmonisation peut accroître la transparence et faciliter la libre circulation des biens, des services et des capitaux à l'échelle internationale. Il convient de noter que la convergence des régimes nationaux peut se réaliser de diverses façons, notamment par l'adoption de politiques d'application et de méthodes d'analyse communes ou la modification des textes législatifs. À ce sujet, un rapport d'étape publié par le Comité DPC de l'OCDE concluait récemment que l'on avait déjà atteint un certain degré de convergence, principalement en raison de l'adoption de plus en plus répandue de méthodes d'analyse et d'objectifs de politique communs³¹⁴. Signalons cependant que les travaux d'un groupe d'universitaires, qui ont voulu en 1993 proposer un Code antitrust uniforme dans le cadre

³¹¹ Directeur des enquêtes et recherches, *Confidentiality of Information Under the Competition Act*, ébauche du 22 juillet 1994.

³¹² Voir Commission d'examen de la Loi des transport nationaux, *La concurrence dans les transports : regard sur la politique et la législation*, 1993, vol. 1, p. 138.

³¹³ *Ibid.*, p. 138.

³¹⁴ «OECD Competition Committee Favors Convergence of Competition Policy», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 66, n° 1667, le 9 juin 1994, p. 643-645.

du GATT, ont été accueillis avec beaucoup de scepticisme par les représentants de différents pays³¹⁵.

Il faut préciser que l'harmonisation ne signifie pas nécessairement l'uniformisation des régimes nationaux de concurrence. En fait, des divergences sensibles entre les politiques nationales en matière de concurrence devraient vraisemblablement subsister dans un avenir prévisible, en raison des différences persistantes au chapitre des orientations nationales, de la culture liée à l'entreprise et aux politiques, des doctrines constitutionnelles, et ainsi de suite³¹⁶. À cet égard, il est probable que la possibilité pour chacune des autorités compétentes de concurrencer les autres par l'application d'un régime distinct puisse être une source d'importants avantages sur le plan de l'innovation en matière de politiques. Du point de vue du Canada, il est essentiel de conserver la liberté nécessaire pour appliquer la politique de concurrence d'une manière qui soit bien adaptée aux besoins particuliers de son économie.

Outre les questions de législation et de politique, la tendance à l'internationalisation soulève d'importantes questions quant à l'évolution institutionnelle des organismes responsables de la politique de concurrence. À court terme, cette tendance confère à des organes, dont le mandat était jusqu'à présent surtout d'ordre intérieur, d'importantes responsabilités à l'échelle internationale. À long terme, pareille évolution pourrait avoir des conséquences quant à la manière dont les autorités responsables de la politique de concurrence sont constituées pour répondre aux impératifs fondamentaux de l'administration publique, tels que la transparence, le caractère représentatif et la responsabilité³¹⁷.

Participation du secteur privé à l'application de la Loi sur la concurrence

Sur le plan des mécanismes administratifs, il faut mentionner certaines questions ayant trait au rôle que peuvent jouer, à titre privé, les particuliers ou les entreprises dans l'application de la *Loi sur la concurrence*. Avant 1976, l'application du droit de la concurrence était au Canada du ressort exclusif du Bureau de la politique de la concurrence (ou des organismes qui l'ont précédé) ou du Procureur général agissant pour le compte du Bureau. Depuis 1976, il est possible, dans certaines circonstances, d'exercer un recours privé pour violation de la *Loi sur la*

³¹⁵ Voir «Antitrust Division Official Predicts Scant Prospect of International Code», *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 66, n° 1650, p. 181-182.

³¹⁶ Pour une analyse approfondie de ces questions, voir Eleanor M. Fox, «The End of Antitrust Isolationism: The Vision of One World», *The University of Chicago Legal Forum*, 1992, p. 221-240.

³¹⁷ Voir à ce sujet G. Bruce Doern, *The Political Economy of Internationalizing Competition Policy: From Regimes to Institutions?*, communication présentée à la Conférence sur les institutions nationales de la politique de concurrence à l'heure de la mondialisation des marchés, les 25 et 26 octobre 1994.

concurrence; toutefois, seul un nombre infime de poursuites de ce genre ont été intentées jusqu'à maintenant³¹⁸.

Aux États-Unis, les poursuites antitrust intentées par des particuliers ou des entreprises constituent un important moyen supplémentaire de faire respecter les dispositions de la loi et s'avèrent une source importante de jurisprudence. Le nombre de ces poursuites est généralement beaucoup plus élevé que celui des poursuites antitrust engagées par l'État. De plus, les autorités des différents États jouent un rôle grandissant dans l'application de ces lois.

De façon générale, le fait d'élargir le rôle des poursuites privées dans le régime de concurrence pourrait accroître la sensibilisation et la participation du public ainsi que renforcer l'application des dispositions relatives à la concurrence au Canada. Bien entendu, les décideurs devront faire en sorte que rien dans de telles modifications ne vienne modifier l'intention initiale du législateur ni perturber le régime canadien de la concurrence. Par exemple, il ne faudrait pas que l'accroissement du rôle des recours privés incite les particuliers ou les entreprises à s'en servir pour harceler leurs concurrents³¹⁹.

Par ailleurs, il importe que le Bureau de la politique de concurrence fasse un apport constant à l'évolution de la jurisprudence issue du Tribunal de la concurrence et des cours de justice, même dans le cadre de procédures engagées à titre privé. Il suffirait pour cela d'une simple modification législative prévoyant que le directeur puisse intervenir devant le Tribunal ou une cour de justice dans le cadre de *toute poursuite* intentée en vertu de la *Loi sur la concurrence*) à titre d'*amicus curiae* (intervenant désintéressé), comme peut le faire son homologue américain.

Responsabilités des organismes de réglementation de la concurrence en matière d'élaboration de politiques

L'importance grandissante de la politique de concurrence, dans le cadre de la politique économique du Canada, soulève de façon générale la question de ses rapports avec un certain nombre d'autres champs de la politique économique, notamment la politique industrielle, l'union économique canadienne, la réforme des réglementations sectorielles, les droits de propriété intellectuelle et certains aspects de la politique économique internationale. Dans chacun de ces domaines, la politique de concurrence peut apporter une contribution utile aux initiatives plus vastes du gouvernement en matière de politiques publiques.

Il ressort de l'analyse présentée dans notre étude qu'à l'avenir, la politique de concurrence au Canada et à l'étranger devra continuellement être mise à jour et adaptée en fonction de l'évolution de

³¹⁸ Pour plus de précisions, voir la partie III ci-dessus.

³¹⁹ On voit par l'expérience américaine que de pareilles craintes ne sont pas dénuées de fondement. Voir Bork, *op. cit.*, note 27.

l'économie et du cadre des politiques, de même qu'à la lumière de l'évolution des écrits spécialisés en matière d'organisation industrielle. De plus, les organismes responsables de la concurrence seront de plus en plus appelés à contribuer à l'élaboration des politiques micro-économiques connexes. À cette fin, il faudra poursuivre un programme soutenu de recherches et d'élaboration de politiques qui mettra l'accent sur l'application du droit et de la politique de concurrence. Des consultations permanentes avec les autorités étrangères responsables de la concurrence sont aussi essentielles si l'on veut que les décideurs canadiens se tiennent au courant des faits nouveaux et soient en mesure de répondre aux besoins changeants des entreprises et des consommateurs canadiens.

Il serait aussi opportun que les autorités responsables de la concurrence (en collaboration, peut-être, avec d'autres organismes) surveillent plus étroitement l'évolution des conditions industrielles. Comme Scherer l'a signalé, les recherches économiques que mènent aujourd'hui les universités sont orientées vers l'innovation théorique et le raffinement des méthodes techniques empiriques. Ces recherches, bien que manifestement utiles, ne sauraient remplacer l'analyse systématique d'industries et d'organismes particuliers, essentielle à l'application fructueuse de la politique³²⁰. Le rapport rédigé en 1989 par un comité spécial de l'Association du Barreau américain chargé d'étudier le rôle de la *Federal Trade Commission* reconnaissait expressément la valeur de la recherche économique et de l'élaboration de politiques menées par les autorités antitrust³²¹.

Le modèle canadien de concurrence et l'aide technique aux nouvelles économies de marché

Une dernière question doit être examinée en ce qui concerne le rôle futur de la politique de concurrence au Canada : il s'agit de son utilité dans le cadre de l'aide technique internationale aux nombreux pays qui ont amorcé la transition vers une économie de marché, notamment en Europe centrale et orientale, en Amérique latine et dans la région Asie-Pacifique³²². Comme on l'a signalé à la partie V, la mise en oeuvre de lois et de politiques efficaces en matière de concurrence est généralement considérée comme un élément essentiel de ce processus de transition, aussi bien par les

³²⁰ F. M. Scherer, «Sunrise and Sunset at the Federal Trade Commission», *Administrative Law Journal*, 1991, notamment les pages 38 et 39. Selon l'auteur, il importe, aux fins du fonctionnement efficace de l'État, de disposer d'un ensemble de données qui soient systématiques, à jour, analytiques et critiques concernant la structure, la conduite et le rendement des industries américaines. Pour les autorités antitrust, il est aussi important de savoir quand ne pas intervenir que de savoir quand le faire. Les situations de crise obligent souvent les autorités à décider rapidement d'intervenir ou non, sans que ces dernières n'aient le temps d'analyser attentivement l'industrie en cause. Pour bien informer les décideurs, il est donc crucial de constituer un ensemble de connaissances périodiquement tenu à jour, jumelé à des bases de données, qui peut être consulté à brève échéance, afin de mieux analyser certains cas précis.

³²¹ American Bar Association, Special Committee To Study the Role of the Federal Trade Commission, *Report*, 1989.

³²² Voir plus haut la brève analyse et les renvois présentés à la partie V.

pays eux-mêmes que par les grandes organisations mondiales de développement³²³. Pour s'avérer un succès, la mise en place d'un régime de concurrence dans les économies en transition devra toutefois tenir compte des gains d'efficacité et des effets négatifs que peuvent avoir les structures industrielles existantes sur le plan du bien-être général³²⁴. La politique canadienne de concurrence est en quelque sorte plus souple que la politique américaine en ce qui a trait à la restructuration industrielle. Au Canada, on privilégie les solutions issues de l'application du droit administratif et le recours à des organes spécialisés (c.-à-d., le Bureau de la politique de concurrence et le Tribunal de la concurrence). Le régime canadien a fait l'objet d'une codification poussée; de ce fait, il est en général plus transparent et plus facile à adapter que certains régimes étrangers. On peut ainsi soutenir que ces caractéristiques en font un modèle particulièrement apte à répondre aux besoins des nouvelles économies de marché.

³²³ «Une politique publique favorable au marché est davantage que la suppression des obstacles à la concurrence sur le plan intérieur. Les pouvoirs publics peuvent devoir adopter des mesures antitrust pour éviter que les producteurs et les distributeurs ne se coalisent ou n'exploitent la puissance commerciale». Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1991, Le défi du développement*, Oxford University Press (pour la Banque mondiale), New York, 1991.

³²⁴ Sally J. Van Sicken, «Restructuring For Competition», paru dans l'ouvrage préparé sous la direction de Estrin et Cave, *op. cit.*, note 262, p. 109-129, à la page 112.

PARTIE VII CONCLUSION

Notre exposé a porté sur l'examen du rôle en constante évolution de la politique de concurrence en tant que dimension essentielle de la politique économique à l'heure de la mondialisation des années 90. Il ressort de l'analyse que, malgré la mondialisation, une politique de concurrence efficace demeure nécessaire dans une économie industrielle moderne comme celle du Canada. Les travaux récents montrent que la politique de concurrence a un rôle important à jouer lorsqu'il s'agit de favoriser la compétitivité internationale des entreprises nationales, outre son rôle classique de protéger les consommateurs contre l'exercice indu du pouvoir de marché. Il est par ailleurs manifeste que, dans une économie ouverte et relativement petite comme celle du Canada, il faut accorder un traitement spécial aux fusions et aux autres formes d'accords interentreprises qui s'avèrent nécessaires pour obtenir d'importants gains d'efficience.

Ce double rôle de la politique de concurrence sur le plan de la restructuration industrielle se reflète dans diverses dispositions de la *Loi sur la concurrence* de 1986. La disposition de déclaration d'objet de la *Loi*, qui en oriente l'application, mentionne expressément l'objectif qui consiste à stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne et à améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, en plus de son objectif plus traditionnel d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix au niveau des produits. Les dispositions de fond de la *Loi*) notamment celles qui ont trait aux fusions) reconnaissent aussi le rôle de la concurrence étrangère sur les marchés intérieurs et ouvrent des possibilités pour la réalisation de gains d'efficience tout en mettant l'accent, comme il se doit, sur la promotion de la concurrence dans les marchés pertinents. Les dispositions relatives aux fusions reconnaissent aussi le rôle d'autres facteurs) comme l'existence d'entreprises en difficulté) qui sont importants aux fins de l'adaptation industrielle; dans diverses affaires examinées en vertu de la *Loi*, ces facteurs ont d'ailleurs trouvé matière à application. Récemment, le rôle de la *Loi sur la concurrence* a été renforcé par plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada qui en ont confirmé la constitutionnalité et la compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'analyse des interactions croissantes entre la politique de concurrence et les autres domaines de la politique économique indique que la politique de concurrence a un important rôle à jouer à l'appui des mesures visant à promouvoir une structure industrielle favorisant l'efficience et la compétitivité; ces différents autres champs d'action comprennent la restructuration industrielle, la réforme des réglementations sectorielles et divers aspects de la politique industrielle. En outre, on reconnaît de plus en plus que la politique de concurrence peut soutenir la libéralisation du commerce international, en particulier dans le cadre de blocs ou d'accords régionaux, tels que la Communauté européenne ou l'ALENA.

L'analyse comparative de différents régimes de concurrence à l'étranger révèle que la politique

de concurrence est de plus en plus un élément central de la politique économique de nombre de pays. Cette tendance témoigne du recours grandissant à la politique de concurrence en tant qu'instrument d'intégration économique à l'échelle internationale, de même que de la généralisation des politiques axées sur le jeu des forces du marché.

L'analyse comparative confirme aussi le caractère approprié des dispositions et de la politique canadiennes actuelles en matière de concurrence en ce qui a trait à la restructuration industrielle et à la compétitivité. Elle révèle qu'il n'existe aucun modèle unique, d'application universelle, de politique de concurrence et d'interaction avec la politique industrielle que le Canada devrait adopter. En somme, le droit canadien de la concurrence et ses politiques d'application se comparent favorablement avec les régimes des autres grands pays industrialisés.

Malgré l'efficacité globale de l'actuelle *Loi sur la concurrence*, un certain nombre d'interrogations subsistent quant au rôle futur de la politique de concurrence du Canada, notamment dans les domaines suivants :

- L'application de la politique de concurrence en ce qui concerne la restructuration industrielle et les nouvelles formes d'ententes commerciales. Il faudra notamment envisager la possibilité de mettre en oeuvre dans la *Loi sur la concurrence* une interdiction *per se* des restrictions horizontales telles que la fixation des prix et le partage du marché, peut-être parallèlement à une nouvelle disposition relevant du code civil en matière d'examen d'autres formes d'accords interentreprises. Peut-être pourrait-on ainsi à la fois combattre efficacement les accords de collusion préjudiciables et légitimer les formes de collaboration interentreprises rehaussant l'efficacité.
- Les dimensions internationales de la politique de concurrence, notamment l'intensification de la coopération internationale et l'harmonisation des régimes ainsi que le recours à la politique de concurrence en vue de faciliter la libéralisation du commerce international et l'accès aux marchés étrangers. Il faudra notamment étudier la possibilité, dans le cadre de l'ALENA, de substituer aux règles antidumping celles du droit de la concurrence. De plus, le rôle de la politique de concurrence en tant qu'instrument garantissant l'accès aux marchés extérieurs mérite une analyse plus approfondie.
- Les aspects institutionnels et les mécanismes administratifs du régime de concurrence. À ce chapitre, il faudra envisager la possibilité d'élargir le rôle des recours privés dans l'application de la *Loi sur la concurrence*.

L'analyse de ces questions sous tous leurs rapports nécessitera un programme continu de recherches portant sur l'organisation industrielle, la politique de concurrence et les politiques connexes d'encadrement micro-économique. Il s'agit d'une condition essentielle si l'on veut que la politique canadienne de concurrence demeure à jour et bien adaptée afin de répondre aux besoins changeants des entreprises et des consommateurs canadiens. À cette condition, le modèle canadien

du droit et de la politique de concurrence pourra poursuivre son évolution et jouer un rôle de plus en plus important en tant qu'élément d'encadrement d'une économie de marché dynamique.

À mesure que la politique de concurrence verra son application s'élargir, les ministères et les organismes publics responsables d'autres champs de la politique économique (commerce, industrie et sciences et technologie, p. ex.) s'intéresseront inévitablement davantage à sa teneur et à son application. À maints égards, cela rehaussera le rôle des autorités responsables de la concurrence et accroîtra leur capacité de veiller au fonctionnement efficient des marchés. Il en résultera aussi des pressions accrues sur les autorités responsables de la concurrence afin qu'elles tiennent compte des objectifs de plus large portée de la politique économique. Pour elles, le défi consistera à se ménager une participation efficace au processus d'élargissement de la portée des principes fondamentaux de la politique de concurrence, tout en s'assurant de préserver leur indépendance et leur impartialité dans l'accomplissement de leur mandat principal, celui d'administrer la loi.