

LES SCIENCES ÉCONOMIQUES ET LA POLITIQUE CANADIENNE SUR LA CONCURRENCE

Donald G. McFetridge¹

l'Université Carleton, Ottawa

Introduction

Le rôle fondamental des sciences économiques dans la conception, l'interprétation et l'application des dispositions législatives sur la concurrence est maintenant reconnu, non seulement au Canada, mais dans tout le monde développé². Tel n'a pas toujours été le cas. Dans son étude du rôle des sciences économiques dans la politique antitrust américaine, le professeur White fait remarquer que jusqu'aux années 1970, le rôle des économistes dans les affaires d'antitrust consistait essentiellement à fournir un soutien statistique. Ce n'est qu'au début des années 1980 qu'on a reconnu le rôle potentiel de la microéconomie dans l'élaboration de la théorie de la preuve elle-même³.

Au Canada, avant 1986, la quasi-totalité des poursuites intentées en vertu de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* relevaient du droit pénal et une grande partie de ces poursuites portait sur le maintien des prix à la revente, qui constituait une infraction intrinsèque⁴. Il y avait peu de place, voire aucune, pour l'analyse économique⁵. Même si les économistes ont publié des textes au sujet de la concurrence, ils se situaient en marge. Il y a eu une augmentation marquée du rôle joué par les économistes et l'analyse économique à l'égard de la politique sur la concurrence lorsque la *Loi sur la concurrence* est entrée en vigueur en 1986, et l'influence des économistes a continué de s'accroître depuis. Cette influence s'est fait sentir dans la formulation de la Loi et de ses modifications, dans les décisions et les lignes directrices sur l'application de la Loi et dans l'interprétation de la Loi par le Tribunal de la concurrence et les cours.

On peut évaluer l'influence des économistes en recensant le nombre d'économistes qui travaillent pour des organismes d'application de la loi, qui servent de témoins experts ou qui participent à divers exercices de consultation, mais le véritable jalon de l'importance des sciences économiques est la mesure dans laquelle la conception des lois, les décisions d'application de la loi et le raisonnement judiciaire y sont conformes. Comme l'a exprimé le professeur Winter :

[TRADUCTION] Les aspects juridiques et économiques de la politique sur la concurrence sont-ils maintenant en harmonie après des années de participation des économistes, ou la loi diverge-t-elle des fondements économiques de façons importantes?⁶

De façon générale, les sciences économiques enseignent premièrement que la politique sur la concurrence doit protéger le processus concurrentiel plutôt que les concurrents et, deuxièmement, que la concurrence constitue un moyen en vue d'une fin et que cette fin est l'utilisation des ressources de la société à son avantage. La concurrence constitue généralement le meilleur moyen de réaliser l'utilisation efficiente des ressources (réduisant le gaspillage économique), mais il ne s'agit pas du seul moyen. Le nombre d'économistes à l'emploi d'organismes œuvrant à l'élaboration des politiques en matière de concurrence n'aurait aucune importance si l'application de ces politiques ne permettait pas à l'économie canadienne de mieux utiliser les ressources dont elle dispose.

Selon le professeur Ross, l'accent mis sur les forces concurrentielles du marché et la préoccupation d'efficacité constitue la contribution majeure des économistes à la politique canadienne sur la concurrence :

[TRADUCTION] Grâce en grande partie aux travaux des économistes, la politique sur la concurrence au Canada, aux États-Unis et à bien d'autres endroits a fini par trouver un objet qui emportait l'adhésion générale : rendre l'économie plus efficiente au moyen de la protection et du renforcement des forces concurrentielles du marché. C'est-à-dire que nous en sommes venus à reconnaître que l'objectif devait être la protection de la concurrence (et non pas nécessairement des concurrents) et que l'efficacité en constituait la préoccupation fondamentale⁷.

La façon dont les sciences économiques ont influencé la politique sur la concurrence diffère d'un pays à l'autre. Aux États-Unis, comme le professeur White l'a établi, l'influence des économistes s'est fait sentir sur la jurisprudence se rapportant à trois lois brièvement formulées en vigueur depuis de nombreuses années⁸. Au Canada, avec beaucoup moins d'affaires contestées et de jurisprudence, l'influence des économistes se manifeste davantage dans la formulation de la *Loi sur la concurrence* et de ses modifications de même que dans le libellé des lignes directrices sur l'application de la loi.

La *Loi sur la concurrence*, adoptée en 1986, constituait un important progrès, mais elle contenait plusieurs dispositions reproduites à partir de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*. Plusieurs de ces dispositions étaient contraires de diverses façons aux enseignements des sciences économiques. Certaines dispositions ont transformé en infractions pénales des formes de comportement sur le marché qui sont potentiellement mineures sur le plan social. Certaines protégeaient les concurrents plutôt que la concurrence. Certaines n'avaient rien à voir avec la concurrence. Les modifications apportées à la *Loi sur la*

concurrence en 2009 ont éliminé la plupart de ces problèmes et, ce faisant, ont élargi encore le champ d'application de l'analyse économique⁹. La *Loi sur la concurrence*, dans sa version de 1986, est redevable en grande partie à une génération antérieure d'économistes, mais les modifications de 2009 reflètent les efforts de la génération actuelle.

L'adoption des modifications de 2009 s'est produite quarante ans après la publication du *Interim Report on Competition Policy*¹⁰ par le Conseil économique. On peut être fier de la mesure dans laquelle la Loi dans sa version modifiée permet l'application des sciences économiques, mais être en même temps embarrassé du fait que cela a pris si longtemps. Le parcours a été parsemé d'erreurs. La politique bureaucratique s'en est mêlée. Des modifications inutiles ont été proposées. Il y a eu des consultations et des débats au sujet des lignes directrices souvent modifiées, mais rarement appliquées. Le rythme de l'apprentissage institutionnel a été plus lent que ce qu'on aurait pu espérer. Il fallait s'y attendre en partie. Comme toute politique publique, la politique sur la concurrence est le fruit du processus politique. La question importante qui se pose ne consiste pas à savoir si les autres pays ont davantage recours aux économistes pour formuler et appliquer leurs politiques sur la concurrence, mais si leurs politiques sont plus fermement ancrées dans les sciences économiques.

Comme l'indiquent les nombreuses références qui y sont faites dans le présent exposé, le *Canadian Competition Record* a offert un forum utile par lequel les économistes ont pu contribuer à l'analyse des questions de politique sur la concurrence et informer, et être informés par, les avocats spécialisés en droit de la concurrence. Les conférences annuelles d'automne de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien constituent un autre mode de communication productif. À cet égard, il est important de comprendre que l'influence que les économistes ont pu exercer est due en grande partie au fait que les avocats spécialisés en droit de la concurrence se sont montrés réceptifs et réfléchis et au fait que des universitaires comme le professeur Trebilcock ont travaillé avec acharnement pour montrer aux avocats et aux économistes ce qu'ils peuvent apprendre les uns des autres.

Les sujets abordés

Il est impossible de rendre justice aux nombreuses observations sur les questions de sciences économiques liées à la *Loi sur la concurrence*. La présente étude se limite aux questions suivantes :

- l'évolution de l'analyse des effets concurrentiels dans les affaires de fusion;
- le débat relatif à l'interprétation de l'art. 96;

- l'évaluation économique des restrictions horizontales;
- les économistes et l'art. 61;
- les prix d'éviction et l'affaire *Air Canada*;
- les économistes et l'art. 75;
- l'exclusivité et l'affaire *Tuyauteries Canada*.

Certaines explications relatives à ces choix s'imposent. L'analyse des fusions est généralement considérée comme la partie de la politique sur la concurrence qui s'inspire le plus des sciences économiques, et les méthodes d'analyse des effets concurrentiels ont évolué grâce aux progrès des techniques de simulation de fusion. L'exception des gains en efficacité prévue par les dispositions sur les fusions (art. 96) a été de loin la disposition de la *Loi sur la concurrence* la plus chaudement débattue. Le débat touche le cœur de l'opinion des économistes selon laquelle l'efficacité plutôt que la concurrence en soi est l'objectif fondamental du droit et de la politique sur la concurrence.

L'interdiction d'ententes de collusion entre les concurrents est généralement considérée comme la pierre angulaire d'une loi sur la concurrence. Les économistes ont longtemps considéré que le droit et la jurisprudence canadiens sur les restrictions horizontales étaient tolérants à l'égard des grands cartels et inflexibles quant à sa capacité d'évaluer les accords qui ont des effets à la fois proconcurrentiels et anticoncurrentiels. Il a fallu quarante ans pour remédier à ces déficiences, et les économistes ont joué un rôle majeur dans le processus.

Le rôle de la recherche économique dans la modification du statut du maintien des prix à la revente en vertu du droit américain et canadien sur la concurrence est établi, mais les voies de la réforme ont divergé entre les deux pays et il y a des leçons à tirer de la nature de ces différences. De même, on peut tirer des leçons au sujet du rôle de la politique sur la concurrence de l'affaire *Air Canada* et il reste des questions non résolues à analyser concernant les théories subsidiaires et le critère applicable aux prix d'éviction¹¹.

L'analyse par les économistes de la disposition sur le refus de vendre prévue à l'art. 75 de la *Loi sur la concurrence* a démontré qu'il n'était pas question de concurrence. Cela a mené à une réparation partielle prenant la forme de la modification de la disposition et du passage de l'exécution publique à l'exécution privée de cette disposition.

Les premières affaires d'abus de position dominante sous le régime de la *Loi sur la concurrence* ont fait l'objet d'une analyse économique exhaustive¹². Les décisions les plus récentes rendues par le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tuyauteries Canada* sont dignes de mention pour diverses raisons¹³. Elles comportent des analyses de théories économiques

d'exclusivité en ce qui a trait aux escomptes de fidélisation au premier dollar, des débats au sujet de la définition de marché et de la puissance commerciale et la question de savoir si on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un comportement soit anticoncurrentiel s'il ne diminue pas la concurrence en bout de ligne.

Les fusions

Les dispositions sur les fusions de la *Loi sur la concurrence* de 1986 ont remplacé la disposition pénale moribonde sur les fusions et les monopoles de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*. Comme il a été largement et bien établi, ces dispositions s'annonçaient depuis longtemps, mais ont été fidèles en grande partie aux recommandations du Conseil économique du Canada et au Rapport Skeoch-McDonald. Or, le Conseil économique et les auteurs du rapport se préoccupaient davantage de la rationalisation et de la réalisation d'économies d'échelle que de la concentration des producteurs nationaux¹⁴.

La *Loi sur la concurrence* de 1986 prévoyait l'analyse, par la règle de la raison, des fusions en droit civil par un Tribunal de la concurrence spécialisé composé d'experts commerciaux non judiciaires de même que de juges de la Cour fédérale. Cette loi exigeait du Tribunal qu'il tienne compte des circonstances générales du marché entourant une fusion dans l'analyse de ses effets concurrentiels plutôt que de se fier uniquement aux données sur la part de marché et la concentration du marché. La Loi a conféré au tribunal le pouvoir de bloquer une fusion qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence pourvu que cette fusion n'entraîne pas aussi des gains d'efficience qui l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels.

Existe un consensus général selon lequel l'analyse des fusions recourt le plus aux sciences économiques et que ce recours a augmenté au fil du temps. Selon certains observateurs, les affaires de fusions horizontales reposent maintenant en grande partie sur des questions économiques puisque les principes juridiques en cause sont maintenant bien établis¹⁵. De même, avec l'omniprésence des modèles de simulation informatique des fusions au moyen de vastes bases de données, l'analyse des fusions est devenue beaucoup plus technique et moins transparente. Pour certains, ce n'est pas entièrement une bonne chose¹⁶.

Les sciences économiques et le critère des effets concurrentiels

L'analyse des effets concurrentiels des fusions a évolué selon les progrès des sciences économiques en matière d'antitrust, et les modifications apportées aux lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions reflètent

cet état de choses. Il existe deux mécanismes généraux par lesquels les fusions peuvent réduire la concurrence. Une fusion peut augmenter la puissance commerciale de l'entité issue de la fusion. C'est ce qu'on appelle le mécanisme des effets unilatéraux. Une fusion peut aussi réduire les obstacles qui empêchent les sociétés se livrant concurrence dans le marché pertinent d'exercer conjointement une puissance commerciale. C'est ce qu'on appelle le mécanisme des effets d'interdépendance (ou coordonnés).

La méthode des effets coordonnés caractérisait les lignes directrices américaines sur les fusions de 1982¹⁷. Selon cette méthode, la réduction du nombre de vendeurs concurrents par suite d'une fusion fait en sorte qu'il est plus facile pour les vendeurs qui restent de convenir, tacitement ou autrement, de limiter l'approvisionnement et de hausser le prix du marché. Une inférence d'effets anticoncurrentiels probables suivant cette méthode repose sur la concentration du marché, l'augmentation de la concentration du marché causée par la fusion et l'ampleur des obstacles à l'entrée. D'autres facteurs à prendre en considération sont tirés des travaux de George Stigler, qui a analysé les conditions selon lesquelles un participant à une entente limitant la concurrence pouvait de façon rentable vendre à des prix moins élevés, entraînant ainsi l'échec de cette entente. Une analyse théorique formelle des circonstances dans lesquelles des concurrents pourraient conclure et exécuter une entente limitant la concurrence a par la suite pris naissance à partir de la théorie des jeux répétés. Essentiellement, cette théorie veut que si des concurrents interagissent à répétition et s'ils accordent suffisamment d'importance aux profits futurs, la collusion peut être soutenue¹⁸.

Ross et Baziliauskas ainsi que Church ont décrit dans des exposés ces faits nouveaux et leurs incidences pour la politique canadienne sur la concurrence¹⁹. Ross et Baziliauskas ont recensé les textes portant sur les facteurs favorisant la collusion. Ils ont souligné que plusieurs de ces facteurs avaient été cités comme cause de la préoccupation du Bureau de la concurrence que les fusions proposées de la Banque Royale du Canada avec la Banque de Montréal et de la CIBC avec la Banque TD (quatre des cinq plus grandes banques canadiennes) accroissent la probabilité de comportements interdépendants parmi les banques à l'échelle locale et nationale²⁰. On retrouvait parmi les facteurs mentionnés : la concentration élevée, les importants obstacles à l'entrée, les produits homogènes, la demande et les coûts prévisibles, les parts de marché stables, de bons renseignements au sujet des prix et des clients ainsi que le niveau de collaboration dans l'industrie²¹.

Ross et Baziliauskas ont conclu que la théorie de l'interdépendance [TRANSDUCTION] « judicieusement appliquée, fournit suffisamment d'éléments

d'orientation pour établir une distinction entre les fusions qui sont susceptibles de diminuer sensiblement la concurrence et celles qui ne le sont pas »²².

Le professeur Church a souligné qu'un marché peut satisfaire à certaines des conditions favorisant la collusion, mais non pas à d'autres. Une fusion peut augmenter ou réduire certaines contraintes à la collusion et en resserrer d'autres, et il n'existe aucun moyen de les soupeser. Il était d'avis qu'en soi, l'analyse des effets coordonnés n'était pas suffisamment précise pour relever les fusions qui devraient être interdites. Il a cependant suggéré l'analyse de l'effet d'une fusion sur les facteurs qui limitent le comportement coordonné (comme la présence d'un « rebelle »). Il a aussi fait valoir que les effets coordonnés peuvent être déterminants dans les cas où les effets unilatéraux se situent près de la marge.

La méthode des effets unilatéraux suppose que la capacité de l'entité issue de la fusion de hausser les prix par la suite provient de sa part de marché accrue plutôt que d'un comportement plus accommodant de la part des concurrents qui restent. De nombreux modèles économiques simulent les effets unilatéraux des fusions horizontales. Ces modèles accommodent les produits homogènes ou différenciés ainsi que les sociétés qui fixent les prix ou les quantités. Le volet unilatéral englobe les fusions qui mènent au monopole, celles qui mènent à la domination et les fusions dans un oligopole non collaboratif. Les premiers modèles ont adopté une approche de société dominante et mettaient l'accent sur la réaction des concurrents secondaires ou supposaient un oligopole homogène fixant les quantités (Cournot). La Page de la politique canadienne sur la concurrence à l'Université de la Colombie-Britannique tient depuis 1996 un site Web simulant une fusion oligopolistique de type Cournot²³. Des renseignements et des règles pratiques utiles sur lesquels fonder des refuges sûrs de parts de marché peuvent être obtenus au moyen du modèle Cournot, mais c'est un autre type de modèle d'effets unilatéraux qui en est venu à dominer l'analyse des effets concurrentiels²⁴. Ce modèle, suggéré par le professeur Karl Shapiro, accommodait les produits différenciés et supposait que les sociétés avaient le pouvoir de fixer les prix²⁵.

Le modèle des effets unilatéraux des produits différenciés était axé sur le degré de substitution possible entre les produits des sociétés fusionnantes. La préoccupation se trouvant au cœur de ce modèle consiste à savoir si les sociétés fusionnantes étaient les concurrents les plus près l'un de l'autre. Dans ses termes les plus simples, ce modèle utilisait une mesure de substitution possible appelée le ratio de détournement, dans lequel le ratio de détournement entre la société A et la société B correspond à la fraction des ventes que la société A perd au profit de la société B par rapport aux ventes totales que A perd lorsqu'elle augmente son prix. Plus le ratio de détournement est élevé,

plus A et B sont en concurrence et plus une fusion entre elles est anticoncurrentielle. On peut exprimer l'augmentation prévue des prix découlant d'une fusion en fonction du ratio de détournement et de la marge prix-coût antérieure à la fusion des sociétés fusionnantes²⁶.

Ce modèle simple supposait que le coût marginal ne diminue pas par suite de la fusion, de sorte qu'il prédit une augmentation de prix après la fusion dans la mesure où le ratio de détournement et les marges prix-coût des sociétés fusionnantes sont positifs. M. Werden, économiste à la division antitrust du département américain de la Justice, a démontré que le gain d'efficacité postérieur à la fusion (réduction en pourcentage du coût marginal) nécessaire pour empêcher qu'une fusion entre sociétés ayant des produits différenciés ne mène à l'augmentation des prix pouvait aussi être exprimé (dans le cas simple) en fonction du ratio de détournement et des marges antérieures à la fusion des sociétés fusionnantes²⁷.

Dans une présentation faite en 1997 à la Conférence annuelle d'automne de l'Association du Barreau canadien, le professeur Ware a expliqué la notion de ratio de détournement et ses incidences pour la prévision des effets sur les prix des fusions dans les marchés de produits différenciés²⁸. Dans un exposé présenté à la même conférence un an plus tard, Csorgo et Sanderson ont offert un recensement détaillé des divers modèles de simulation de produits différenciés et leur utilisation dans les affaires dont a été saisi le Bureau de la concurrence²⁹. Puisque ces modèles ne sont pas fondés sur la part de marché ou les mesures de concentration du marché, ils ont l'incidence importante d'éliminer la nécessité de définir avec précision le marché pertinent.

Les progrès méthodologiques de l'analyse des effets concurrentiels ont influencé les lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions de même que la méthode d'application de la loi par le Bureau de la concurrence. Le Bureau a soulevé des préoccupations au sujet des effets d'interdépendance dans plusieurs affaires de fusion³⁰. Les lignes directrices modifiées de 2004 pour l'application de la loi en matière de fusions contenaient aussi un énoncé détaillé des conditions (facteurs facilitants), et des conditions de concentration du marché et d'obstacles à l'entrée, qui sont requises pour une collusion réussie ainsi que des circonstances du marché se prêtant le mieux à la satisfaction de ces conditions. Le Bureau a déclaré que ses enquêtes comporteraient la détermination de la question de savoir si la fusion réduit les contraintes existantes au comportement coordonné, par exemple en réduisant le nombre de concurrents ou les asymétries entre les concurrents ou en éliminant ou affaiblissant un rebelle.

Les lignes directrices de 2004 pour l'application de la loi en matière de fusions comportaient aussi un exposé plus exhaustif de l'analyse des effets concurrentiels unilatéraux qu'en 1991. Les lignes directrices de 2004 catégorisaient les effets unilatéraux comme portant soit sur des produits différenciés soit sur des produits homogènes assortis de capacités différenciées. Dans le cas de produits différenciés, des préoccupations quant à la puissance commerciale unilatérale sont soulevées dans les cas où les sociétés fusionnantes constituent les premiers et deuxièmes choix d'un grand nombre de clients. On retrouve comme preuve de ce niveau élevé de substitution possible le changement de comportement des acheteurs en réaction aux modifications des prix relatifs (les renseignements sur ce comportement étant particulièrement utiles et provenant entre autres des sondages sur les préférences des acheteurs), l'élasticité du prix du bien en cause et l'élasticité du prix d'autres biens, les tendances d'achat et les ratios de détournement.

Dans le cas de capacités différenciées, le Bureau a mis l'accent sur la capacité des autres concurrents de neutraliser toute tentative par l'entité issue de la fusion de limiter la production. À cet égard, le Bureau avait peut-être à l'esprit une fusion menant à la domination ou une fusion entre des oligopolistes de type Cournot. Ces deux modèles prévoient une réponse partiellement compensatoire de la part des autres concurrents à une limite de la production par l'entité issue de la fusion.

À l'égard de l'application de la loi, l'un des témoins experts du commissaire dans *Supérieur Propane*, le professeur Ward, a estimé un système de demande à partir duquel il a pu déduire l'élasticité des prix et des prix croisés en ce qui concerne la demande des produits des sociétés fusionnantes³¹. Il a ensuite été en mesure d'utiliser ces estimations d'élasticité pour prévoir les augmentations de prix découlant de la fusion.

L'analyse des effets unilatéraux a continué de se développer. Les professeurs Farrell et Shapiro se sont inspirés des travaux antérieurs de M. Werden et d'autres personnes pour tirer une série d'expressions générales prédisant le changement de prix postérieurement à la fusion dans le cadre d'une fusion comportant des produits différenciés en fonction de ratios de détournement, de marges prix-coût et de gains d'efficience. C'est ce qu'on a appelé par la suite l'analyse de la pression à la hausse sur les prix, et Farrell et Shapiro estimaient qu'elle éliminait la nécessité de définition du marché³².

Parmi les autres innovations, mentionnons les modèles applicables aux marchés d'enchères où c'est l'offre qui s'approche le plus de celle de l'offrant choisi qui importe le plus pour l'application de l'analyse des effets concurrentiels³³. Des modèles simplifiés de type « Staples », qui estiment l'effet marginal

du chevauchement sur le marché local des prix ou des marges respectifs des parties fusionnantes, continuent aussi d'être utilisés³⁴.

L'influence de l'évolution de l'analyse des effets unilatéraux se reflète dans les lignes directrices de 2011 pour l'application de la loi en matière de fusions. Les lignes directrices de 2011 attribuent plus d'importance à la simulation des effets unilatéraux que les lignes directrices de 2004, et il y a une diminution corrélative de l'importance accordée à la définition du marché et à la concentration du marché :

La définition du marché ne correspond pas nécessairement à l'étape initiale ou à une étape nécessaire, mais c'est une étape qui est généralement suivie. Les mêmes éléments de preuve peuvent être pertinents et répondre à la fois à la définition des marchés pertinents et à celle de l'évaluation des effets de la fusion sur la concurrence. L'examen d'une fusion est souvent un processus itératif où la preuve du marché pertinent et des parts de marché est examinée avec d'autres éléments démontrant les effets sur la concurrence, dans le cadre d'une analyse où chaque élément a pour but d'informer et de compléter l'autre.³⁵

Les lignes directrices de 2011 expliquent aussi le ratio de détournement et semblent reconnaître son rôle dans l'analyse de la pression à la hausse sur les prix³⁶. On reconnaît aussi que cette analyse comporte un effet direct (l'augmentation de prix qui maximise les profits de l'entité issue de la fusion compte tenu des prix des concurrents) et un effet indirect qui tient compte des prix (ou des autres mesures) qu'établissent les concurrents en réponse³⁷.

Les lignes directrices de 2011 comprennent aussi une partie sur l'analyse de l'effet anticoncurrentiel des fusions dans les marchés d'enchères. Le Bureau reconnaît que ce qui compte dans un marché d'enchères, c'est la proximité des sociétés fusionnantes comme offrants et s'il y a d'autres offrants aussi près³⁸. Le traitement des effets coordonnés demeure en grande partie le même, mais se pose la question de savoir si son utilisation va au-delà du renforcement d'une preuve d'effets unilatéraux. À cet égard, des éléments de preuve indiquent que la méthode des effets coordonnés est appliquée par la Commission fédérale du commerce aux États-Unis³⁹.

La simulation de fusion est attrayante pour les économistes, car elle permet une prédiction quantitative de l'effet anticoncurrentiel d'une fusion et fait reposer l'analyse sur la corrélation entre les présomptions du modèle et les faits de l'affaire en cause. Il s'agit d'un progrès considérable lorsqu'on tente de déduire la probabilité de diminution sensible simplement en recensant les

facteurs prévus par l'art. 93 et les parts de marché. Le professeur Slade donne un exemple qui parle à la plupart d'entre nous :

[TRADUCTION] Une fusion entre deux sociétés qui produisent des bières lager peut avoir des conséquences très différentes d'une fusion entre un producteur de bières lager et un producteur de bières stout même si l'indice de Herfindahl Hirschman (IHH) change du même nombre après les deux fusions⁴⁰.

Cela dit, les modèles de simulation peuvent produire des résultats très différents selon les hypothèses utilisées, et il faut beaucoup d'expérience pour établir des modèles exacts⁴¹. Ces modèles sont un peu comme des boîtes noires et il se peut que dans certains cas, le choix de l'un ou de l'autre dépende du témoignage d'économétriciens experts opposés plutôt que de celui d'économistes. Cela ne semble pas avoir causé de problème au Canada jusqu'à maintenant. Les affaires de fusion reposent de plus en plus sur des aspects économiques plutôt que juridiques, mais les questions soulevées par les sciences économiques sont plus conceptuelles que techniques. La définition du marché et l'analyse structurelle peuvent régler ces questions. Par exemple, les conclusions tirées par le Tribunal concernant la définition du marché dans *Canadian Waste Services* ont peut-être été causées par son manque de compréhension de la distinction entre les loyers ricardiens et les profits supranormaux⁴².

Les économistes et l'article 96

L'article 96 de la *Loi sur la concurrence* de 1986 reflète l'opinion assez générale de longue date selon laquelle la politique sur la concurrence dans une petite économie ouverte devrait accorder la priorité à l'efficacité des producteurs nationaux par rapport aux préoccupations relatives à leur concentration. La Commission royale Macdonald a exprimé ainsi cette opinion :

Pour que nos producteurs profitent d'économies de grande échelle, il faut qu'ils soient grands par rapport au marché canadien. En outre, à mesure que la production se rationalise, un certain nombre d'industries canadiennes risquent de devenir encore plus concentrées, ce qui ne serait pas mauvais⁴³.

L'article 96 interdit au tribunal de rendre une ordonnance réparatrice contre une fusion qui, selon lui, empêche ou diminue sensiblement la concurrence si la fusion entraînerait des gains en efficacité qui surpasseraient et neutraliseraient son effet anticoncurrentiel. À l'époque, cette volonté d'examiner l'effet net d'une fusion ou d'une acquisition sur la productivité économique nationale était considérée comme un progrès important par rapport à la législation sur la concurrence en vigueur ailleurs :

[TRADUCTION] Les observateurs ont souvent prétendu que la législation sur la concurrence du Canada figure parmi les plus économiquement avancées du monde. En grande partie, cette prétention est fondée sur la reconnaissance explicitement attribuée à l'efficacité comme critère général dans la *Loi sur la concurrence* (la « Loi ») (article 1.1) et comme critère spécifique dans l'étude des fusions.⁴⁴

Le libellé de l'article 96 (ci-après l'art. 96) donne ouverture à une variété d'interprétations à plusieurs égards⁴⁵. Il est apparu clairement par la suite que ce que les économistes avaient en tête était un bénéfice : une analyse de coût où le bénéfice serait la valeur en dollars des économies réalisées par l'entité issue de la fusion par suite de la fusion et où le coût serait la valeur en dollars de l'effet anticoncurrentiel. Il s'agissait donc de définir les économies admissibles et l'effet anticoncurrentiel.

Le Bureau a exprimé ses opinions à cet égard dans les lignes directrices de 1991 pour l'application de la loi en matière de fusions. La définition des économies admissibles était relativement peu controversée. Lors des premières années, les économies typiques découlaient de la rationalisation et de la spécialisation de la production de même que de la logistique plutôt que d'économies de grande échelle. On a défini l'effet anticoncurrentiel comme la perte en efficacité (perte sèche) de la répartition découlant de prix supraconcurrentiels par l'entité issue de la fusion :

Lorsqu'un fusionnement donne lieu à une augmentation des prix, il crée à la fois un effet de redistribution neutre et un effet négatif, du point de vue de la répartition des ressources, sur le surplus total (surplus du producteur et surplus du consommateur) au Canada. Les gains en efficacité décrits ci-dessus sont comparés au dernier de ces effets, c'est-à-dire à la perte sèche pour l'économie canadienne.

Lorsqu'il évaluera l'étendue des effets négatifs des fusionnements sur la répartition des ressources, le Bureau tiendra compte des pertes supplémentaires au chapitre du surplus total qui se produisent lorsqu'une puissance commerciale s'exerce sur le marché pertinent avant le fusionnement. Il tiendra compte aussi des pertes semblables résultant du fait que les coûts fixes se trouvent répartis sur une production moins grande⁴⁶.

Manifestement, le Bureau de la concurrence et d'autres personnes reconnaissent qu'en présence d'une puissance commerciale antérieure à la fusion,

la perte sèche comprend un élément de perte du surplus du producteur et de surplus du consommateur et a donc une ampleur plus grande que la zone du « triangle de Harberger »⁴⁷.

La présomption selon laquelle les transferts entre les Canadiens s'annulent et que c'est l'effet net d'une fusion sur le surplus économique qui compte en est venue à être appelée la norme du surplus total. Essentiellement, on estime que ce qui compte le plus consiste à savoir si le surplus économique (la taille de la tarte) a augmenté et qu'il est à la fois coûteux et parfois impossible de connaître les caractéristiques respectives ou même l'identité des gagnants et des perdants de ce changement économique. Les sciences économiques ne permettent pas de déterminer lequel d'entre eux est le plus méritant. On a estimé qu'un traitement similaire constituait une option par défaut raisonnable. Pendant le débat qui a suivi au sujet de l'application de l'art. 96, toutefois, on a souligné que si on ne connaît rien au sujet des gagnants et des perdants, un traitement similaire n'est pas mieux ou pire qu'un traitement différent⁴⁸. La présomption qu'un dollar vaut un dollar pour les gagnants et les perdants laisse aussi entendre un jugement de valeur.

La norme du surplus total a emporté l'adhésion des économistes, mais le scepticisme des juges s'est rapidement manifesté dans la décision rendue par le Tribunal dans *Hillsdown* et d'autres signes de mécontentement à l'avenir⁴⁹. Des discours prononcés par le commissaire de la concurrence et d'autres membres du personnel du Bureau indiquaient que la défense des gains en efficacité ne s'appliquait pas dans les cas de fusion entraînant un monopole. Trebilcock et Winter ont été les premiers à soutenir que, sur le plan des sciences économiques, cela était illogique⁵⁰. Ils ont notamment souligné qu'étant donné que le critère du monopoleur hypothétique du Bureau définit un marché pertinent comme un marché où un monopoleur hypothétique pourrait de façon rentable augmenter le prix du marché de 5 pour cent ou plus au-delà du niveau concurrentiel, une fusion qui ferait augmenter les prix de 5 pour cent constituerait une fusion menant à un monopole nonobstant le nombre de concurrents sur le marché. Ils ont ajouté que si les coûts diminuent suffisamment, même une fusion menant à un monopole peut entraîner des diminutions de prix, de sorte que tous en profitent.

La situation a rapidement été exposée au grand jour dans l'affaire *Supérieur Propane*, que le Tribunal de la concurrence a entendue à compter de septembre 1999⁵¹. L'affaire portait sur la fusion de deux distributeurs de propane dont la part de marché combinée excédait 70 pour cent à l'échelle nationale et 80 % dans 32 des 74 marchés locaux.

Le Tribunal a rendu sa décision en août 2000. On retrouve parmi ses

conclusions à l'égard des facteurs de l'art. 93 que les obstacles à l'entrée ou à l'expansion étaient importants, que la fusion éliminait un concurrent vigoureux et efficace et que la concurrence restante serait inefficace. À la lumière du témoignage économétrique de l'un des économistes experts du commissaire, le Tribunal a conclu que la fusion entraînerait des augmentations de prix d'au moins huit pour cent. Le Tribunal estimait que la fusion empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence dans tous les marchés locaux sauf quelques-uns.

Ayant conclu à une diminution sensible, le Tribunal a examiné l'exception des gains en efficacité prévue par l'art. 96. Le Tribunal a jugé que les gains en efficacité admissibles s'élevaient à 29,2 millions de dollars (annuellement). Quant à l'effet anticoncurrentiel, le commissaire a abandonné la norme du surplus total dans les lignes directrices 1991 sur l'application de la loi en matière de fusions, soutenant plutôt qu'il fallait accorder plus de poids aux pertes des consommateurs qu'aux gains des producteurs. La méthode spécifique avancée par l'expert du commissaire dans ce domaine, le professeur Townley, revenait pour le Tribunal à trouver le poids supplémentaire qu'il fallait attribuer aux pertes des consommateurs pour les rendre égales aux gains des producteurs pour ensuite déterminer si ce poids était raisonnable. C'est ce qu'on a appelé par la suite la norme des poids compensateurs.

Le Tribunal a rejeté cette norme pour diverses raisons, notamment parce qu'il n'était pas en mesure ni n'avait le mandat de se prononcer sur des répartitions sociopolitiques, choisissant plutôt d'appliquer la norme du surplus total. Selon la preuve du commissaire, la perte sèche du surplus (qui s'est révélée être seulement la perte sèche du surplus du consommateur) s'élevait à environ 3 millions de dollars annuellement. Ajoutant une autre somme de 3 millions de dollars pour les effets anticoncurrentiels qualitatifs, le Tribunal a conclu que le gain annuel en efficacité de 29,2 millions de dollars réalisé par l'entité issue de la fusion surpassait et neutralisait l'effet anticoncurrentiel annuel de 6 millions de dollars et, dans une décision partagée, a refusé de rendre l'ordonnance de dessaisissement sollicitée par le commissaire.

La décision du Tribunal a suscité des commentaires immédiats tant de la part des avocats spécialisés en droit de la concurrence que de la part des économistes⁵². Le professeur Ware s'est dit surpris que l'expert du commissaire, le professeur Ward, ait apparemment employé ce qu'on appelle le modèle de la compensation naïve⁵³, qui ne suppose aucune puissance commerciale antérieure à la fusion dans l'estimation de l'effet anticoncurrentiel de la fusion :

[TRADUCTION] Je suis surpris que le Bureau n'ait pas produit d'éléments de preuve sur cette question puisqu'il semble croire que

bon nombre des marchés pertinents avant la fusion constituaient des duopoles avec quelques acteurs secondaires. Williamson et d'autres observateurs ont reconnu que la puissance commerciale antérieure fait augmenter considérablement l'ampleur de la perte sèche ...⁵⁴

Les professeurs Mathewson et Winter ont estimé ce qu'aurait été l'ampleur de l'effet anticoncurrentiel (perte sèche) si la puissance commerciale antérieure à la fusion avait été prise en considération. Ils ont conclu que cet effet serait environ 8,5 fois plus important que l'estimation de perte sèche utilisée par l'un des témoins experts du commissaire, le professeur Ward⁵⁵. Cela se traduirait par environ 25,5 millions de dollars. Avec l'ajout des effets anticoncurrentiels qualitatifs de 3 millions de dollars, la perte sèche se serait rapprochée de beaucoup du gain en efficience de 29,2 millions de dollars. Mathewson et Winter ont fait remarquer que la différence entre les gains en efficience admissibles et la perte sèche (convenablement calculée) se situe bien en deçà de la marge d'erreur probable compte tenu de la nature de la preuve en cause. Cela signifie manifestement que si l'estimation par le commissaire de l'effet anticoncurrentiel de la fusion avait été exacte, il aurait eu gain de cause selon la norme du surplus total, c.-à-d., sans recourir aux poids différenciés répartis.

Le professeur Ware a aussi corrigé certaines des erreurs commises en sciences économiques par Mme Lloyd, membre non judiciaire du Tribunal, dans sa dissidence. Il a expliqué que la perte sèche découlant d'une fusion n'est pas plus basse dans les marchés à demande non élastique et que l'article 96 ne favorise pas les fusions dans ces marchés. Il est vrai que la perte sèche découlant d'une augmentation de prix donnée est plus faible en cas de demande moins élastique, mais l'augmentation de prix postérieure à la fusion doit elle-même être supérieure, si la demande est moins élastique. L'effet net est donc que plus la perte sèche découlant d'une fusion est importante, moins la demande du marché est élastique, et l'art. 96 ne favorise pas l'un ou l'autre. D'ailleurs, cette relation inversement proportionnelle entre la perte sèche et l'élasticité de la demande ressortait du témoignage du professeur Ward, ce qu'a souligné un autre membre non judiciaire du Tribunal, M. Schwartz, dans ses motifs concordants⁵⁶.

Le commissaire a interjeté appel contre la décision du Tribunal dans *Supérieur Propane* auprès de la Cour d'appel fédérale. Dans son appel, le commissaire a abandonné la méthode des poids compensateurs pour l'application de l'art. 96 qu'avait mise de l'avant son économiste expert, le professeur Townley, en faveur d'une méthode qui avait été suggérée par le Tribunal dans sa décision *Hillsdown* et qui avait été qualifiée soit de norme du surplus du consommateur, soit

de norme *Hillsdown*. Selon cette norme, le gain en efficience doit surpasser la somme de la perte sèche du surplus du consommateur plus le transfert des consommateurs aux producteurs afin d'être admissible à l'exception pour gain en efficience. Cette méthode a fait l'objet de critiques acerbes de la part des économistes en raison de son manque d'uniformité et de son absence de fondement en économie du bien-être⁵⁷.

En avril 2001, la Cour a rendu sa décision par laquelle elle accueillait l'appel du commissaire et renvoyait l'affaire au Tribunal pour réexamen. La Cour a conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des objectifs de la *Loi sur la concurrence* (énoncés à l'art. 1.1), à l'exception de l'efficience économique, pour l'application de l'art. 96. La Cour n'a pas précisé de critère, mais a déclaré que la norme que le Tribunal choisirait doit mieux refléter les objectifs de la Loi que la norme du surplus total. La Cour a cependant déclaré que la méthode des poids compensateurs satisfierait à cette exigence.

La décision rendue en avril 2001 par la Cour d'appel fédérale comportait plusieurs erreurs d'analyse économique, même s'il ne s'agissait pas du seul participant à en commettre. Le professeur Ware a abordé certaines de ces erreurs⁵⁸. Il a expliqué que, contrairement à l'affirmation de la Cour, la norme du surplus total fait en sorte qu'il est *plus* difficile de justifier les fusions entre fournisseurs de produits pour lesquels la demande est relativement non élastique. Il a ajouté que, contrairement encore une fois à l'affirmation de la Cour, il est courant en analyse de fusion partout dans le monde de tenir compte de l'élasticité de la demande dans le marché pertinent comme facteur touchant l'ampleur de tout effet anticoncurrentiel.

Le professeur Ware a mentionné que la Cour semblait avoir l'impression que la méthode des poids compensateurs qu'il avait recommandée pondérerait en quelque sorte l'ensemble des objectifs énumérés à l'art. 1.1 de la *Loi* plutôt que les pertes des consommateurs et les gains des producteurs. Il a appliqué la méthode des poids compensateurs suggérée par le professeur Townley aux faits de l'affaire et a constaté que les pertes des consommateurs correspondraient aux gains des producteurs si elles se faisaient attribuer un poids supérieur de 50 pour cent à ces gains⁵⁹. Il reviendrait ensuite au Tribunal de déterminer si un écart de poids de cette ampleur se justifie.

Le Tribunal a rendu sa décision après réexamen en avril 2002. Le Tribunal a réitéré son opinion selon laquelle c'est l'efficience plutôt que la protection des consommateurs qui constitue l'objectif fondamental de la *Loi*. Conformément à la décision de la Cour d'appel fédérale, cependant, il a appliqué la méthode des poids compensateurs à la comparaison entre les pertes des consommateurs et les gains des producteurs. Le Tribunal a retenu des textes sur

les finances publiques que l'effet net des taxes, des impôts et des divers programmes gouvernementaux de dépenses consiste à redistribuer la richesse en faveur des pauvres plutôt que, de façon plus générale, des plus riches aux moins riches. Le Tribunal a ensuite conclu que la consommation de propane par les ménages se fait sous forme de propane en bouteille et qu'en raison de l'absence de bonnes solutions de rechange, les augmentations de prix pourraient être lourdes pour les clients à faible revenu. Le Tribunal a estimé que la valeur de la consommation de propane en bouteille par les clients à faible revenu (qu'il a définis comme les clients se trouvant dans la tranche la plus basse de 20 pour cent de la répartition des revenus) s'établissait à 2,6 millions de dollars, somme qu'il a ensuite ajoutée à l'effet anticoncurrentiel de 6 millions de dollars (perte sèche plus effets qualitatifs) auquel il avait conclu dans sa décision initiale, ce qui se traduit au total par une perte sèche, un effet qualitatif et un transfert de richesse défavorable combinés de 8,6 millions de dollars. Cette somme était toujours nettement inférieure aux 29 millions de dollars de gains en efficience, ce qui a amené le Tribunal à conclure que même si on tient compte des conséquences défavorables de la fusion en matière de redistribution, les gains en efficience que la fusion suscite suffisent pour neutraliser ses effets anticoncurrentiels selon tout ensemble de poids raisonnable.

Le commissaire a immédiatement interjeté appel contre la décision de réexamen du Tribunal au motif que le Tribunal n'avait pas suffisamment tenu compte des effets de redistribution de la fusion, mais cet appel a été rejeté en janvier 2003. S'ensuivit une série de tentatives de modification de l'art. 96 à compter du printemps 2003 au moyen d'un projet de loi d'origine parlementaire (C-249) qui aurait fait des gains en efficience un facteur dont peut tenir compte le Tribunal seulement dans la mesure où les avantages sont transmis aux consommateurs.

Le projet de loi C-249 était appuyé par le commissaire de la concurrence et a été adopté à la Chambre des communes. Le projet de loi a été vertement critiqué par les avocats spécialisés en droit de la concurrence devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce et est mort au feuillet. La façon dont le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a abordé le projet de loi C-249 a aussi été critiquée par les économistes et les avocats spécialisés en droit de la concurrence. M. Duhamel et le professeur Townley font remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Si ces députés avaient été informés de façon exhaustive des lacunes dans l'application de l'article 96 par le commissaire – qui ont fait l'objet de plusieurs articles publiés – ils auraient peut-être conclu qu'aucune mesure législative n'était requise. ...

Nous soulignons que les partisans du projet de loi C-249 n'ont pas pu produire un seul économiste universitaire prêt à l'appuyer. Étant donné que la *Loi sur la concurrence* est une loi-cadre en matière économique, nous estimons que cela est révélateur.⁶⁰

Les économistes ne voyaient pas la nécessité de modifier l'art. 96. Les professeurs Ross et Winter ont soutenu que par suite de la décision de réexamen rendue par le Tribunal dans *Supérieur*, la jurisprudence relative à l'art. 96 était non seulement [TRADUCTION] « étonnamment précise », mais aussi compatible avec la théorie économique⁶¹. Fait plus important, ces auteurs ont fait valoir que les poids respectifs que le Tribunal attribuerait probablement aux pertes du surplus des consommateurs et aux gains du surplus des producteurs compte tenu du précédent *Supérieur* différeraient dans la plupart des cas d'un montant minuscule par rapport aux poids égaux qu'il aurait appliqués suivant la norme du surplus total⁶².

Selon le raisonnement suivi par Ross et Winter, le Tribunal a trouvé une affaire lui permettant de tenir compte des effets de redistribution d'une fusion seulement dans la mesure où ils touchaient les « pauvres » qu'il avait définis arbitrairement comme les consommateurs se situant dans la tranche de 20 pour cent la plus faible de la répartition des revenus⁶³. Puisque la consommation de la plupart des produits est généralement plus élevée dans les ménages à revenus supérieurs, la tranche la plus basse de 20 pour cent des consommateurs compte généralement pour beaucoup moins que 20 pour cent des dépenses à l'égard de ces produits. Par conséquent, même si la valeur d'un dollar dans les mains d'un pauvre (la tranche inférieure de 20 pour cent) était jugée beaucoup plus élevée que la valeur d'un dollar dans les mains des producteurs et des autres consommateurs, la fraction des dépenses en cause est suffisamment faible pour que les poids respectifs attribués aux gains du producteur et aux pertes des consommateurs suivant la méthode des poids compensateurs ne différeraient pas beaucoup des poids égaux que laisse entendre la norme du surplus total.

À titre d'exemple, l'analyse de Ross et Winter donne à penser que si la valeur d'un dollar dans les mains d'un pauvre est évaluée à 50 pour cent de plus que la valeur d'un dollar dans les mains des producteurs et des autres consommateurs et si la tranche inférieure de 20 pour cent de la répartition des revenus (les pauvres) compte pour 10 pour cent des dépenses relatives au produit en cause, les poids de référence appliqués aux pertes des consommateurs et aux gains des producteurs respectivement s'établiraient à 0,512 et à 0,488 plutôt qu'aux poids de 0,5 et 0,5 qui seraient appliqués suivant la norme du surplus total⁶⁴. Ross et Winter ajoutent que les poids de répartition de référence qu'ils

calculent se rapprocheraient encore davantage de l'égalité si on tenait compte du fardeau excédentaire évité quant aux impôts que le gouvernement aurait par ailleurs été obligé de prélever sans les revenus fiscaux additionnels qu'il tire des bénéfices de l'entité issue de la fusion⁶⁵.

M. Duhamel et le professeur Townley n'ont pas non plus vu la nécessité de modifier l'art. 96. Ils se sont réjouis de la reconnaissance par Ross et Winter du groupement des poids de répartition en économie du bien-être, quoiqu'ils considéraient que l'approche utilisée par Ross et Winter pour tirer des poids de répartition par défaut [TRADUCTION] « pourrait constituer un pas en arrière »⁶⁶. D'après eux, l'utilisation de poids de répartition ne devrait pas se limiter aux affaires où les effets de distribution d'une fusion sont manifestes, et les poids eux-mêmes devraient être fondés sur des renseignements propres à l'affaire concernant les gagnants et les perdants plutôt que sur des suppositions générales au sujet de la proportion des ventes probables aux clients pauvres sur le marché pertinent⁶⁷.

Comme Ross et Winter le font cependant remarquer, leur méthode donne au Tribunal la souplesse de tenir compte des renseignements propres à l'affaire. Prenons l'exemple d'un produit adoré par les professeurs de microéconomie intermédiaire. Supposons qu'il y a une fusion anticoncurrentielle dans le marché des pommes de terre et que les pauvres comptent pour 50 pour cent des ventes de pommes de terre. Si la valeur d'un dollar dans les mains d'un pauvre est évaluée à 50 pour cent de plus que la valeur d'un dollar dans les mains des producteurs et des autres consommateurs, les poids que Ross et Winter accorderaient aux gains des producteurs et aux pertes des consommateurs s'établiraient respectivement à 0,44 et 0,56. Si la valeur d'un dollar dans les mains d'un pauvre est évaluée au double de la valeur d'un dollar dans les mains des producteurs et des autres consommateurs, les poids devraient s'établir respectivement à 0,40 et à 0,60.

En ce qui a trait à la situation relative de ceux qui sont favorisés et de ceux qui sont défavorisés par une fusion, il se pourrait que les actionnaires de l'entité issue de la fusion soient beaucoup plus riches que *tous* les consommateurs du produit en cause et que le Tribunal puisse relever dans l'état de la politique publique un élément qui sous-entend que leurs gains devraient se faire attribuer moins de poids. D'un autre côté, il semble que la secrétaire de Warren Buffet soit assujettie à un taux d'imposition plus élevé que lui.

D'autres ont continué de considérer incertaine l'interprétation de l'art. 96 et de suggérer des solutions de rechange. Un groupe consultatif convoqué par le Bureau de la concurrence a conclu en 2005 qu'il n'était pas satisfait des poids compensateurs au motif que ceux-ci sont lourds, imprévisibles et très

complexes. Le groupe a convenu qu'une fusion qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence devrait être autorisée lorsqu'elle produit des gains en efficience neutralisants suffisants, mais il a aussi déclaré que l'exception des gains en efficience ne devrait pas pouvoir être invoquée dans le cas d'une fusion menant à un monopole.

Dans un exposé publié en 2006, Margaret Sanderson a examiné les nombreuses suggestions de modifications de l'art. 96⁶⁸. Elle était d'avis qu'à la lumière de la preuve selon laquelle la méthode des poids compensateurs mène généralement à la même conclusion que la norme du surplus total et que la méthode des poids compensateurs donnerait au Tribunal la souplesse nécessaire pour examiner les rares affaires dans lesquelles une fusion a des incidences défavorables importantes sur la répartition de la richesse, aucune des modifications proposées de l'art. 96 ne représentait une amélioration par rapport au *statu quo*.

À la suite de cette série de tentatives et de propositions de modifications, de consultations et de rapports, le Bureau de la concurrence a exprimé ses opinions dans son bulletin de 2009 intitulé *Le traitement des gains en efficience dans le cadre de l'examen d'une fusion* et dans les lignes directrices 2011 sur l'application de la loi en matière de fusions qui ont remplacé le bulletin. Le bulletin 2009 déclare que le Bureau sera guidé par la décision rendue par le Tribunal dans *Supérieur Propane*⁶⁹. Ce faisant, le Bureau semble perpétuer une erreur dans la méthode du Tribunal qu'ont détectée Duhamel et Townley et qui réside dans le fait que le Tribunal applique les poids compensateurs à l'élément de transfert des pertes du surplus des consommateurs et des gains du surplus des producteurs par opposition à l'ensemble des pertes du surplus des consommateurs et à l'ensemble des gains du surplus des producteurs⁷⁰. Le bulletin prévoit aussi la possibilité de l'application de la méthode des poids compensateurs aux situations dans lesquelles les actionnaires sont très riches et les clients commerciaux de l'entité issue de la fusion peuvent transmettre les augmentations de prix aux clients pauvres. Cela pourrait compliquer considérablement l'application de l'art. 96.

Les lignes directrices de 2011 sur l'application de la loi en matière de fusions limitent l'analyse des effets de redistribution à un paragraphe très court où ils sont considérés comme l'un des effets anticoncurrentiels possibles d'une fusion sur les prix :

Les augmentations de prix découlant d'une fusion anticoncurrentielle entraînent un effet de redistribution (« transfert des richesses ») des acheteurs aux vendeurs. Un des objectifs de la *Loi* est d'assurer aux acheteurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.⁷¹

Les lignes directrices passent plutôt en revue, de façon beaucoup plus approfondie, les types de pertes en efficience qu'une fusion est susceptible de causer, ce qui comprend les pertes de production et d'efficience dynamique causées par la protection accrue contre les forces concurrentielles après la fusion. À cet égard, il se pourrait que les lignes directrices s'appuient sur l'observation du Groupe d'études sur les politiques en matière de concurrence selon laquelle l'évaluation des fusions doit mettre davantage l'accent sur les gains en efficience⁷².

En ce qui concerne l'art. 96, il est vrai que la question de son application ne se pose pas très souvent. Et si elle se pose, il est difficile de croire que la commissaire se satisferait des poids par défaut calculés au moyen de la méthodologie de Ross et Winter. La façon dont Ross et Winter ou même le professeur Townley appliqueraient les poids compensateurs n'est pas nécessairement ce qu'avait à l'esprit la Cour d'appel fédérale. L'évaluation par le Tribunal, selon laquelle la politique publique vise seulement la redistribution en ce qui concerne les pauvres, serait vraisemblablement contestée. Les avocats entreprenants pourraient soutenir que les actionnaires font partie de la tranche privilégiée de 1 % de la population ou, encore pire, que certains pourraient être des « étrangers ».

Le problème réside essentiellement dans le fait qu'une fois qu'on applique la méthodologie complète de l'analyse bénéfice-coût, il est possible de remettre en question bon nombre des suppositions qui sous-tendent non seulement l'analyse de la compensation, mais aussi les gains en efficience de référence qui s'appliquent à l'évaluation de diverses formes de comportement de marché. La politique sur la concurrence présume que les prix du marché reflètent les coûts d'occasion. Qu'en est-il si tel n'est pas le cas? Que se passe-t-il si des travailleurs mis à pied par suite d'une fusion font face à une longue période de chômage? Que dire si des sociétés exclues du marché par une convention de regroupement doivent mettre à pied des travailleurs dans une région à chômage élevé? La question qui se pose est de savoir combien d'objectifs la politique sur la concurrence peut-elle poursuivre avant de perdre son orientation et sa clarté analytique?

Comme le professeur Ross l'a souligné, il n'y a pas si longtemps que la politique sur la concurrence était handicapée par plusieurs objectifs⁷³. L'évolution de cette politique au point où elle est axée, de façon prévisible et logique, sur la meilleure utilisation des ressources de la société constituée, comme l'a déclaré le professeur Trebilcock, [TRADUCTION] « le progrès le plus important dans la façon de concevoir la politique sur la concurrence au cours des 30 dernières années »⁷⁴. Il existe des moyens raisonnables d'appliquer la méthode des poids compensateurs, mais il y a aussi des moyens qui pourraient sacrifier

l'orientation, la clarté et l'uniformité durement réalisées de la politique sur la concurrence, à tout le moins dans son application aux fusions.

L'évaluation économique des restrictions horizontales

Comme c'était le cas avec la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*, les accords qui limitent indûment la production ou les établissements, qui empêchent, limitent ou diminuent indûment la production, qui font augmenter de façon déraisonnable le prix d'un produit ou qui limitent ou diminuent indûment la concurrence constituaient des infractions pénales selon l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence* de 1986. L'art. 45 et ses versions antérieures prévoyaient aussi des moyens de défense limités concernant certains types d'accord, comme la collaboration dans la recherche et le développement ou dans la définition de normes de produit ou de tailles communes de paquet. Ces moyens de défense ne s'appliquaient cependant pas si ces accords étaient aussi susceptibles soit de diminuer indûment la concurrence à l'égard des prix, de la quantité ou de la qualité, des marchés ou des clients ou des modes de distribution, soit de restreindre l'entrée.

On se questionnait depuis longtemps sur l'efficacité de l'art. 45 et de ses versions antérieures contre les restrictions pures et simples. Les restrictions pures et simples sont des accords entre concurrents prévoyant la fixation des prix, la restriction de la production ou la répartition de marchés ou de clients. Les économistes les considèrent comme n'ayant aucun autre but que d'éliminer la concurrence. Étant donné que, par définition, on a peu à perdre en interdisant simplement les accords de cette nature, on pouvait soutenir de façon convaincante qu'ils étaient intrinsèquement illégaux.

Le *Interim Report on Competition Policy* du Conseil économique déclarait qu'une pratique est susceptible d'illégalité intrinsèque :

[TRADUCTION] Si la pratique en question semble, après analyse, contraire à l'intérêt public et n'entraîner que rarement, voire jamais, d'avantages importants pour le public. Lorsque ces conditions sont réunies, on peut considérer que l'avantage plus important et la certitude qu'offre une interdiction totale l'emportent sur le coût de l'élimination des quelques cas où la pratique est susceptible d'entraîner un avantage net pour le public.⁷⁵

La jurisprudence liée à l'art. 45 et à ses versions antérieures a évolué de manière à exiger notamment qu'un accord visant l'empêchement ou la diminution de la concurrence englobe une partie considérable du marché pertinent afin que cet empêchement ou cette diminution soit réputé indu. Ainsi, on déterminait si un accord de fixation des prix constituait une infraction ou non

selon les circonstances du marché. Pour cette raison, les infractions visées par l'art. 45 ont été qualifiées d'infractions selon la « règle partielle de la raison » plutôt que d'infractions intrinsèques.

L'exigence de caractère indu était utile pour écarter les accords entre sociétés dénuées de puissance commerciale, mais présentait aussi des avantages considérables. Les opinions des tribunaux sur le seuil de part de marché auquel l'empêchement ou la diminution de la concurrence convenu devenait indu différaient beaucoup, ce qui a entraîné de l'incertitude concernant les circonstances de marché donnant ouverture à l'application de l'art. 45. L'imprécision et l'exigence de caractère indu a aussi parfois mené les tribunaux à accepter pour la fixation de prix des justifications disculpatoires dont la pertinence économique était douteuse. Fait peut-être plus important, était jugé trop lourd le fardeau de définir le marché pertinent et prouver hors de tout doute raisonnable que les circonstances concurrentielles étaient telles que l'accusé disposait de suffisamment de puissance commerciale pour satisfaire à l'exigence du caractère indu. Par conséquent, certains accords anticoncurrentiels pourraient avoir évité la condamnation. On a invoqué à l'appui de cet argument le faible taux de causes de cartel contestées gagnées par la Couronne⁷⁶.

Les économistes désapprouvaient cette situation. Le professeur Stanbury a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] La tolérance de toutes sortes d'accords de fixation de prix et de partage de marchés sape les principes les plus fondamentaux d'une économie de marché, à savoir que les vendeurs agissent indépendamment afin d'obtenir un avantage concurrentiel⁷⁷.

Le *Interim Report on Competition Policy* du Conseil économique du Canada avait recommandé en 1969 que la version antérieure de l'art. 45 (art. 32 de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*) [TRADUCTION] « soit reformulée de manière à devenir autant que possible une interdiction intrinsèque » d'accords de collusion prévoyant la fixation des prix, la répartition des marchés ou l'empêchement de l'entrée⁷⁸.

Le Conseil a ensuite déterminé si une interdiction intrinsèque des accords horizontaux de collusion pouvait se passer du qualificatif « indûment ». Cela a lancé une discussion de politiques qui devait se poursuivre pendant les 35 années suivantes. Selon l'argument favorable à la conservation du qualificatif « indûment », les tribunaux devraient continuer de mesurer les marchés, ce qui entraînerait une perte de clarté et de dissuasion. Selon l'argument en faveur de la conservation du qualificatif « indûment », en plus d'écarter les

affaires mineures, cela mettrait à l'abri des poursuites les chaînes de détaillants volontaires alors émergentes, que le Conseil considérerait comme proconcurrentielles⁷⁹. On croyait qu'en l'absence du qualificatif « indûment », il faudrait intégrer d'autres termes qualificatifs pour exonérer les accords horizontaux de cette nature. Le Conseil a aussi recommandé que le qualificatif « indûment » ou tout autre qualificatif ne s'applique pas au truquage des offres.

D'autres économistes étaient d'avis que le qualificatif « indûment » devait être éliminé. Le professeur Green a soutenu dans son traité sur l'organisation industrielle que :

[TRADUCTION] Il est difficile de voir en quoi l'intérêt privé ou l'intérêt public est servi par le recours continu au terme « indûment ». Ce terme a semé la pagaille dans la jurisprudence, menant concrètement à un effondrement du droit au cours des dernières années. Un nouveau point de vue est nécessaire. Il est peu contesté que la fixation des prix est généralement indésirable. Il est encore moins contesté que les petits marchés nationaux du Canada sont relativement concentrés. Qu'on y ajoute la protection conférée par les barrières tarifaires et on ne peut que conclure qu'une interdiction plus explicite de la collusion est justifiée pour garantir un comportement concurrentiel au Canada. Il est plus logique de réprimer toutes les tentatives collectives de diminuer la concurrence, et non pas seulement celles qui sont « indues ».⁸⁰

Dans son traité sur l'organisation industrielle, le professeur Perrakis a fait remarquer que l'exigence de caractère indu [TRADUCTION] « semble indiquer implicitement qu'il y a un niveau acceptable de diminution de la concurrence par les prix »⁸¹. Il a ajouté que [TRADUCTION] « il est impossible de démontrer sur le plan économique que l'intérêt public serait servi par la fixation des prix »⁸². Il a recommandé que tous les accords de fixation de prix soient déclarés intrinsèquement illégaux.

Entre 1971 et 1986, on a tenté en vain à trois reprises d'éliminer le qualificatif « indûment » des versions antérieures de l'art. 45⁸³. Toutefois, la recommandation par le Conseil économique que le truquage des offres soit considéré comme une infraction intrinsèque a été mise en œuvre au moyen des modifications apportées en 1976 à la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*.

Avec l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, la préoccupation relative à l'art. 45 s'est manifestée à l'égard d'un deuxième volet. On a soutenu qu'en plus de permettre trop facilement les restrictions pures et simples, l'art. 45 pourrait aussi décourager les accords potentiellement proconcurrentiels entre les

concurrents. La *Loi sur la concurrence* prévoyait l'évaluation selon la règle de la raison et la pondération des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels probables des fusions horizontales et des accords de spécialisation en droit civil. L'uniformité exigeait que les accords horizontaux assortis à la fois d'effets proconcurrentiels et d'effets anticoncurrentiels soient examinés de la même façon.

L'arrêt *PANS* rendu en 1992 par la Cour suprême a attisé les préoccupations selon lesquelles l'art. 45 pouvait avoir à la fois une portée trop large et une portée trop restrictive⁸⁴. L'arrêt *PANS* a utilement éclairé la jurisprudence liée à l'art. 45, consacrant comme infractions selon la règle partielle de la raison les accords entre concurrents visant l'empêchement ou la diminution de la concurrence. Suivant la jurisprudence *PANS*, une inférence selon laquelle un accord empêche ou diminue indûment la concurrence dépendait de la puissance commerciale des accusés et de la nature de l'empêchement ou de la diminution découlant de l'accord. Les inférences de puissance commerciale étaient fondées essentiellement sur la partie du marché pertinent que visait le présumé accord, quoiqu'on ait aussi avancé d'autres facteurs structureux pour analyse comme les obstacles à l'entrée et la possibilité de substituts. Le raisonnement suivi dans *PANS* a soulevé la possibilité que des accords prévoyant des formes moins graves de restriction de la concurrence pouvaient néanmoins rendre les parties susceptibles de poursuites en vertu de l'art. 45 si elles disposaient de suffisamment de puissance commerciale.

Le cadre de l'arrêt *PANS* a été considéré compatible avec les principes économiques sous sa forme⁸⁵. Cependant, il ne permettait pas la détermination de la question de savoir si les restrictions contestées à la concurrence constituaient un volet nécessaire d'un accord plus général proconcurrentiel. Cela a suscité la crainte que la possibilité de sanctions pénales en vertu de l'art. 45 soit susceptible de dissuader les sociétés concurrentes disposant de puissance commerciale de conclure des accords horizontaux.

Tout comme la loi et la jurisprudence, la structure des entreprises et son analyse économique évoluaient. Il s'avérait que dans la « nouvelle économie », l'éventail d'accords horizontaux proconcurrentiels potentiels allait bien au-delà des chaînes volontaires de détaillants citées dans le rapport de 1969 du Conseil économique.

Les études portant sur l'économie de l'innovation soulignaient que le processus d'innovation est continu, cumulatif et interactif et qu'il va au-delà de la recherche formelle et des programmes de développement pour couvrir la production, la logistique et les activités de distribution. Ce processus comporte souvent des échanges de diverses formes d'information commerciale,

notamment l'expérience et la connaissance de la production de même que les commentaires des clients et des distributeurs. Il peut comporter une collaboration permanente avec les fournisseurs, les clients, les concurrents et les concurrents potentiels et peut emprunter la forme d'une série de petites améliorations passant inaperçues des produits, des processus ou des organisations.

Conséquence importante de l'économie de l'innovation, les échanges d'information en cause ne se limitent pas à des activités formelles proconcurrentielles précises de R & D ni à des transferts de droits de propriété intellectuelle⁸⁶. Les effets sur la concurrence sont inévitables, et le moyen de défense limité permis par l'art. 45 pour la R & D en collaboration était trop restrictif. De plus, une évaluation convenable de ces accords tiendrait compte des avantages découlant de l'activité d'innovation en cause, et la jurisprudence liée à l'art. 45 ne le permettait tout simplement pas.

En vue d'assurer le milieu des affaires que la plupart des formes d'innovation en collaboration ou, de façon plus générale, les alliances stratégiques, ne susciteraient pas de préoccupations sous le régime de l'art. 45, le Bureau de la concurrence a publié son bulletin d'information, intitulé « Les Alliances stratégiques en vertu de la *Loi sur la concurrence* », en 1995⁸⁷. Le bulletin visait à réduire le risque que des alliances bénéfiques pour l'économie ne soient pas conclues en raison d'incertitudes au sujet de leur légalité, mais il soulignait aussi que certaines caractéristiques courantes des accords d'innovation en collaboration comme l'échange de renseignements pourraient contrevenir à l'art. 45 si les sociétés participantes possédaient une puissance commerciale et si les renseignements échangés étaient jugés par le Bureau de la concurrence être délicats sur le plan de la concurrence. Rappelant aux entreprises qu'il était loisible au commissaire de recourir à l'art. 45 dans le cas où des renseignements délicats sur le plan de la concurrence sont échangés entre sociétés ayant une puissance commerciale, le bulletin a peut-être ravivé les craintes au sujet de l'effet paralysant de l'art. 45 sur les accords proconcurrentiels entre les concurrents.

Bref, il existait deux sources de pression en vue de la modification de l'art. 45. Les partisans de la réforme considéraient depuis longtemps l'art. 45 comme excessivement tolérant envers les grands cartels et, plus récemment, ils en étaient venus à le considérer comme hostile à l'égard des restrictions horizontales accessoires à la réalisation d'un objectif général proconcurrentiel. Essentiellement, on estimait que l'art. 45 avait à la fois une portée trop restrictive et une portée excessive :

[TRADUCTION] Il a une portée trop restrictive puisqu'il peut permettre aux parties à un accord manifestement anticoncurrentiel d'échapper aux sanctions. Puisque l'interdiction actuelle oblige

la Couronne à démontrer suivant la charge de preuve en matière pénale qu'un accord a diminué « indûment » la concurrence, des arguments fallacieux au sujet des avantages accessoires de la fixation des prix pourraient permettre aux auteurs de cette dernière d'échapper à une déclaration de culpabilité.

Par ailleurs, l'interdiction actuelle a une portée excessive, car elle assujettit l'ensemble des accords horizontaux à des interdictions pénales et fait peser une menace sur de nombreux accords susceptibles d'augmenter le bien-être. Hormis l'affaire évidente de fixation des prix, de nombreux accords horizontaux ont des effets ambigus sur le bien-être et ne justifient pas la dissuasion que constituent les sanctions pénales.⁸⁸

Il y avait aussi des sceptiques qui ont soutenu que le faible taux de déclarations de culpabilité obtenues par la Couronne dans les affaires contestées de cartel était causé par d'autres facteurs que le fardeau de démontrer la puissance commerciale hors de tout doute raisonnable⁸⁹. On a aussi prétendu que le taux de réussite de la Couronne paraissait considérablement meilleur lorsqu'on tenait compte des plaidoyers de culpabilité et que c'était le taux de réussite global qui comptait⁹⁰.

Plusieurs propositions réparatrices ont été avancées. Le professeur Ross a suggéré que les restrictions pures et simples soient examinées séparément des restrictions horizontales accessoires à un accord général potentiellement proconcurrentiel :

[TRADUCTION] Les accords qui n'ont aucune qualité compensatrice (c.-à-d. des restrictions « pures et simples ») seraient intrinsèquement illégaux et attireraient à leurs auteurs des sanctions pénales. Cela nécessiterait l'élimination du mot « indûment » de l'article 45 et l'ajout d'une disposition qui précise que cet article s'applique aux restrictions pures et simples.

Les accords qui comportent des caractéristiques bénéfiques (non mineures) (c.-à-d. lorsque la restriction anticoncurrentielle est accessoire) seraient assujettis à l'examen du Tribunal de la concurrence, avec une procédure et un pouvoir similaires à ceux qui s'appliquent à l'examen des fusions.⁹¹

Trebilcock et Warner ont proposé que les accords de fixation des prix entre concurrents soient considérés comme une infraction pénale intrinsèque, mais que ces concurrents puissent éviter la responsabilité criminelle en donnant un préavis au Bureau de la concurrence. Les accords visés par un tel préavis

feraient alors l'objet d'un contrôle civil par le Tribunal de la concurrence au moyen des critères appliqués aux fusions sous le régime de l'art. 92 de la *Loi sur la concurrence*⁹².

Kennish et Ross ont proposé un régime à deux volets qui donnerait au Bureau de la concurrence le choix d'intenter des poursuites pénales contre les auteurs d'accords qui éliminent simplement la concurrence sans qu'il n'y ait d'exigence de caractère indu ou de solliciter une ordonnance réparatrice de la part du Tribunal de la concurrence dans les cas où les effets anticoncurrentiels d'un accord horizontal l'emportent sur ses effets proconcurrentiels :

[TRADUCTION] Selon cette proposition, un deuxième volet civil s'ajouterait aux règles de droit sur le complot. Les accords qui ne contiennent rien de plus que des ententes de non-concurrence (c.-à-d., des restrictions « pures et simples ») seraient intrinsèquement illégaux et les parties seraient passibles de sanctions pénales, soit des amendes importantes et des peines d'emprisonnement. On pourrait atteindre ce résultat en supprimant le mot « indûment » de l'art. 45 et en ajoutant une disposition indiquant clairement que l'article s'applique seulement aux restrictions pures et simples.

Tout accord « non pur et simple » (c.-à-d., ceux qui n'ont pas comme objet unique ou prédominant une entente de non-concurrence ou ceux qui prévoient une restriction à la concurrence qui est simplement accessoire et raisonnablement nécessaire pour la réalisation d'un accord plus général) serait assujetti à l'examen du Tribunal, avec un pouvoir et une procédure analogues à ceux qui s'appliquent aux examens des fusions.⁹³

Citant le témoignage de plusieurs économistes, le Rapport 2002 du Comité de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a recommandé l'adoption de la méthode à deux volets susmentionnée pour les restrictions horizontales. En particulier, il a recommandé l'élimination du qualificatif « indûment » à l'art. 45 et l'ajout d'une exception visant les restrictions nécessaires pour la réalisation d'un objectif proconcurrentiel général. À l'égard du deuxième aspect, soit l'aspect civil, le Comité a recommandé ce qui suit :

Que le gouvernement du Canada modifie la partie de la *Loi sur la concurrence* relevant du droit civil pour y ajouter un article sur l'alliance stratégique prévoyant un examen des ententes horizontales entre concurrents. Cet article prévoirait, dans la mesure du possible, le même traitement que les dispositions d'examen des fusions (articles 92 à 96) et autoriserait le commissaire à la

concurrence à renvoyer au Tribunal de la concurrence toute entente qui a ou pourrait avoir pour effet d'empêcher ou d'amoindrir substantiellement la concurrence sur le marché.⁹⁴

S'ensuivit un long débat dont une bonne partie portait sur la formulation de la disposition législative qui ferait en sorte que la portée de l'interdiction pénale des restrictions pures et simples ne soit ni excessive, ni trop restrictive⁹⁵. Il s'agissait d'un cas classique de pondération des coûts respectifs de la surapplication ou de la sous-application de la loi. Un très grand nombre de personnes étaient d'avis qu'il était impossible de définir avec précision les restrictions pures et simples et que si le caractère indu devait être abrogé, il faudrait le remplacer par un genre d'examen de la puissance commerciale⁹⁶. On a proposé des seuils de part de marché, mais ceux-ci ressemblaient au caractère indu différemment nommé. Une autre solution consistait à limiter l'application de l'art. 45 aux ententes tacites. Comme troisième solution de rechange, on pouvait définir précisément dans la loi les restrictions pures et simples auxquelles s'appliquerait l'art. 45. En définitive, la solution adoptée a consisté à suivre en partie la recommandation formulée par le Comité de la Chambre des communes et prévoir un moyen de défense de restrictions accessoires (suivant le principe de la prépondérance des probabilités) à l'art. 45 lui-même.

A suscité moins de débats la proposition de considérer les accords horizontaux comportant à la fois des aspects proconcurrentiels et des aspects anticoncurrentiels comme des pratiques assujetties à l'examen du Tribunal de la concurrence au moyen des critères existants d'évaluation des fusions. Un observateur dissident a soutenu que les alliances stratégiques différaient de façon importante des fusions et qu'on était justifié de se demander si une alliance stratégique typique pouvait supporter le fardeau, sur les plans de l'officialisation, de la documentation, de la communication et des délais, du type d'analyse par la règle de la raison qui avait été appliquée dans les affaires de fusion⁹⁷. La préoccupation générale à cet égard réside dans le fait que, comme Richard Posner l'a exprimé, il existe [TRADUCTION] « un décalage entre le temps du droit et le temps réel de la nouvelle économie »⁹⁸.

Le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence a aussi étudié la possibilité de modifications à l'art. 45. Dans son rapport de 2008, le Groupe d'étude a recommandé la modification de la *Loi sur la concurrence* :

Les dispositions actuelles sur les complots devraient être abrogées et remplacées par une infraction criminelle per se pour prendre des mesures contre des grands cartels et par une disposition au civil pour agir contre les types d'entente entre les concurrents qui ont des effets anticoncurrentiels.⁹⁹

Des modifications à la *Loi sur la concurrence* prévoyant l'élimination du qualificatif « indûment » de l'art. 45 et prévoyant l'assujettissement à l'examen du Tribunal de la concurrence des accords horizontaux assortis à la fois d'aspects proconcurrentiels et d'aspects anticoncurrentiels en vertu d'un nouvel article 90.1 ont été adoptées en 2009 et sont entrées en vigueur en 2010.

Les Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents du Bureau de la concurrence expliquent la façon dont le Bureau appliquerait la version modifiée de l'art. 45 et le nouvel art. 90.1 ainsi que la façon dont il choisirait entre eux. À l'égard de ce choix, les lignes directrices énoncent ce qui suit :

L'interdiction criminelle modifiée est réservée aux ententes entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production qui constituent des restrictions pures et simples à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise).¹⁰⁰

Il reste à voir si le choix du mode d'application de la loi est aussi évident que l'indiquent les lignes directrices. Le Bureau s'est accordé la souplesse de passer au volet civil si son application initiale du critère sur les restrictions accessoires sous le régime du par. 45(4) le justifie. À l'égard du volet civil, les critères d'évaluation sont très similaires aux critères d'évaluation des fusions (dont l'art. 96). Les craintes au sujet de la possibilité de portée excessive de l'examen civil sont quelque peu atténuées par l'existence de refuges sûrs pour les accords entre sociétés détenant des parts de marché modestes. Nous verrons si d'autres critères d'évaluation des fusions et le processus d'évaluation des fusions lui-même s'appliqueront facilement aux alliances stratégiques.

Les pratiques en matière de prix

On retrouve parmi les pratiques en matière de prix la discrimination par les prix, les prix d'éviction et le maintien des prix (ou le maintien des prix à la revente). La *Loi sur la concurrence* de 1986 prévoyait des interdictions criminelles de ces trois pratiques en matière de prix, interdictions qui provenaient de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*. Les prix d'éviction peuvent aussi être visés comme pratique que peut examiner le Tribunal de la concurrence en droit civil.

Les dispositions pénales de la *Loi sur la discrimination par les prix* (al. 50(1) a)) et les prix d'éviction (al. 50(1)b) et al. 50(1)c)) étaient mal rédigées, incompatibles avec les enseignements des sciences économiques et, quoi qu'il en soit, n'étaient pas très utilisées¹⁰¹. Elles ont été abrogées dans le cadre des modifications de 2009 et n'ont pas été remplacées. Elles sont analysées seulement brièvement ici.

La disposition pénale sur le maintien des prix (art. 61) a compté pour une partie importante des poursuites intentées par le Bureau de la concurrence pendant une période considérable¹⁰². Les travaux des économistes ont démontré que dans la mesure où le maintien des prix était appliqué unilatéralement par une société en amont (fabricant) à des revendeurs en aval de sa marque, il était probablement socialement mineur. Après une longue lutte dans laquelle les économistes ont joué un rôle majeur, l'art. 61 a été abrogé en 2009, et le maintien des prix est devenu une pratique susceptible d'examen en droit civil (art. 76). L'influence des économistes se manifeste aussi dans la décision par la Cour suprême des États-Unis d'écarter des décisions antérieures qui considéraient le maintien des prix à la revente comme une infraction intrinsèque.

Le professeur Winter, dont la recherche est essentielle au changement de la façon dont le maintien des prix à la revente est considéré, a analysé les questions de sciences économiques de même que les rapports entre les sciences économiques et le droit dans son allocution présidentielle 2009 à l'Association canadienne d'économie¹⁰³. D'autres analyses ici mettent l'accent sur la réponse institutionnelle à ce nouvel enseignement et la façon dont il diffère entre les États-Unis et le Canada.

Les prix d'éviction ne sont plus une infraction pénale, mais ils sont susceptibles d'examen en vertu des dispositions de la *Loi sur l'abus de position dominante*, et les critères qu'utilise le Bureau de la concurrence pour établir une distinction entre les prix d'éviction et la concurrence agressive (et désirable) sur les prix sont énoncés dans ses lignes directrices sur l'abus de position dominante. L'affaire *Air Canada* est la seule affaire portant sur des prix d'éviction qui a été contestée en vertu des dispositions de la *Loi sur l'abus de position dominante*¹⁰⁴. Cela est révélateur tant à l'égard de la façon dont le Tribunal de la concurrence a décidé d'interpréter son critère prix-coût qu'à l'égard de la question générale de l'utilisation de la politique sur la concurrence pour remédier aux lacunes de la politique réglementaire.

Les économistes et le maintien des prix à la revente

Le maintien des prix à la revente (MPR) est traditionnellement considéré se produire lorsqu'une société en amont, souvent un fabricant, établit un prix donné, un prix plancher ou un prix plafond auquel les sociétés en aval, souvent des détaillants, sont autorisées à vendre son produit. Au Canada, depuis 1976, le terme « maintien des prix » vise aussi les cas où une société amène un concurrent à hausser son prix. Cela est parfois appelé maintien horizontal des prix.

La façon dont le droit de la concurrence a traité le maintien des prix à la revente constitue un exemple intéressant du rôle que peuvent jouer l'analyse

économique et les économistes eux-mêmes dans l'évolution de la loi, de la jurisprudence et de l'application de la loi. L'hostilité de la part des tribunaux au MPR (« fixation verticale des prix ») était fondée en partie sur l'observation qu'il limite la concurrence par les prix entre les distributeurs en aval ou les revendeurs. Dans des exposés qui remontent à 1960, cependant, les économistes ont démontré que même si le MPR peut faciliter un cartel entre distributeurs ou fabricants, il est aussi vrai que des marges plus élevées pour les distributeurs en aval peuvent augmenter l'attrait d'un réseau de distribution d'un fabricant d'une multitude de façons, faisant ainsi augmenter la production plutôt que de la faire diminuer¹⁰⁵. Pour les économistes, la concurrence par les prix entre distributeurs ne constitue pas une fin en soi, et son élimination peut augmenter l'efficacité (qui est l'objectif fondamental) dans diverses circonstances.

La probabilité que le MPR soit souvent socialement bénéfique milite contre une interdiction intrinsèquement pénale. Malgré le consensus de longue date entre les économistes à cet égard, le droit a pris du temps à changer tant au Canada qu'aux États-Unis. La lenteur du changement s'explique différemment d'un pays à l'autre. Aux États-Unis, il n'existe aucune disposition législative visant précisément le MPR, de sorte que le changement a emprunté la forme d'un rétrécissement évolutif par les tribunaux, avec l'appui du département de la Justice, de la portée de l'interdiction intrinsèque du MPR que consacraient les interprétations initiales de l'article 2 de la *Sherman Act*. Au Canada, le Bureau de la concurrence a répondu au nouvel enseignement en réduisant les efforts qu'il consacrait à l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* sur le MPR devant les tribunaux, mais s'est opposé à leur abrogation ou modification.

Au Canada, le MPR est devenu une infraction intrinsèquement pénale en vertu de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* en 1951. Les modifications apportées en 1976 à la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* ont élargi la disposition créant l'infraction de manière à ce qu'elle s'applique au « maintien des prix », permettant que cette disposition s'applique aux incitatifs horizontaux et verticaux à l'augmentation des prix. La *Loi sur la concurrence* de 1986 n'a aucunement modifié la disposition créant l'infraction pénale de maintien des prix (soit l'art. 61) et les choses sont demeurées telles quelles jusqu'en 2009.

On peut expliquer en partie la longue survie de l'art. 61 par le fait que ni cet article ni ses versions antérieures n'exigeaient qu'on démontre une diminution indue ou importante, ou quelque diminution que ce soit en réalité, de la concurrence pour obtenir une déclaration de culpabilité. Pour cette raison, le Bureau de la concurrence estimait qu'il s'agissait d'un moyen utile contre les accords de fixation horizontale des prix plutôt que l'art. 45, lequel exigeait que l'accord diminue indûment la concurrence.

Dans une étude de 1985 sur les restrictions verticales commandée par la Commission royale Macdonald, les professeurs Mathewson et Winter concluent que la vaste majorité des décisions canadiennes sur le MPR étaient compatibles avec l'hypothèse d'« efficience » du fabricant unique plutôt qu'avec l'hypothèse du cartel entre fabricants ou vendeurs. Ils concluent que le MPR devrait être légal sauf si on produit des éléments de preuve convaincants indiquant qu'il soutient un cartel de fabricants ou protège un cartel de détaillants établi contre l'entrée par des détaillants à escompte plus efficaces¹⁰⁶. Par la suite, la Commission royale Macdonald a recommandé, et jugeait préférable, que le MPR soit plutôt considéré comme une pratique susceptible d'examen assujetti à l'analyse par la règle de la raison au lieu de demeurer une interdiction intrinsèquement pénale¹⁰⁷.

Dans l'édition de 1985 de son traité, Christopher Green a cité les premiers travaux de Mathewson et Winter, mais a souligné que les arguments fondés sur l'efficience qu'avaient avancés les économistes n'avaient « pas établi de précédent juridique » au Canada :

[TRADUCTION] Certains économistes soutiennent que le MPR, lorsqu'entrepris par des producteurs plutôt que par un cartel de vendeurs, doit être considéré comme s'inscrivant dans un système de distribution général efficace et être présumé légal. Ce genre d'argument a contribué à une tentative par le département américain de la Justice d'assouplir l'application des règles de droit sur le MPR aux États-Unis. Au Canada, nonobstant la valeur de persuasion de cet argument sur le plan économique, il n'a pas établi de précédent juridique, parce que nous avons ici à toutes fins pratiques une règle intrinsèque interdisant le MPR.¹⁰⁸

Dans leur article de synthèse de 1998 sur l'évolution des aspects économiques du MPR et sur l'application des dispositions relatives au MPR de la *Loi sur la concurrence* pendant ses dix premières années d'existence, Mathewson et Winter expliquent que la justification d'efficience du MPR est loin de se limiter à l'élimination du problème classique « Lee Jeans » où les escompteurs bénéficient sans coûts aux points de vente des renseignements de vente et des commodités fournis par les détaillants à service complet. Les tribunaux comprennent ce problème, mais on n'a pas besoin des avantages sans coût pour offrir une justification d'efficience du MPR. Tout ce qu'il faut pour qu'un fabricant ait un incitatif à imposer un MPR, c'est que les clients qui magasinent minutieusement (qui sont sensibles aux différences des prix entre les détaillants) soient moins influencés, en moyenne, par les services de promotion des produits¹⁰⁹.

Le MPR est rentable et favorise la production pour le fabricant dans des conditions faciles à remplir, mais le groupement prix-services/caractéristiques suscité par le MPR pourrait bénéficier aux clients moins informés au détriment des clients mieux informés. Selon les caractéristiques respectives des clients moyens et marginaux de la marque en cause, le MPR peut faire augmenter ou diminuer le surplus total¹¹⁰. On estime toutefois généralement que l'analyse par la règle de la raison ne se prête pas à la détermination de questions complexes comme de savoir si les diverses propositions de valeur susceptibles d'être choisies par des sociétés concurrentes augmentent ou diminuent le surplus. Quoi qu'il en soit, cela n'a aucune importance. Les objectifs qui sous-tendent le MPR pourraient aussi être réalisés au moyen de territoires exclusifs ou d'une intégration verticale. Le premier cas est assujéti au critère de la règle de la raison (en vertu de l'art. 77) et peut faire l'objet d'une ordonnance réparatrice seulement s'il empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Le deuxième cas échappe totalement à la portée de la *Loi sur la concurrence*.

Le Bureau de la concurrence a reconnu le débat ayant lieu au sujet du bien-fondé de l'interdiction intrinsèquement pénale du MPR et a réduit le nombre des poursuites qu'il a intentées après 1990. Il semble aussi avoir changé la cible de ses activités d'application de la loi, passant d'affaires strictement verticales (et probablement mineures) à des affaires comportant un élément horizontal :

[TRADUCTION] Certains éléments de preuve indiquent qu'au cours des années 1990, le Bureau s'est chargé davantage d'affaires de maintien des prix qui comportaient un élément horizontal, et donc anticoncurrentiel, par rapport aux affaires qui étaient de nature strictement verticale. Cela est conforme à la politique établie du Bureau à l'égard de l'ordre de priorité des affaires qui accorde beaucoup d'importance aux affaires de fixation des prix et de truquage des offres puisque ces affaires sont plus susceptibles de causer les dommages économiques les plus graves. De plus, entre 1990 et 1999, aucune affaire strictement verticale n'a fait l'objet de mesures officielles d'application de la loi.¹¹¹

On semble avoir connu un certain retour en arrière pendant la période allant de 2000 à 2003, pendant laquelle seulement une des six affaires introduites contenait manifestement un élément horizontal. On a aussi vu dans cette période la première affaire strictement verticale de MPR depuis 1989 (Stroh Brewery), qui a donné lieu à l'amende la plus élevée de l'histoire de l'application de la loi relativement au maintien des prix¹¹². Pendant la période allant de 2004 à 2007, il y a eu deux déclarations de culpabilité et une ordonnance de consentement. Par la suite, aucune autre poursuite n'a été intentée en vertu de l'art. 61¹¹³.

Une autre analyse du traitement juridique qu'il convient d'accorder au MPR a été fournie lorsque le Bureau a chargé les professeurs VanDuzer et Paquet de faire un rapport sur les activités d'application de la loi et sur les options ouvertes relativement aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de discrimination par les prix, de prix d'éviction et de maintien des prix. En ce qui a trait au maintien des prix, leur rapport recommandait que le MPR relève de l'art. 79, ce qui ferait entrer en jeu un examen de la puissance commerciale (domination) et exigerait un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Le rapport recommandait aussi l'élargissement des moyens de défense relatifs au service des détaillants pour le MPR¹¹⁴. En outre, il recommandait au Bureau de continuer de recourir à l'art. 61 pour s'attaquer au maintien horizontal des prix.

À l'égard de la recommandation de l'élargissement des moyens de défense de service, un observateur a fait remarquer qu'il faut tirer des travaux de Mathewson et de Winter sur le MPR la leçon selon laquelle il s'agit d'une tentative d'harmoniser de façon contractuelle les incitatifs des détaillants d'un produit et ceux de son fabricant à l'égard d'un large éventail de comportements et de caractéristiques possibles des détaillants¹¹⁵. Cela ne se prête pas à une énumération dans la loi des « services des détaillants » susceptibles d'être invoqués comme moyens de défense dans les nombreux cas de marchés de produits différenciés et de chaînes de valeurs où on pourrait alléguer le maintien des prix.

Dans le contexte de son rôle de défense des intérêts, le Bureau de la concurrence a refusé d'appuyer la recommandation, formulée dans le rapport VanDuzer de 1999 et dans le rapport 2002 du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, que le maintien vertical des prix soit considéré comme pratique susceptible d'examen en vertu de l'art. 79¹¹⁶. Dans son rapport, le Comité permanent a souligné qu'à l'exception du Bureau, tous les témoins qu'il a entendus étaient d'accord avec sa recommandation. Il semble que la raison pour laquelle le Bureau était en désaccord avec les avis d'expert résidait dans le fait que son taux de réussite était plus élevé lorsqu'il intentait des poursuites fondées sur une infraction intrinsèque. Le Comité a fait observer à juste titre que la politique sur la concurrence n'est pas une question d'avoir gain de cause ou d'être débouté¹¹⁷.

Le document de travail 2003 du Bureau sur les options pour la modification de la *Loi sur la concurrence* ne mentionnait nullement le MPR¹¹⁸. Ne le faisaient pas non plus les modifications proposées à la *Loi* en 2004¹¹⁹.

La goutte qui a fait déborder le vase pour l'art. 61 est peut-être la décision rendue dans *Leegin* en 2007 par la Cour suprême des États-Unis. La Cour a infirmé la décision par un tribunal d'instance inférieure d'écarter un

témoignage d'expert concernant les effets proconcurrentiels du MPR et a refusé l'illégalité intrinsèque du maintien d'un prix minimal à la revente, concluant que [TRADUCTION] « les textes économiques regorgent de justifications proconcurrentielles pour l'usage par le fabricant du maintien des prix à la revente »¹²⁰. Cette affaire est remarquable en ce que la Cour a cité un mémoire présenté à titre d'ami de la cour par 22 économistes distingués, dont neuf avaient occupé le poste de directeur du Bureau des sciences économiques de la Commission fédérale du commerce (FTC) ou le poste de sous-procureur général adjoint de l'analyse économique à la Division antitrust du département de la Justice (DOJ)¹²¹. Par opposition marquée à la situation au Canada, la FTC et le DOJ ont aussi déposé un mémoire à titre d'amis de la cour à l'appui de l'application de l'analyse par la règle de la raison au MPR¹²². Le professeur Winter a cependant fait remarquer que malgré les progrès réalisés, le traitement du MPR par les organismes américains d'application de la loi demeure incompatible avec la théorie économique¹²³.

Dans son rapport de 2008, le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, soulignant que (après *Leegin*) le droit canadien à l'égard du MPR était plus restrictif que le droit américain, a recommandé que le MPR passe d'une disposition pénale à une disposition civile, mais non pas à la disposition de la loi qui porte sur l'abus de position dominante¹²⁴. Il a plutôt suggéré que les dispositions existantes sur le maintien du prix de revente soient « remplacées par une nouvelle disposition au civil pour intervenir quand cette pratique a des effets anticoncurrentiels ». Il a aussi recommandé que cette nouvelle disposition soit assujettie aux droits d'accès par le privé au Tribunal de la concurrence¹²⁵.

L'adoption du projet de loi C-10 en mars 2009 a finalement entraîné l'abrogation de l'art. 61 et, avec entrée en vigueur en mars 2010, son remplacement par l'art. 76, qui prévoit l'examen par le Tribunal de la concurrence d'un présumé maintien vertical des prix. Le Tribunal peut rendre une ordonnance réparatrice seulement si le comportement en question nuit à la concurrence. Il existe un droit privé d'accès, mais les parties privées doivent obtenir l'autorisation du Tribunal pour présenter une demande, les recours collectifs sont interdits et le Tribunal ne peut accorder de dommages-intérêts. Par contre, le maintien des prix continue d'être traité différemment des restrictions verticales ne portant pas sur le prix et pour lesquelles une ordonnance réparatrice peut être rendue seulement si ces restrictions empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence, de sorte que le traitement du MPR est peut-être maintenant enfin conforme aux enseignements des économistes.

Les économistes et les prix d'éviction

Conformément à une longue lignée d'analyses économiques remontant au document publié par John McGee en 1958, les économistes soulignent que la difficulté d'établir une distinction entre les prix d'éviction et la concurrence agressive par les prix ainsi que les conséquences néfastes de la dissuasion de cette dernière militent en faveur d'une méthode prudente¹²⁶. Les théories les plus récentes sur l'éviction stratégique donnent à penser que les prix d'éviction ne sont pas rares au point où on peut en faire complètement abstraction¹²⁷. La méthode prudente a généralement emprunté la forme de l'assujettissement des allégations de prix d'éviction à une série de critères ou d'examen. Il y a un consensus général au sujet du premier examen, soit l'exigence que le présumé prédateur dispose d'une puissance commerciale importante. Les autres examens ne font pas autant l'unanimité.

Les examens prix-coût sont fréquents. Selon une méthode, un prix inférieur aux coûts évitables moyens est présumé être un prix d'éviction, car il est logique seulement si les pertes encourues peuvent être récupérées par la suite au moyen de prix supraconcurrentiels. Toutes les versions des lignes directrices du Bureau de la concurrence sur l'abus de position dominante comportaient un examen des coûts évitables. Les examens prix-coût font l'objet de critiques¹²⁸. Ils peuvent être complexes à appliquer¹²⁹. Les différentes notions de coût peuvent être appropriées quand le présumé prédateur augmente la production. Il ne faut pas nécessairement les interpréter comme offrant un refuge sûr pour un prix se situant au-dessus des coûts évitables¹³⁰.

Selon un autre examen courant, il faut démontrer que le présumé prédateur est en mesure de récupérer les pertes encourues pendant un épisode de prix d'éviction. La possibilité de récupération est une condition nécessaire pour qu'un prix inférieur au coût soit rentable¹³¹. Pendant des années, la récupération a constitué [TRADUCTION] « une pierre angulaire du droit canadien sur les prix d'éviction »¹³². La thèse avancée dans une affaire doit assurément comporter un récit plausible au sujet de la nature du rendement du présumé investissement d'éviction, mais il existe diverses façons de le récupérer. Il se peut que les pertes par suite de prix d'éviction ne soient pas entièrement récupérées, mais ces prix pourraient avoir prévenu des pertes encore plus importantes dans l'avenir. Les indicateurs structurels de la capacité de récupérer les pertes découlant des prix d'éviction (part élevée du marché, obstacles à l'entrée et à la nouvelle entrée) peuvent sous-estimer la capacité de récupération des pertes découlant des prix d'éviction si ces prix dissuadent l'entrée à l'avenir.

Dans les lignes directrices 2001 sur l'abus de position dominante, la capacité

de récupérer les pertes découlant des prix d'éviction se déduit de la position dominante du présumé prédateur¹³³. L'ébauche 2009 des lignes directrices sur l'abus de position dominante fait référence à un examen de la récupération, mais déclare encore une fois qu'une conclusion de position dominante suffit pour établir qu'une société sera vraisemblablement en mesure de récupérer ses pertes à la suite d'une période de prix d'éviction. Ces lignes directrices ajoutent comme facteur la mesure dans laquelle l'acte d'éviction dissuadera l'entrée ou la nouvelle entrée au moyen de l'établissement d'une réputation de conduite d'éviction¹³⁴. Les lignes directrices modifiées 2012 sur l'abus de position dominante ne mentionnent pas la récupération¹³⁵. Cela est malheureux puisqu'une certaine récupération est essentielle pour toute théorie économique de l'éviction. Même si les avis sont partagés à cet égard, il est aussi vraisemblable de dire qu'on ne peut présumer la récupération en raison de la puissance commerciale antérieure et de l'affirmation des effets de la réputation.

Selon un autre examen possible, on se demande si le présumé prédateur a débuté les réductions de prix ou n'a fait que répondre à la concurrence et s'il a offert des prix inférieurs aux prix de la victime ou s'est contenté d'offrir des prix égaux. Les professeurs Ross et Stanbury ont proposé un examen de correspondance des prix. S'exprimant en réponse à la publication par le Bureau de la concurrence de l'ébauche des lignes directrices pour l'application de la loi relative à l'abus de position dominante dans l'industrie du transport aérien, ils ont soutenu qu'après avoir déterminé que les conditions du marché se prêtent à une éviction réussie, le Bureau devrait passer au critère des coûts évitables seulement après avoir établi que le présumé prédateur ne s'était pas contenté de répondre aux initiatives concurrentielles d'un concurrent et d'égaliser ses prix¹³⁶.

Les lignes directrices 2012 énoncent que le Bureau déterminera si le présumé prix d'éviction se veut en fait « un agissement pour égaliser le prix d'un concurrent »¹³⁷. Les lignes directrices 2001 et 2009 ne mentionnent pas cet élément.

Il semble y avoir un consensus selon lequel un critère prix-coût appliqué à l'éviction doit être précédé soit d'un critère indépendant de récupération, soit d'un critère d'égalisation des prix. Dans ses dernières lignes directrices, le Bureau de la concurrence semble privilégier ce dernier examen. À l'égard de l'influence des théories d'éviction stratégiques avancées par les économistes, toutes les versions des lignes directrices tiennent compte de la possibilité d'effet de réputation, alors que les lignes directrices 2009 et 2012 traitent de l'effet de l'éviction présumée sur les profits de la victime ou de la capacité de la victime d'égaliser de façon rentable les prix du présumé prédateur.

Air Canada

L'acquisition de la société en faillite Lignes aériennes Canadien par Air Canada en janvier 2000 a donné à cette dernière environ 90 pour cent du trafic passager national. Ce résultat aurait pu être évité si les restrictions réglementaires à la propriété étrangère des transporteurs aériens nationaux avaient été moins sévères. Dans cette situation, il y avait des préoccupations légitimes au sujet du manque de concurrence après la fusion. Le gouvernement fédéral aurait pu atténuer en grande partie ces préoccupations s'il avait adopté certaines des diverses formes possibles de cabotage (« libertés ») énumérées par Ross et Stanbury¹³⁸. Le Bureau de la concurrence a aussi suggéré plusieurs mesures de politiques qui auraient permis l'accroissement de la concurrence étrangère¹³⁹.

Tel ne fut pas le cas. Le protectionnisme et les restrictions à l'investissement étranger l'ont emporté, et le gouvernement fédéral a adopté des mesures législatives conférant à l'Office des transports du Canada le pouvoir de contrôler les tarifs aériens qu'il jugeait trop élevés et conférant au Bureau de la concurrence le pouvoir d'imposer des plafonds de prix aux nouveaux concurrents. Cela nous a ramené à une époque où la politique sur la concurrence servait d'abri politique pour les politiques protectionnistes en matière de commerce et de réglementation :

[TRADUCTION] Voici le problème fondamental qui afflige la réglementation actuelle des lignes aériennes canadiennes. Plutôt que de prendre la mesure naturelle de remédier aux craintes en matière de concurrence (dans la mesure où elles existent) en abaissant les barrières à la concurrence étrangère, le gouvernement a décidé de s'attaquer aux questions de concurrence au moyen d'une combinaison grossière de mesures législatives interdisant les prix excessifs et les prix d'éviction.¹⁴⁰

Le plafond des prix a emprunté la forme du projet de loi C-26, qui a modifié la disposition de la *Loi sur la concurrence* portant sur l'abus de position dominante (l'art. 78) de manière à y inclure deux nouveaux agissements anticoncurrentiels (al. 78(1)*j*) et 78(1)*k*) propres à l'industrie du transport aérien. Les modifications ont conféré au gouvernement le pouvoir de prendre des règlements précisant les types d'agissement de la part du transporteur dominant qui seraient considérés comme anticoncurrentiels en vertu de l'al. 78(1)*j*). Se retrouve en tête de la liste des sept agissements anticoncurrentiels indiqués « l'exploitation de la capacité sur une ou plusieurs routes à des prix qui ne couvrent pas les coûts évitables de prestation du service en cause ». Le règlement

précisait aussi ce qui constituait le fait pour le transporteur dominant de ne pas fournir un service essentiel à un transporteur concurrent sous le régime de l'al. 78(1)k).

Le Bureau de la concurrence a publié une explication de la façon dont il appliquerait l'al. 78(1)j) et l'al. 78(1)k) dans son ébauche de lignes directrices pour l'application de la loi relative à l'abus de position dominante dans l'industrie du transport aérien en février 2001¹⁴¹. Les lignes directrices énonçaient que le Bureau considérerait que les coûts de main-d'œuvre et des appareils étaient évitables dans le sens qu'à l'annulation d'un vol, le personnel et l'appareil en cause sont vraisemblablement réaffectés à une autre route.

Dans leur exposé analysant certaines des questions soulevées dans les lignes directrices, les professeurs Ross et Stanbury semblaient faire une mise en garde contre l'inférence que le transporteur dominant avait commis des agissements anticoncurrentiels uniquement en fonction du critère prix-coût. Selon eux, après avoir établi que les conditions du marché se prêtent à une éviction réussie, le Bureau devrait appliquer le critère des coûts évitables *seulement* dans l'un ou l'autre des cas suivants : (1) l'entreprise en place réduit ses tarifs pour les faire passer sous ceux du concurrent; (2) l'entreprise en place égale les prix du concurrent, mais ajoute de la capacité; (3) l'entreprise en place égale les tarifs, mais modifie son horaire de manière à ce que ses vols précèdent et suivent les vols du concurrent¹⁴². Les auteurs n'ont pas osé offrir d'opinion quant à la définition appropriée de l'expression « coût évitable », quoiqu'ils aient souligné que la notion de coût marginal moyen à long terme a été suggérée pour les revenus : des comparaisons de coûts lorsque le présumé prédateur augmente la production en réponse au nouveau concurrent.

Afin de tuer dans l'œuf toute possibilité de prix d'éviction, les modifications apportées à l'art. 78 ont aussi conféré au Bureau de la concurrence le pouvoir d'agir à la fois comme poursuivant et comme décideur lorsqu'il cherche à obtenir une mesure provisoire contre la conduite d'éviction susceptible de causer un dommage irréparable à un concurrent ou à la concurrence. Certains observateurs ont qualifié cela de [TRADUCTION] « mauvaise politique et mauvaise loi »¹⁴³.

En mars 2001, le commissaire a déposé auprès du Tribunal de la concurrence un avis de demande dans lequel il alléguait l'abus de position dominante de la part d'Air Canada relativement à sept routes de paires de villes dans l'Est canadien. Selon la demande, Air Canada avait réagi à l'arrivée d'un nouveau concurrent en augmentant sa capacité et en diminuant ses tarifs d'une manière qui ne couvrait pas les coûts évitables d'exploitation des vols sur ces routes.

Le Tribunal a décidé d'entendre la demande en deux étapes. La première étape allait porter sur l'application du critère des coûts évitables relativement à deux routes. La deuxième étape allait porter sur les cinq routes restantes et viserait à déterminer si les autres conditions pour qu'il y ait abus de position dominante en vertu de l'art. 79 étaient respectées.

Le Tribunal a rendu sa décision sur la première étape en juillet 2003 après un processus qui a duré 40 jours d'audience et qui a mené à la production de 499 pièces et 17 témoins, dont 5 économistes¹⁴⁴. Le professeur Baumol, qui avait initialement suggéré le critère des coûts évitables moyens, était l'un des témoins¹⁴⁵. Le Tribunal a conclu qu'il convenait d'appliquer le critère des coûts évitables en comparant les revenus et les coûts évitables afférents à des vols unidirectionnels précis prévus sur une période d'un mois. À l'égard de la quantification des coûts évitables, M. Csorgo offre le sommaire suivant :

[TRADUCTION] Les parties étaient en désaccord sur 26 éléments de coût et en accord sur 17. Les 17 éléments convenus comptaient pour 38 % des coûts entièrement affectés d'Air Canada sur les deux routes visées par l'audience. Sur les 26 coûts contestés, la question en litige consistait en grande partie à savoir si ceux-ci pouvaient être évités au moyen de la récupération de passagers, de la réaffectation des ressources et de l'aliénation d'actifs. Le Tribunal a jugé que sept des coûts contestés étaient inévitables et que 19 étaient évitables. Il a notamment conclu que les coûts liés à la sécurité de l'aéroport étaient évitables.

En ce qui a trait aux coûts liés aux appareils, soit l'un des principaux points en litige, le Tribunal a conclu que les coûts étaient évitables au moyen de l'aliénation, de la sous-location, de la remise au locateur et de la réaffectation rentable et qu'il fallait démontrer uniquement la disponibilité générale et raisonnable d'occasions de réaffectation plutôt qu'une disponibilité propre aux routes en question.

La détermination de la question de savoir si un coût était évitable (qui a mené à la conclusion que 762 vols sur 978 vols possibles sur une route étaient exploités à un prix inférieur au coût évitable et que 1 187 vols sur 1 466 vols possibles sur une autre route l'étaient) dépendait en grande partie de la présomption selon laquelle les revenus perdus par suite de l'annulation de vols seraient récupérés puisque les passagers prendraient d'autres vols d'Air Canada sur la route. Le Tribunal a accepté cette présomption pour « une partie très importante des passagers » en fonction des coefficients de

remplissage sur les autres vols d'Air Canada et parce que les deux autres transporteurs fournissant un service sur les routes en question « offraient très peu de vols »¹⁴⁶.

Les catégories de coût jugées évitables au moyen de la récupération du trafic lié aux vols annulés et de la réaffectation des ressources en cause au sein d'Air Canada ne sont pas évitées en ce sens qu'Air Canada ne les engage plus. Elles sont évitées seulement au sens où ces ressources pourraient, de façon hypothétique, avoir contribué davantage aux revenus d'Air Canada si elles avaient été affectées à d'autres vols. Le Tribunal a concédé que les occasions de récupération et de réaffectation ne constituent que des hypothèses puisqu'elles dépendent de l'annulation hypothétique d'un vol. Le Tribunal a conclu qu'en raison de leur nature hypothétique, le commissaire n'a qu'à démontrer que ces occasions sont généralement et raisonnablement disponibles. Cette norme de preuve a perturbé un observateur, tout comme le défaut apparent par le Tribunal de reconnaître qu'il s'agissait de coûts de renonciation plutôt que de dépenses¹⁴⁷. Fait peut-être aussi troublant, il n'y a pas eu d'analyse du lien entre la capacité présumée d'Air Canada de récupérer le trafic afférent aux vols annulés et son incitatif à fixer des prix d'éviction¹⁴⁸.

D'autres observateurs ont mis en doute la sagesse de l'abandon de l'examen de la récupération des coûts¹⁴⁹. D'autres encore ont prédit que très peu des vols d'Air Canada auraient respecté la norme promulguée par le Tribunal et ont souligné l'étendue de sa divergence par rapport à la jurisprudence américaine (qui exige « une probabilité dangereuse » de récupération et ne considère pas les bénéfices perdus comme des coûts)¹⁵⁰. Ils ont prédit que les allégations de prix d'éviction auraient beaucoup plus de chance de succès au Canada à l'avenir :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'état du droit canadien énoncé dans la réglementation sur les lignes aériennes et de la décision du Tribunal dans l'affaire *Air Canada* et, en particulier, de la volonté du Tribunal de conclure à l'existence de plus de coûts évitables au moyen de la réaffectation et du fait qu'il considère comme des véritables coûts les bénéfices perdus ou les coûts de renonciation, il nous semble que les allégations de prix d'éviction, à tout le moins en ce qui concerne les lignes aériennes, auront beaucoup plus de chances d'être couronnées de succès dans ce pays. Le Tribunal a conclu que la plupart des coûts d'Air Canada étaient évitables pendant une période relativement courte, ce qui militera en faveur de la conclusion de prix d'éviction¹⁵¹.

Mais Air Canada a par la suite déclaré faillite, et les audiences de la deuxième

étape n'ont jamais eu lieu. En 2004, dans une lettre adressée à l'industrie du transport aérien, le commissaire a énoncé l'opinion du Bureau sur les cas qui déclencherait l'application du critère libéral des coûts évitables qui était maintenant inscrit dans la jurisprudence liée à l'al. 78(1)*j*) en ce qui concerne sa propre enquête sur les allégations de prix d'éviction¹⁵². Il a déclaré que le Bureau prendrait des mesures seulement si un transporteur dominant répondait à l'arrivée d'un nouveau concurrent d'une façon vigoureuse allant au-delà de l'égalisation des prix. Lorsque le transporteur dominant fait davantage qu'égaliser les prix, le Bureau tiendra compte de tous les éléments visés par l'art. 79 en plus du critère des coûts évitables afin de décider s'il prend des mesures. Cette méthode ressemble considérablement à celle qu'ont suggéré Ross et Stanbury en 2001.

L'abrogation des dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant spécifiquement sur les lignes aériennes a été proposée la première fois dans le projet de loi C-19, qui a été introduit en 2004. On a invoqué que la situation de l'industrie du transport aérien avait changé. Mentionnons comme autre facteur possible la reconnaissance de la camisole de force imposée au transporteur dominant par l'al. 78(1)*j*), l'interprétation de cet alinéa par le Tribunal de même que l'opposition (provenant notamment de certains économistes) aux dispositions propres à une industrie dans la législation sur la concurrence et aux lignes directrices d'application de la loi s'appliquant spécialement à une industrie. La décision selon laquelle les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de prix d'éviction qui s'appliquaient spécifiquement à l'industrie aérienne n'étaient plus utiles un an après que le Tribunal a conclu que le transporteur dominant avait commis des agissements anticoncurrentiels a insufflé vie à la vieille maxime selon laquelle « une semaine est une longue période en politique ». Certains considèrent qu'il s'agit là d'une admission implicite que l'affaire n'aurait jamais dû être introduite :

[TRADUCTION] La première étape de l'affaire, où on a conclu qu'Air Canada avait commis des agissements anticoncurrentiels, a été tranchée en juillet 2003. Si les conditions du marché pouvaient changer suffisamment pour que le Bureau de la concurrence décide de ne pas donner suite à son allégation d'abus contre Air Canada et que le ministre propose de modifier la loi, seulement un an après la conclusion qu'un transporteur aérien dominant a commis des agissements anticoncurrentiels, cela donne fortement à penser que l'affaire n'aurait jamais dû être introduite.¹⁵³

Le projet de loi C-19 est mort au feuillet, et c'est seulement lorsque le Parlement a adopté un vaste ensemble de modifications à la *Loi* en mars 2009 que

les dispositions propres aux lignes aériennes de la *Loi sur la concurrence* en matière d'abus de position dominante ont finalement été abrogées.

On peut tirer bien des leçons de l'affaire *Air Canada*. Malheureusement, il ne s'agit pas de nouvelles leçons. Le recours à la politique sur la concurrence en vue de neutraliser les effets de politiques publiques protectionnistes ou restrictives peut être néfaste pour son orientation, sa clarté et son efficacité à long terme. Les conditions historiques de preuve permettant la déduction d'une diminution de la concurrence existent pour une raison et ne devraient pas être abandonnées sans analyse. Il y a concernant les affaires d'abus de position dominante un débat continu au sujet des critères permettant la déduction du défaut par une société dominante de livrer concurrence loyalement¹⁵⁴. La renonciation au profit constitue l'un des critères possibles, et le défaut de les maximiser en constitue une version extrême. Dans les circonstances du marché qui prévalaient à l'époque, la norme favorisée par le commissaire et acceptée par le Tribunal était peut-être encore plus rigoureuse.

Les stratégies de distribution

On retrouve parmi les stratégies de distribution le refus de vendre, l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché. Le refus de vendre est visé par l'art. 75 de la *Loi sur la concurrence* et aussi par son art. 79 à titre d'abus de position dominante. L'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché sont visées par l'art. 77 de la *Loi sur la concurrence* et aussi par l'art. 79 à titre d'abus de position dominante.

Dans sa version de 1986, l'art. 75 cadrait mal avec la *Loi* parce qu'il portait sur des différends entre acheteurs et vendeurs plutôt que sur une conduite touchant la concurrence. Les économistes ont signalé ce fait et on a remédié en partie à leurs préoccupations. Plusieurs affaires relatives à l'art. 75 portaient sur la liaison de produits connexes, et l'analyse économique traite des conditions dans lesquelles cela constitue un problème de concurrence. Si on peut se fier sur l'annexe III de l'ébauche 2009 des lignes directrices sur l'abus de position dominante, les opinions du Bureau de la concurrence sur la liaison de produits connexes sont compatibles avec les constatations ressortant des recherches des économistes¹⁵⁵.

L'affaire *Tuyauteries Canada* portait sur un abus de position dominante au moyen de rabais de fidélisation visant à inciter à l'exclusivité. La décision rendue par le Tribunal dans cette affaire a fait l'objet d'un appel, l'appel a été confirmé et l'affaire a été renvoyée au Tribunal aux fins de réexamen. Les parties ont conclu un règlement à l'amiable et cela a mis fin à l'affaire. Les décisions rendues par le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont soulevé des questions

allant des cas dans lesquels un rabais de fidélisation devient anticoncurrentiel à la question de savoir si une conduite commerciale peut être réputée anticoncurrentielle sans empêcher ou diminuer la concurrence.

Le refus de vendre visé par l'art. 75

Le refus par un fournisseur de vendre un produit à un client constitue une pratique susceptible d'examen en vertu de l'art. 75 de la *Loi sur la concurrence*. Une disposition similaire avait été ajoutée à la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* en 1975, apparemment en réponse aux préoccupations selon lesquelles un refus de fournir de la part d'un ou de plusieurs grands fournisseurs pouvait causer des difficultés commerciales à un grossiste ou à un détaillant¹⁵⁶.

En vertu de la version de 1986 de la *Loi*, l'art. 75 conférait au Tribunal le pouvoir d'ordonner à un fournisseur d'approvisionner un client dans les cas suivants : (1) le client est sensiblement gêné dans son entreprise en raison du refus; (2) le client est incapable de se procurer le produit en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs sur le marché; (3) le client accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales; (4) le produit est disponible en quantité amplement suffisante. L'art. 75 exigeait seulement que l'entreprise du client soit sensiblement gênée. Contrairement à la plupart des dispositions civiles et pénales de la loi, il n'exigeait pas la diminution ou l'empêchement de la concurrence. Il n'exigeait pas non plus du Tribunal qu'il examine les incidences du refus de fournir sur l'efficacité économique. Son objectif apparent de protéger une entreprise ne cadrerait pas du tout avec la majeure partie du reste de la loi ni avec la pensée économique qui la sous-tend.

Dans leur exposé de 1998, Chen, Ross et Stanbury ont recensé les théories économiques dominantes du refus de fournir en s'arrêtant particulièrement aux théories des produits connexes qui tentaient d'expliquer les refus par les fabricants d'équipement d'origine (FEO) de vendre des pièces à des organismes de services autonomes (OSA). Ils estiment que le refus de fournir améliore l'efficacité dans certains cas et qu'il ne le fait pas dans d'autres cas (« opportunisme des produits installés »). Dans les cas où le refus de fournir réduit l'efficacité, il reste à se demander quelle est l'ampleur de la perte d'efficacité en cause et s'il existe de meilleures réparations que l'ordonnance de fournir ou, d'ailleurs, de meilleures réparations échappant à la portée de la *Loi sur la concurrence*. Ils ajoutent que dans les deux affaires entendues par le Tribunal, celui-ci a jugé que les experts économistes ne l'avaient pas aidé, car ils se préoccupaient des conséquences de la conduite commerciale sur l'efficacité¹⁵⁷.

Les auteurs ont conclu qu'étant donné qu'il n'a rien à voir avec la concurrence, l'art. 75 n'a pas sa place dans une loi sur la concurrence. Ils ont fait

remarquer qu'il était possible qu'en choisissant ses affaires, le Bureau de la concurrence ait écarté les affaires dans lesquelles il y avait apparemment un motif d'efficience justifiant le refus de fournir, ils ont recommandé d'autres mesures en vue de l'abrogation de l'art. 75. Les auteurs ont suggéré qu'à défaut, on ajoute à l'art. 75 la condition que la concurrence soit diminuée par suite du refus de fournir. Et si cette suggestion n'est pas acceptée non plus, ils ont suggéré qu'afin d'éviter le gaspillage de ressources publiques d'application de la loi, il soit possible d'accorder l'accès privé au Tribunal de la concurrence dans les affaires relatives à l'art. 75¹⁵⁸.

En 2002, l'art. 75 a été modifié de manière à ajouter la condition qu'un refus de fournir nuise à la concurrence pour qu'une ordonnance réparatrice de fournir soit rendue. Les modifications prévoyaient aussi un droit d'accès privé au Tribunal dans les affaires relatives à l'art. 75¹⁵⁹. Du point de vue de la concurrence, l'art. 75 demeurait une anomalie en ce qu'il n'exigeait pas d'empêchement ou de diminution indue ou sensible de la concurrence comme condition préalable au prononcé d'une ordonnance réparatrice.

Tuyauteries Canada

En octobre 2002, la commissaire de la concurrence a sollicité auprès du Tribunal de la concurrence une ordonnance fondée sur les articles de la *Loi sur la concurrence* portant sur l'exclusivité (art. 77) et l'abus de position dominante (art. 79), alléguant que le programme d'escomptes de fidélisation de Tuyauteries Canada créait, rehaussait et préservait sa puissance commerciale. La défenderesse, Tuyauteries Canada, fabriquait des tuyaux et raccords d'évacuation et de ventilation en fonte par l'intermédiaire de sa division Bibby St. Croix (Bibby). Bibby comptait pour 80 à 90 pour cent des ventes canadiennes de produits d'évacuation et de ventilation en fonte, les autres ventes étant réalisées par un concurrent récent ou constituées d'importations. Bibby était la seule société au Canada à fabriquer une gamme entière de produits¹⁶⁰. Les produits d'évacuation et de ventilation en fonte étaient vendus par l'intermédiaire de trois grands distributeurs nationaux de même que par certains petits distributeurs.

Graduellement, les tuyaux en fonte étaient remplacés par des tuyaux en plastique et étant donné que la part de Bibby d'un marché défini de manière à inclure les produits d'évacuation et de ventilation en plastique se serait située à environ 11 pour cent, cela soulevait une question classique de définition du marché de produits¹⁶¹. De même, les conditions du marché différaient d'une partie à l'autre du pays, partiellement en raison du fait que des importations de l'Extrême-Orient avaient pénétré l'Ouest canadien, ce qui a amené le Tribunal à définir six marchés géographiques au Canada.

Le programme des distributeurs stockistes (PDS) de Bibby se trouvait au cœur de l'affaire. En vertu du PDS, les distributeurs qui convenaient de s'approvisionner en produits d'évacuation et de ventilation en fonte exclusivement auprès de Bibby (fidélité totale) étaient admissibles à un escompte par rapport aux prix courants de même qu'à deux rabais. L'escompte, qui pouvait équivaloir jusqu'à 45 pour cent du prix annoncé, était accordé au moment de l'achat et Bibby ne pouvait pas le récupérer si le distributeur abandonnait le plan. Le premier rabais (7 pour cent sur les achats de tuyaux, par exemple) était versé à la fin de chaque trimestre pour une fidélité totale pendant ce trimestre. Le deuxième rabais (4 pour cent) était versé à la fin de l'année pour une fidélité totale pendant l'année. Les distributeurs qui n'adhéraient pas au plan recevaient un escompte de 6 pour cent par rapport au prix courant et ne recevaient aucun rabais. Les distributeurs étaient libres d'adhérer au PDS ou l'abandonner à tout moment, l'abandon à la fin d'une année civile n'entraînant aucune perte de rabais.

Le Tribunal estimait que même si le PDS constituait une incitation à l'exclusivité, le PDS n'en avait aucune des caractéristiques que le Tribunal avait jugées illégales dans des décisions antérieures sur l'exclusivité (*NutraSweet, Laidlaw et Nielsen*)¹⁶². Les distributeurs pouvaient résilier l'entente sans perte ni pénalité au début de chaque année civile. Les distributeurs pouvaient mettre fin à leur adhésion à la fin d'un trimestre moyennant le coût du rabais annuel accumulé et pouvaient adhérer de nouveau au programme lors d'un trimestre postérieur. Il n'y avait aucun contrat à long terme, pas de dates de résiliation échelonnées, pas de dommages-intérêts liquidés ni d'autres clauses pénales et aucun logo à enlever. Ces faits ne cadraient pas avec les hypothèses sous-jacentes aux théories économiques de l'exclusivité anticoncurrentielle qui avaient été pertinentes dans les affaires antérieures d'abus de position dominante¹⁶³. À la lumière de cette preuve, le Tribunal a conclu que les coûts de substitution n'étaient pas élevés.

Il était apparemment loisible à un fournisseur concurrent offrant toute la gamme des produits d'égaliser simplement le PDS au début d'une année civile, mais, selon l'argument du commissaire, puisque Bibby était le seul fournisseur offrant toute la gamme des produits au Canada, le distributeur qui désirait abandonner le PDS devait quand même se fier sur Bibby pour une partie importante des produits d'évacuation et de ventilation en fonte dont il avait besoin. Si un concurrent plus petit égalait simplement le PDS sur les produits qu'il pouvait fournir, le distributeur engagerait un coût de mélange prenant la forme de la renonciation à l'escompte PDS et aux rabais sur les produits qu'il continuerait d'acheter auprès de Bibby. Cela ne laissait aux petits fournisseurs d'autre

choix que de tenter de collaborer afin d'offrir toute la gamme des produits ou d'offrir leurs produits à l'unité à des prix bien inférieurs au PDS. Le commissaire estimait que dans un cas ou l'autre, cela décourageait l'entrée minimale et l'expansion des petits concurrents.

Le Tribunal a convenu qu'il pouvait y avoir d'importants coûts de mélange si un distributeur abandonnait le PDS et continuait de s'approvisionner auprès de Bibby pour une grande partie de ses besoins, mais il était d'avis qu'un distributeur pouvait s'approvisionner auprès d'autres sources et n'aurait besoin de Bibby que pour les composantes « exotiques » et que cela ne lui causerait pas d'importants coûts de mélange.

Selon la preuve produite, les distributeurs abandonnant le PDS devraient vraisemblablement se fier à Bibby pour combler entre 10 et 20 pour cent de leurs besoins¹⁶⁴. Cela signifierait que les distributeurs s'approvisionnent auprès de Bibby seulement pour les composantes exotiques et donnerait à penser que les coûts de mélange sont faibles, ce qui est peut-être douteux. À la lumière des conclusions de fait tirées par le Tribunal, un distributeur ne verrait pas de différence entre le PDS et un concurrent en mesure de combler 80 pour cent des besoins de ce distributeur si le prix du concurrent correspondait à 62 pour cent du prix courant de Bibby ou était inférieur de 33 pour cent au prix PDS de Bibby¹⁶⁵. Si le concurrent ne faisait qu'égaliser le prix PDS de Bibby sur les 80 pour cent des besoins du distributeur qu'il comble, le distributeur engagerait un coût de mélange (primes) supérieur de 18 pour cent au prix PDS.

On a avancé plusieurs justifications d'efficacité ou commerciales pour le PDS et le Tribunal les a examinées. Apparemment, Bibby avait fait un investissement considérable dans la promotion des produits d'évacuation et de ventilation en fonte (par rapport au plastique, au cuivre, etc.) et le PDS a peut-être été considéré comme empêchant d'autres fournisseurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte de profiter sans frais de cet investissement. Il l'aurait cependant fait seulement dans la mesure où il écartait les autres fournisseurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte du marché, ce que la défenderesse soutient ne pas avoir voulu faire. De plus, l'argument de l'avantage sans coût est généralement avancé dans le cadre de la promotion de la concurrence inter-marques dans les marchés de produits différenciés. Le distributeur qui n'offre que des produits d'évacuation et de ventilation en fonte aurait un fort incitatif à en faire la promotion par rapport au plastique. Mais le PDS n'obligeait pas (incitait) les distributeurs à stocker seulement des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Les distributeurs étaient libres d'offrir, et offraient effectivement, tous les types de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le PDS n'empêchait pas un distributeur de convaincre un client

de passer de la fonte au plastique si sa marge était plus élevée sur le plastique.

Selon le Tribunal, le fait que le PDS permettait à Bibby de produire au pays toute la gamme des produits constituait une justification commerciale. On ne sait pas trop pourquoi le Tribunal pourrait considérer cela comme proconcurrentiel. Selon une interprétation de l'argument de la défenderesse, il ne serait pas rentable de fabriquer des produits à faible volume en l'absence de contributions importantes aux frais généraux de l'usine par les produits à volume élevé. Cela se rapproche dangereusement de l'affirmation selon laquelle une usine offrant toute la gamme des produits peut survivre au Canada seulement si elle est assurée de la domination du marché. Cela semblerait questionner la véritable raison d'être du PDS. Cela suscite aussi la question, à la lumière de l'accent que met la défenderesse sur la fiabilité des importations comme source d'approvisionnement de rechange, de ce qu'auraient été les conséquences pour la concurrence et les consommateurs si Bibby avait importé une partie de sa gamme de produits des membres de son groupe aux États-Unis ou de l'étranger.

On aurait pu avancer la justification commerciale proconcurrentielle suivante à l'appui du PDS : en fondant les escomptes sur la fidélité plutôt que sur le volume, le PDS traite tous les distributeurs de la même façon, de sorte que davantage de distributeurs offrent des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Cela a peut-être causé une concurrence plus vigoureuse en aval entre les distributeurs que si Bibby s'était fondée sur des escomptes de volume qui auraient favorisé les plus grands distributeurs nationaux. Toute augmentation de la concurrence en aval aurait pu réduire les marges des distributeurs et atténuer le problème de la double majoration qui se pose lorsque la concurrence est imparfaite à des étapes successives de production.

Le Tribunal a publié sa décision en février 2005. Il était d'avis que le PDS ne constituait pas un agissement anticoncurrentiel visé par l'al. 79(1)*b* de la Loi pour les raisons suivantes : (1) il ne comportait pas les caractéristiques punitives des accords d'exclusivité en cause dans *Nutrasweet*, *Laidlaw* et *Nielsen*; (2) il ne faisait pas augmenter les coûts, pour les clients, du mélange des produits de Bibby avec ceux des concurrents; (3) il avait une justification commerciale valide en ce qu'il permettait à Bibby de continuer de fabriquer une gamme complète de produits au Canada; (4) il n'empêchait pas en fait la concurrence.

À l'égard de l'effet du PDS sur la concurrence (sous le régime de l'al. 79(1)*c* de la Loi), le Tribunal a conclu que même si l'entrée était difficile en raison de la baisse de la demande et de la réputation qu'a établie Bibby comme fournisseur fiable, le PDS n'avait pas empêché l'augmentation des importations ni l'émergence, pour la première fois en trente ans, d'un nouveau fabricant de produits d'évacuation et de ventilation en fonte.

La commissaire a interjeté appel contre la décision du Tribunal auprès de la Cour d'appel fédérale et la Cour a rendu en juin 2006 sa décision accueillant l'appel de la commissaire¹⁶⁶. La Cour a jugé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en exigeant la preuve d'un lien de causalité entre le PDS et la diminution de la concurrence ou d'un effet défavorable sur les consommateurs. La CAF était d'avis qu'il est nécessaire de prouver en vertu de l'al. 79(1) *b*) uniquement que l'agissement contesté a sur un concurrent un effet négatif d'éviction, d'exclusion ou de discipline. En ce qui concerne la conclusion par le Tribunal que le PDS n'avait pas empêché la concurrence, la Cour estimait que le Tribunal avait commis une erreur en fondant sa conclusion sur l'ampleur de la concurrence qui existait plutôt que de se demander quelle est l'ampleur de la concurrence qui aurait existé en l'absence du PDS (le critère du « n'eut été »).

La Cour a renvoyé l'affaire au Tribunal aux fins de réexamen. Les parties ont conclu une entente à l'amiable en décembre 2007 et l'affaire s'est terminée par une ordonnance de consentement en vertu de laquelle Tuyauteries Canada s'est engagée à offrir des escomptes conventionnels fondés sur le volume de même que son PDS. Cette issue a suscité plusieurs genres de préoccupations.

Premièrement, n'ont pas été résolues les questions portant sur la qualification des escomptes de fidélisation par rapport aux autres formes d'escompte du point de vue de la concurrence de même que les circonstances du marché dans lesquelles un escompte incitant à l'exclusivité pourrait devenir anticoncurrentiel. Avant la mise en œuvre par Bibby du PDS, de nombreux types différents d'escomptes avaient été utilisés dans l'industrie, notamment des escomptes de premier dollar propre au client assortis de seuils fondés sur le volume, des escomptes de fidélisation similaires au PDS, mais assortis de seuils de fidélité plus bas, et des escomptes de volume conventionnels. Chaque type d'escompte comporte des effets potentiels d'exclusivité, ce qui aurait pu être abordé dans une analyse fondée sur le critère « n'eut été ».

Concernant les circonstances du marché dans lesquelles un programme comme le PDS pourrait être jugé anticoncurrentiel, l'expert de la commissaire a accepté le fait qu'il ne considérerait peut-être pas le PDS comme anticoncurrentiel dans le contexte d'un marché comportant au moins trois producteurs d'une gamme complète de produits se livrant une concurrence vigoureuse. Le Tribunal a fixé beaucoup plus bas le seuil à partir duquel aucune inférence de conduite anticoncurrentielle ne serait faite, concluant qu'il suffisait que des solutions de rechange concurrentielles raisonnables existent pour la plupart des produits de Bibby. Ce seuil aurait peut-être été réexaminé dans le cadre d'une détermination de la question de savoir si un effet anticoncurrentiel était raisonnablement prévisible.

D'une façon plus générale, les économistes étaient perplexes en raison de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle une conduite commerciale pouvait être jugée anticoncurrentielle nonobstant son effet sur la concurrence :

[TRADUCTION] Pour les économistes, qui s'intéressent uniquement aux effets concurrentiels, le fait qu'un agissement puisse être anticoncurrentiel sans entraîner d'effets anticoncurrentiels est déroutant. Si les effets ne comptent pas, qu'est-ce qui compte alors?¹⁶⁷

La décision de la Cour fédérale fait aussi naître la crainte qu'on protège les concurrents plutôt que la concurrence. Elle semble aussi vouloir qu'on s'appuie davantage sur la preuve d'intention, ce avec quoi les économistes ne sont généralement pas à l'aise :

[TRADUCTION] Il est malheureux qu'on déclare officiellement qu'un agissement visant à avoir un « effet négatif sur un concurrent » est par définition anticoncurrentiel. Une telle interprétation renforce l'idée que l'objet de la politique sur la concurrence consiste à protéger les concurrents. Toutes sortes d'agissements causent du tort aux concurrents, essentiellement l'offre de prix plus bas et d'un meilleur service. Suivant ce raisonnement, les sociétés agissent et devraient agir de façon anticoncurrentielle en tout temps. Il y a peut-être une réserve, soit que l'intention ne soit pas seulement de causer du tort aux concurrents, mais de les exclure, les évincer ou les discipliner. Mais comme il a été mentionné, cela est fondé sur la psychologie plutôt que sur les sciences économiques et cela pré-suppose la capacité de distinguer entre l'intention de bonne foi de gagner contre les concurrents de l'intention de mauvaise foi sans tenir compte des effets...¹⁶⁸

On a fait valoir que le critère énoncé par la Cour fédérale peut être interprété comme établissant une distinction entre les effets raisonnablement prévisibles pour l'application de l'alinéa 79(1*b*) et les effets réels pour l'application de l'al. 79(1*c*)¹⁶⁹. On peut déduire les effets raisonnablement prévisibles de l'existence d'une puissance commerciale, de la nature de la conduite en cause, de l'absence d'objectif pro concurrentiel dominant et, peut-être, de la preuve d'intention. Les lignes directrices révisées 2012 sur l'abus de position dominante adoptent une méthode de cette nature¹⁷⁰. Néanmoins, il demeure difficile d'imaginer comment on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'une conduite diminue la concurrence, alors qu'elle ne le fait pas en définitive.

Conclusions

Les économistes soutiennent depuis longtemps que la politique sur la concurrence devrait être axée sur la protection du processus concurrentiel avec comme objectif fondamental l'évitement du gaspillage économique. On a souvent cité l'énoncé par le Conseil économique du Canada de cet objectif en 1969 :

[TRADUCTION] Essentiellement, nous militons en faveur de l'adoption d'un objectif unique pour la politique sur la concurrence : l'amélioration de l'efficacité économique et l'évitement du gaspillage économique, en vue d'améliorer le bien-être des Canadiens.¹⁷¹

La *Loi sur la concurrence* constituait un progrès important et, avec l'adoption du projet de loi C-10 en mars 2009, le droit canadien de la concurrence correspond davantage aux principes des sciences économiques. La convergence de la jurisprudence et des sciences économiques est moins intégrale et moins bien établie. Il y a des aspects des décisions bien connues rendues par la Cour d'appel fédérale dans *Supérieur* et *Tuyauteries Canada* que contestent les économistes. Ce sujet n'est pas couvert en détail dans le présent exposé, mais les économistes ont mis en doute le raisonnement (ou le manque de raisonnement) économique qu'a suivi le Tribunal de la concurrence dans les décisions qu'il a rendu dans les affaires *Tele-Direct*, *NutraSweet*, *Tuyauteries Canada* et *Canadian Waste Services* entre autres, tandis que la décision qu'a rendue le Tribunal dans *Nielsen* a fait l'objet de nombreux éloges¹⁷².

Les lignes directrices pour l'application de la loi du Bureau de la concurrence semblent correspondre, à tout le moins dans certaines de leurs versions, à l'évolution de l'analyse économique. Compte tenu de la rareté des affaires contestées et d'un cas très connu où le commissaire a fait fi de ses lignes directrices, cependant, il est difficile de déterminer l'importance à accorder à leur teneur.

À l'égard des décisions en matière d'application de la loi, de grands cartels ont plaidé coupable et se sont fait imposer des amendes, et la politique sur l'immunité du Bureau de la concurrence a été louangée¹⁷³. En ce qui concerne les fusions, Margaret Sanderson a fait remarquer que nonobstant la confusion qui règne au sujet de l'interprétation de l'art. 96, le Bureau de la concurrence continue d'évaluer les fusions [TRADUCTION] « sans anicroche »¹⁷⁴. Toutefois, étant donné le manque de transparence du processus, il est difficile de savoir si l'analyse économique a joué le rôle qui lui convient dans ces évaluations. On a critiqué la décision par le commissaire d'interjeter appel contre les deux

décisions rendues par le Tribunal dans *Supérieur*, compte tenu du rôle que la présentation par le commissaire de sa propre preuve a joué dans la décision initiale du Tribunal¹⁷⁵.

On a aussi posé la question de savoir si l'affaire *Air Canada* aurait dû être introduite. Cela pose une question plus générale. Étant donné qu'elle met l'accent à bon droit sur le processus concurrentiel et l'efficacité, la politique sur la concurrence ne peut pas, ou à tout le moins ne devrait pas, toujours être disponible pour contribuer à régler chaque problème de politique publique micro-économique. Cela peut signifier qu'à l'occasion, d'autres ministères ou organismes gouvernementaux devront s'attaquer à des questions de politique qui ont des incidences pour la concurrence et qu'ils peuvent le faire d'une façon nuisible à la concurrence et à l'efficacité. Il se peut que les institutions de la politique sur la concurrence aient réalisé les multiples objectifs de la politique publique en causant moins de dommages à la concurrence et à l'efficacité, mais au coût potentiellement élevé de la perte d'orientation.

Dans les cas où la concurrence constitue l'un des nombreux objectifs de politique publique, le Bureau de la concurrence peut toujours jouer un rôle de défense des intérêts, et il y a de nombreux cas dans lesquels il l'a fait. Il y a aussi certains cas très connus où il n'a vraisemblablement pas joué le rôle de défense des intérêts qui lui convient. À titre d'exemple, mentionnons son appui d'un projet de loi d'origine parlementaire mal avisé visant la modification de l'art. 96 de la *Loi sur la concurrence*. Un autre cas est son refus apparent d'appuyer la décriminalisation du maintien des prix. Par ailleurs, le Bureau a joué un rôle positif dans le cadre des modifications apportées à l'art. 45.

Pour l'avenir, la question que pose le présent exposé consiste à savoir si les institutions de la politique sur la concurrence au Canada sont en mesure de faire face à l'importance de plus en plus grande des sciences économiques dans l'application de la loi et dans les décisions¹⁷⁶. Dans son document d'enquête de 2004, le professeur Ross a exprimé la crainte que les sciences économiques ne se fassent pas attribuer suffisamment de ressources ou d'importance au sein du Bureau de la concurrence¹⁷⁷. Tel est peut-être le cas, mais s'il y a une leçon à retenir des vingt dernières années, c'est que le ton établi par le commissaire peut être tout aussi important que les ressources et les titres des économistes. En ce qui concerne le Tribunal, sa présidente sortante, la juge Simpson, a souligné que les futurs membres non judiciaires du Tribunal auront vraisemblablement besoin de plus de formation en sciences économiques que ce qui a été exigé par le passé¹⁷⁸.

NOTES EN FIN DE TEXTE

¹ L'auteur est professeur émérite au département des sciences économiques à l'Université Carleton.

² Timothy Brennan et Alan Gunderson, « 2006 in Competition Policy and Enforcement: An Economic Perspective » *Canadian Competition Record* 22 (Été 2007) p. 67.

³ Lawrence White, « Economics, Economists and Antitrust: A Tale of Growing Influence » (Exposé présenté à l'assemblée de la American Economics Association, Nouvelle-Orléans, 5 janvier 2008) p. 10 à 13. http://www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2008/2008_180.pdf

⁴ Les modifications de la première étape apportées à la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* en 1976 ont rendu les ventes liées, l'exclusivité, la limitation du marché et la vente en consignment susceptibles de contrôle par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce en droit civil. Le directeur des enquêtes et recherches a réussi à obtenir une ordonnance d'interdiction dans une affaire de ventes liées et a été débouté dans une affaire d'exclusivité. Pour l'analyse de ces deux affaires et des quatre pratiques, voir Bruce Dunlop, David McQueen et Michael Trebilcock, *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis* (Toronto, Canada Law Book, 1987) p. 271 à 279. Pour une analyse économique de l'affaire de ventes liées, voir Frank Mathewson et Ralph Winter, *Competition Policy and Vertical Exchange* (Toronto, University of Toronto Press, 1985) p. 74 à 83 et les renvois qui s'y trouvent.

⁵ Entre 1965 et 1983, il y a eu 26 rapports publiés par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Voir Paul Gorecki et W. T. Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888 – 1983* (Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1984), tableaux 1A et 1B. Le professeur Green considérait ces rapports comme [TRADUCTION] « une excellente source d'information sur le comportement industriel au Canada ». Voir Christopher Green, *Canadian Industrial Organization and Policy*, deuxième édition (Toronto, McGraw Hill Ryerson, 1985) p. 252.

⁶ Ralph Winter, « Presidential Address: Antitrust Restrictions on Single-Firm Strategies » *Revue canadienne d'économie* 42 (novembre 2009) p. 1208.

⁷ Thomas Ross, « La politique de concurrence au Canada : progrès et perspective » *Revue canadienne d'économie* 37 (mai 2004) p. 252

⁸ La Sherman Act (1890); la Clayton Act (1914) et; la Federal Trade Commission Act (1914). Voir White, op. cit., p. 1

⁹ Pour une critique des modifications de 2009, voir Neil Campbell et Sorcha O'Carroll, « The Americanization of Canada's Competition Act » *Canadian Business Law Journal* 48, 2010, p. 446 à 461.

¹⁰ Conseil économique du Canada, *Interim Report on Competition Policy* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969)

¹¹ Canada (Commissioner of Competition) c. Air Canada, 26 C.P.R. (4th) 476 (Tribunal de la concurrence, 2003)

¹² Jeffrey Church et Roger Ware « Abuse of Dominance under the 1986 Competition Act » *Review of Industrial Organization* 13 (avril 1998) p. 85 à 129; Michael Trebilcock, Ralph Winter, Paul Collins et Edward Iacobucci, *The Law and Economics of Canadian*

Competition Policy (Toronto, University Press, 2002) p. 476 à 572; Winter, Presidential Address., *op. cit.*, p. 1223 à 1236.

¹³ Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, 2005 Trib. conc. 3 (Tribunal de la concurrence)); *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 236.

¹⁴ Conseil économique du Canada, *op. cit.* p. 113 à 118; Lawrence Skeoch et Bruce McDonald, *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy* (Ottawa, Consommation et affaires commerciales, 1976) p. 47 à 124. Pour l'analyse de l'évolution des dispositions sur les fusions de la *Loi sur la concurrence*, voir : Paul Crampton, *Mergers and the Competition Act* (Toronto, Carswell, 1990) Ch.1 et Neil Campbell, *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers under the Competition Act* (Toronto, Carswell, 1997) p. 2 à 33.

¹⁵ Anne Carty et Peter Glossop, « Outcome of Waste Industry Case Turns on Economics » *Canadian Competition Record* 20 (été 2001) p. 20 à 24.

¹⁶ Neil Campbell, « The Economic Theory of 'Unilateral Effects' and the Practical Reality of Differentiated Products Mergers » dans Bruce Graham, *Conférence annuelle d'automne 1998 en droit de la concurrence de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien*, p. 177 à 184.

¹⁷ Lawrence White, *op. cit.* p. 15 et 16.

¹⁸ Ross, 2004, *op. cit.*, p. 256 et 257.

¹⁹ Thomas Ross et Andy Baziliauskas, « Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects » *Canadian Business Law Journal* 33, 2000, p. 373 à 426; Jeffrey Church, « The Economics of Coordinated Effects and Merger Analysis » dans Donald Houston ed., *Conférence annuelle d'automne 2000 en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien*, p. 561 à 578.

²⁰ « Lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Royale du Canada et à la Banque de Montréal » (11 décembre 1998), <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01612.html>; « Lettre du Bureau de la concurrence à la Banque Canadienne Impériale de Commerce et à la Banque Toronto-Dominion », (11 décembre 1998), <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01601.html>.

²¹ Ross et Baziliauskas, *ibid.*, p. 421.

²² *Ibid.*, p. 426.

²³ <http://csgb.ubc.ca/ccpp/simulation/#about>

²⁴ Pour connaître les facteurs fondamentaux de l'application du modèle Cournot à la politique sur les fusions, voir Joseph Farrell et Carl Shapiro, « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis » *American Economic Review* 80 (mars 1990) p. 107 à 126.

²⁵ Carl Shapiro, « Mergers with Differentiated Products » *Antitrust* 10, 1996 p. 23 à 30.

²⁶ À titre d'exemple, on présume que les deux sociétés fusionnantes ont les mêmes marges prix-coût (indices Lerner).

²⁷ Gregory Werden, « A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products » *The Journal of Industrial Economics* 44 (décembre 1996) p. 409 à 413.

²⁸ Roger Ware, « Leading Edge Issues in the Economics of Competition Policy » dans James Musgrove ed. *Competition Law for the 21st Century* (Section du droit de

la concurrence de l'Association du Barreau canadien, conférence annuelle 1997) p. 65 à 68

²⁹ Lilla Csorgo et Margaret Sanderson, « Differentiated Products Mergers: Recent Experience in Canada and the U.S. » dans Bruce Graham ed., Conférence annuelle d'automne 1998 en droit de la concurrence de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, p. 133 à 162

³⁰ George Lermer, « The Competition Bureau Dusts Off the Interdependence (Collusion) Doctrine » *International Antitrust Bulletin* (printemps 1999) p. 13 à 22.

³¹ Tribunal de la concurrence, Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane, affidavit de Michael R. Ward, http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002_0125_38JWG-7162007-1414.pdf

³² Joseph Farrell et Carl Shapiro, « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition » *The B.E. Journal of Theoretical Economics* v.10, n.1, 2010, article 9. Farrell et Shapiro ont affiché leur analyse pour la première fois en 2008.

³³ Présentation dans Frederick Warren-Boulton à la Conférence annuelle d'automne 2010 en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, http://www.cba.org/cba/cle/PDF/COMP10_WarrenBoulton_paper.pdf.

³⁴ L'affaire Staples portait sur la fusion de deux grands détaillants de fournitures de bureau, Staples et Business Depot. Se posait l'importante question de savoir si le marché de produits pertinent se limitait aux grands détaillants. Les économétriciens de toutes les parties estimaient la sensibilité des prix et marges respectifs des détaillants fusionnants à la proximité de grands concurrents. Voir Orley Ashenfelter, David Ashmore, Johnathan Baker, Susan Gleason et Daniel Hoskin, « Empirical Methods in Merger Analysis: Econometric Analysis of Pricing in FTC v. Staples » *International Journal of the Economics of Business* 13 (juillet 2006) p. 265 à 279. Pour un point de vue différent, voir Jerry Hausman et Gregory Leonard, « Documents versus Econometrics in Staples » (NERA Consulting, 1^{er} septembre 1997) http://www.nera.com/nera-files/PUB_Staples_963.pdf. Ces auteurs sont d'avis que les études économétriques s'annulaient mutuellement, de sorte que la Cour devait se fier aux documents de base.

³⁵ Bureau de la concurrence, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi, 6 octobre 2011, par. 3.1 http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html#s4_1

³⁶ *Ibid.* par. 6.15

³⁷ *Ibid.*, par. 6.17

³⁸ *Ibid.* §.6

³⁹ Malcolm Coate, « Alive and Kicking: Collusion Theories in Merger Analysis at the Federal Trade Commission » *Competition Policy International* 4 (automne 2008) p. 145 à 174.

⁴⁰ Margaret Slade, « Merger Simulations of Unilateral Effects: What Can We Learn from the U.K. Brewing Industry? » (Département des sciences économiques, Université de Warwick, octobre 2006) p. 22. <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/academic/slade/wp/beermergers2.pdf>

⁴¹ Slade, *ibid.*, p. 21 et 22.

⁴² *Canada, Commissioner of Competition c. Canadian Waste Services Holdings Inc.*

(2001), 11 C.P.R. (4d) 425 (Tribunal de la concurrence).

Pour une explication de la distinction entre les loyers ricardiens et les profits supranormaux, voir : Jeffrey Church et Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach* (Boston, McGraw Hill, 2000) p. 435. Pour l'analyse de cette distinction dans le contexte de *Canadian Waste Services*, voir : Margaret Sanderson et Ralph Winter, « Geographic Market Definition in *Canadian Waste Services* » *Canadian Competition Record* 21 (printemps/été 2002) p. 112 à 125; Margaret Sanderson et Ralph Winter, « Profits versus Rents in Antitrust Analysis: An Application to the *Canadian Waste Services Merger* » *Antitrust Law Journal* 70, (novembre 2002), p. 485 à 513.

⁴³ Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, volume 2 du rapport (Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1985) p. 218. Voir aussi R.S. Khemani, « Merger Policy in Small versus Large Economies » dans R.S. Khemani and W.T. Stanbury eds. *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991) p. 205 à 224.

⁴⁴ Michael Trebilcock et Ralph Winter, « The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy » *Canadian Competition Record*, 19 (hiver 1999-2000) p. 106.

⁴⁵ Paul Crampton, *Mergers and the Competition Act op. cit.*, ch.7.

⁴⁶ Bureau de la concurrence, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi (mars 1991) art. 5.5. <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01682.html>

⁴⁷ Voir aussi Crampton, *op. cit.*, p. 529 à 532

⁴⁸ Peter Townley, « Efficiency Standards: They Also Serve Who Only Sit and Weigh » *Canadian Competition Record* 21 (hiver 2002-2003) p. 115 à 132

⁴⁹ *Canada (Director of Investigation and Research) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289.

⁵⁰ Trebilcock et Winter, « The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy » *op. cit.*, p. 108 et 109.

⁵¹ Mon analyse suit Jason Gudolsky et Patrick Gay, « Long Live the Merger Enforcement Guidelines? A Review of the Superior Propane Decision » *Canadian Competition Record* 20 (automne 2000), p. 47 à 79.

⁵² Pour un commentaire sur la série d'événements suivant la décision rendue par le Tribunal dans Supérieur, voir : Andrew Roman, Michael Piaskoski et Michelle Wong, « Legal Principles versus Economic Principles: The Battle over Efficiencies in Canadian Merger Review » *Canadian Business Law Journal* 44 (décembre 2006) p. 173 à 210.

⁵³ Pour une enquête sur les nombreuses variétés de modèles de compensation, voir Donald McFetridge, « The Efficiencies Defense in Merger Cases » dans Malcolm Coate and Andrew Kleit eds. *The Economics of the Antitrust Process* (Boston, Kluwer, 1996) p. 89 à 116.

⁵⁴ Roger Ware, « Efficiencies and the Propane Case » dans Donald Houston ed. *Conférence annuelle d'automne 2000 en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien* (Juris Publishing, 2001), p. 147.

⁵⁵ Frank Mathewson et Ralph Winter, « The Analysis of Efficiencies in Superior Propane: Correct Criterion Incorrectly Applied » *Canadian Competition Record* (automne 2000) p. 91.

⁵⁶ Margaret Sanderson, « Competition Tribunal's Redetermination Decision in

Superior Propane: Continued Lessons on the Value of the Total Surplus Standard » *Canadian Competition Record* 21 (printemps/été 2002) p. 2.

⁵⁷ Thomas Ross et Ralph Winter, « Canadian Merger Policy Following Superior Propane » *Canadian Competition Record* (été 2003) p. 7 à 23; Marc Duhamel et Peter Townley, « An Effective and Enforceable Alternative to the Consumer Surplus Standard » *World Competition Law and Economics Review* 26, n.1, 2003 p. 3 à 24; D.G. McFetridge, « Efficiencies Standards: Take Your Pick » *Canadian Competition Record* (été 2002) p. 45 à 58.

⁵⁸ Roger Ware, « Is Competition Economics 'Beyond the Ken of Judges'? The Federal Court of Appeal Ruling in Superior Propane » *Canadian Competition Record* 20 (été 2003) p. 1 à 7

⁵⁹ Ware, *ibid.*, p. 5.

⁶⁰ Marc Duhamel and Peter Townley, « From Superior Propane to Bill C-249: The Consequences of Informed Ignorance? » *Canadian Competition Record* 21 (été 2004) p. 117.

⁶¹ Pour tirer cette conclusion, ils invoquent l'argument du « voile de l'ignorance » de John Rawls, selon lequel si une personne ignore où elle se situera dans la répartition des revenus et est réticente à prendre des risques, elle soutiendra la redistribution du revenu comme forme d'assurance contre un sort défavorable même si cela réduisait son revenu en cas de sort favorable. Voir Thomas Ross et Ralph Winter, « Canadian Merger Policy Following Superior Propane » *Canadian Competition Record* (été 2003) p. 7 à 23 et les renvois qui s'y trouvent.

⁶² Ross et Winter, *ibid.*, p. 14 et 15.

⁶³ Thomas Ross et Ralph Winter, « The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments » *Antitrust Law Journal* 72, n. 2, 2005 p. 471 à 504.

⁶⁴ Ces pondérations sont calculées au moyen de l'expression dans Ross et Winter, « The Efficiency Defense in Merger Law », *ibid.*, n. 57.

⁶⁵ Ross et Winter, *ibid.* Tableau 2 de l'annexe, p. 503. Ces auteurs semblent aller trop loin lorsqu'ils soutiennent (n. 61, p. 492) que la consommation de propane par les pauvres doit être restreinte aux ventes directes aux ménages parce qu'on ignore si les augmentations de prix imposées aux clients commerciaux sont transmises aux pauvres. Si on se cache derrière le voile de l'ignorance de Rawlsian, il est raisonnable de présumer que la proportion de la consommation indirecte attribuée aux pauvres est la même que la proportion de la consommation directe. De plus, s'il faut tenir compte de la question de la transmission des coûts, la jurisprudence liée à l'art. 96 n'est pas aussi précise que les auteurs le mentionnent.

⁶⁶ Duhamel et Townley, « From Superior Propane to Bill C-249 » *op. cit.* p. 109.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 115 et 116.

⁶⁸ Margaret Sanderson, « Efficiencies Analysis in Canadian Merger Review: A Case for Leaving Things Be » *Canadian Competition Record* 22 (automne 2006) p. 86 à 101.

⁶⁹ Bureau de la concurrence, Le traitement des gains en efficience dans le cadre de l'examen d'une fusion, 2 mars 2009 <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02982.html#a5>

⁷⁰ Duhamel et Townley, « From Superior Propane to Bill C-249 » *op. cit.*, p. 114 et 115.

⁷¹ Bureau de la concurrence, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi,

- 6 octobre 2011, par. 12.28. http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html#para_12_13
- ⁷² Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence *op. cit.*, p. 56.
- ⁷³ Ross, « Viewpoint » *op. cit.*, p. 252 et 253.
- ⁷⁴ Michael Trebilcock, « Abuse of Dominance: A Critique of *Canada Pipe* » *Canadian Competition Record* 22 (été 2007) p. 7.
- ⁷⁵ Conseil économique du Canada, *op. cit.*, p. 101
- ⁷⁶ Harry Chandler et Robert Jackson, « Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada » 25 mai 2000, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01197.html>
- ⁷⁷ W.T. Stanbury, « A Review of Conspiracy Cases in Canada, 1965/66 to 1987/88 » *Canadian Competition Policy Record* 10 (mars 1989) p. 33 à 49.
- ⁷⁸ Conseil économique du Canada, *op. cit.*, p. 102.
- ⁷⁹ *Ibid*, p. 103.
- ⁸⁰ Green, *op. cit.*, p. 265.
- ⁸¹ Stylianos Perrakis, *Canadian Industrial Organization* (Scarborough, Prentice Hall, 1990) p. 272.
- ⁸² *Ibid*, p. 272.
- ⁸³ Stanbury, *op. cit.*, p. 37.
- ⁸⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society* [1992], 2 R.C.S. 606.
- ⁸⁵ Patrick Hughes et Margaret Sanderson, « Conspiracy Law and Jurisprudence in Canada: Towards an Economic Approach » *Review of Industrial Organization* 13 (avril 1998) p. 153 à 176.
- ⁸⁶ Donald McFetridge, « Competition Policy and Cooperative Innovation » dans Richard Braudo and Jeffrey MacIntosh eds., *Competitive Industrial Development in the Age of Innovation* (London, Routledge, 1999) p. 179 à 198.
- ⁸⁷ Bureau de la concurrence, « Les Alliances stratégiques en vertu de la *Loi sur la concurrence* », novembre 1995, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01671.html>
- ⁸⁸ Michael Trebilcock et Presley Warner, « Fixing Price-Fixing Laws » *Canadian Competition Record* 17 (printemps 1996) p. 49 et 50.
- ⁸⁹ Stanbury, *op. cit.*, p. 37. À l'égard de l'époque postérieure à PANS, voir : Shawn Neylane Michael Mahoney, « It's Not Too Tough for the Crown to Win: The Prosecutorial Track Record is not a Basis for Amending Section 45 of the *Competition Act* » *Canadian Competition Record* 21 (printemps 2004) p. 99 à 108.
- ⁹⁰ Brian Facey et Dany Assaf, « Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada's Conspiracy Laws » *Canadian Competition Record* 20 (hiver 2001-2002) p. 62 à 64.
- ⁹¹ Thomas Ross, « Proposals for a new Canadian competition law on conspiracy » *The Antitrust Bulletin* 36 (hiver 1991) p. 851 à 882, p. 872.
- ⁹² Trebilcock et Warner, *op. cit.*, p. 51 à 57.
- ⁹³ Tim Kennish et Thomas Ross, « Towards a New Canadian Approach to Agreements between Competitors » *Canadian Business Law Journal* 28, 1997, p. 22 à 68.
- ⁹⁴ Canada, Chambre des communes, Comité de l'industrie, des sciences et de la technologie, « Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien », avril 2002, Recommandation 16, <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Do>

cid=1032077&Language=F&Mode=1&Parl=37&Ses=1&File=108#c0004

⁹⁵ Pour un sommaire exhaustif des facteurs pris en considération à cet égard, voir : Yves Beriault, « Proposed Amendments to Section 45 of the Competition Act » (2002 Competition Law Invitational Forum, 8 au 10 mai, Langdon Hall, Cambridge)

⁹⁶ Brian Facey et Dany Assaf, « Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada's Conspiracy Laws » *Canadian Competition Record* 20 (hiver 2001-2002) p. 61 à 76.

⁹⁷ Donald McFetridge, « Horizontal Agreements as Reviewable Practices » Conférence annuelle d'automne en droit de la concurrence de l'ABC, octobre 2002

⁹⁸ Richard Posner, « Antitrust and the New Economy » *Antitrust Law Journal* 68, 2001, p. 939

⁹⁹ Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁰ Canada, Bureau de la concurrence, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, mai 2009, p. 3.

¹⁰¹ Pour une analyse complète, voir Trebilcock, Winter, Collins et Iacobucci, *op. cit.*, Ch. 5.

¹⁰² Pendant la période 1976 – 1985, les poursuites pour maintien des prix comptaient pour 68 pour cent des poursuites en matière de coalition à l'exclusion des affaires de publicité trompeuse et de pratiques commerciales déloyales. Voir W.T. Stanbury, « Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform » dans R.S. Khemani and W.T. Stanbury eds. *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991) tableau 1, p. 127.

¹⁰³ Ralph Winter, « Presidential Address: Antitrust Restrictions on Single-Firm Strategies » *Canadian Journal of Economics* 42 (novembre 2009) p. 1207 à 1239.

¹⁰⁴ Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada, 26 C.P.R. (4th) 476 (Tribunal de la concurrence, 2003)

¹⁰⁵ Pour les observations sur les diverses contributions à l'analyse économique du MPR, voir Trebilcock, Winter, Collins et Iacobucci, *op. cit.*, p. 373 à 399.

¹⁰⁶ Frank Mathewson et Ralph Winter, *Competition Policy and Vertical Exchange op. cit.* p. 103.

¹⁰⁷ Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Volume deux du rapport (ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985) p. 223 et 224.

¹⁰⁸ Christopher Green, *Canadian Industrial Organization and Policy op. cit.*, p. 294.

¹⁰⁹ Frank Mathewson et Ralph Winter, « The Law and Economics of Resale Price Maintenance » *Review of Industrial Organization* 13 (avril 1998) p. 81.

¹¹⁰ Winter, « Presidential Address », *op. cit.*, p. 1217 et 1218.

¹¹¹ Lilla Csorgo, « Review of Recent Developments in Canadian Price Maintenance Policy and Enforcement » *Canadian Competition Record* 21 (printemps 2004) p. 27.

¹¹² Csorgo, *ibid.* p. 27. Voir aussi : Exposé conjoint des faits et ordonnance d'interdiction, numéro du greffe de la Cour fédérale T-1504-02 (4 octobre 2002) et « Une enquête du Bureau de la concurrence mène à l'imposition d'une amende de 250 000 \$ dans un cas de maintien de prix » <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00454.html>.

¹¹³ Omar Wakil et Sue-Anne Fox, « Following Leegin: Price Maintenance North Of The

- Border » *The Price Point*, 9 (hiver 2010) p. 3 à 10 (tableau 1). <http://www.crowell.com/documents/Has-Resale-Price-Maintenance-Counseling-Changed-Post-Leegin.pdf>
- ¹¹⁴ Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, « Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et *Loi sur la concurrence* : Doctrine, droit et pratique » <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01256.html>
- ¹¹⁵ Donald McFetridge, « Anti-competitive Pricing: An Economist's View » dans Donald Houston ed. *Conférence annuelle d'automne 2000 en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien* (Juris Publishing, 2001) p. 363 à 382.
- ¹¹⁶ Canada, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, 2002, <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1032077&Language=F&Mode=1&Parl=37&Ses=1&File=123#c0002>.
- ¹¹⁷ Csorgo, *op cit* p. 28.
- ¹¹⁸ Bureau de la concurrence, « Document de travail – Options pour la modification de la *Loi sur la concurrence* : La promotion de marchés concurrentiels » (juin 2003) <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01711.html#annexe8>
- ¹¹⁹ Bureau de la concurrence, « Modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* : Précis d'information » (novembre 2004) <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00243.html>
- ¹²⁰ Jonathan Gilhen, « Resale Price Maintenance – Lessons from *Leegin* » *Canadian Competition Record* (printemps 2008) p. 110 à 115.
- ¹²¹ Le professeur Mathewson de l'Université de Toronto était membre de ce groupe.
- ¹²² « Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner » *Leegin Creative Leather Products, Inc., Petitioner c. Psks, Inc., dba Kay's Kloset. Kay's Shoes* <http://www.justice.gov/atr/cases/f221000/221027.htm#d23>
- ¹²³ Winter, 2009, *op. cit.*, p. 1219.
- ¹²⁴ Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner – Rapport final*, juin 2008, p. 58. [http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/\\$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf)
- ¹²⁵ Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *ibid.*, p. 61.
- ¹²⁶ J.S. McGee, « Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case » *Journal of Law and Economics* 1 (octobre 1958) p. 137 à 169.
- ¹²⁷ Ross, *op. cit.*, p. 256.
- ¹²⁸ Jeffrey Church et Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach op. cit.*, p. 647 à 662.
- ¹²⁹ Edward Iacobucci, Michael Trebilcock et Ralph Winter, « The Canadian Experience with Deregulation » *University of Toronto Law Journal* 56 (hiver 2006) p. 55 et 56; Winter, 2009, *op. cit.*, p. 1221.
- ¹³⁰ L'école de pensée de l'éviction au-dessus du coût qualifie de conduite d'éviction une conduite qui ne serait pas rentable en l'absence de son effet sur la viabilité de la victime. Voir Church et Ware, *Industrial Organization, op. cit.*, p. 648.
- ¹³¹ Winter, 2009, *op. cit.*, p. 1220 à 1221.
- ¹³² Iacobucci, Trebilcock et Winter, *op. cit.*, p. 54.
- ¹³³ Bureau de la concurrence, « Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante », juillet 2001 §.4.3. <http://www>

bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01251.html

¹³⁴ Bureau de la concurrence, « Lignes directrices révisées sur les dispositions d'abus de position dominante », janvier 2009 §.4.3 <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02942.html>

¹³⁵ Bureau de la concurrence, « Les dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*) » par. 3.2.2 <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03445.html>

¹³⁶ Thomas Ross et W.T. Stanbury, « Dealing with Predatory Conduct in the Canadian Airline Industry: A Proposal » *Canadian Competition Record* (été 2001), p. 59 à 76.

¹³⁷ *op. cit.*, par. 3.2.2

¹³⁸ Thomas Ross et William Stanbury, « Policy Proposals for Enhancing Competition in Canadian Airline Markets » (Étude préparée pour le Comité d'examen de la Loi sur les transports, Transports Canada, 2001)

¹³⁹ Margaret Sanderson, « Economic Issues Arising from the Air Canada/CAIL Merger » dans Donald Houston ed., *Conférence annuelle d'automne 2000 en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien*, p. 527 à 537.

¹⁴⁰ Iacobucci, Trebilcock et Winter, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴¹ Bureau de la concurrence, « Ébauche – Lignes directrices pour l'application de la loi relative à l'abus de position dominante dans l'industrie du transport aérien », février 2001, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01239.html>.

¹⁴² Thomas Ross et W.T. Stanbury, « Dealing with Predatory Conduct in the Canadian Airline Industry: A Proposal » *op. cit.*, p. 70.

¹⁴³ Margaret Sanderson et Michael Trebilcock, « Bad Policy, Bad Law: Bill C-26 Amendments to the Competition Act on Airline Predation » *Canadian Competition Record* (printemps/été 2000) p. 32 à 37.

¹⁴⁴ Lilla Csorgo, « Canada's Draft Abuse of Dominance Guidelines: A Comparative Look » p. 21 et 22. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416171. Au moment où elle a rédigé cet exposé, Mme Csorgo était titulaire de la chaire T.D. MacDonald au Bureau de la concurrence. Son analyse de l'affaire Air Canada s'inscrit dans une analyse plus générale du rôle des examens prix-coût dans les affaires d'abus de position dominante ou de monopolisation.

¹⁴⁵ William Baumol, « Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test » *Journal of Law and Economics* 39 (avril 1996) p. 49 à 72.

¹⁴⁶ Csorgo, « Canada's Draft Abuse of Dominance Guidelines: A Comparative Look, » *op. cit.*, p. 24 et 25.

¹⁴⁷ Donald McFetridge, « The Commissioner of Competition v. Air Canada: Phase 1 » *Canadian Competition Record* (printemps 2004) p. 81 à 98. Air Canada a fait appel au professeur McFetridge dans cette affaire.

¹⁴⁸ Csorgo, *op. cit.* p. 22 et 23.

¹⁴⁹ Iacobucci, Trebilcock et Winter, *op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁰ James Musgrove et Dan Edmonstone, « Stalled on Take-off: Commissioner of Competition v. Air Canada – A Comment » *Canadian Competition Record* (printemps 2004) p. 76 à 79.

¹⁵¹ Musgrove et Edmonstone, *ibid.* p. 77.

¹⁵² Jeffrey Brown, Paul Collins et Kevin Rushton, « The Aspen Skiing Case from a

Canadian Competition Law Perspective » *Antitrust Law Journal* 73, n.1 p. 259 et 260

¹⁵³ Iacobucci, Trebilcock et Winter, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁴ Paul Crampton, « 'Abuse' of 'Dominance' in Canada: Building on the International Experience » *Antitrust Law Journal* 73, n.3, 2006, p. 803 à 867.

¹⁵⁵ Bureau de la concurrence, « Lignes directrices révisées sur les dispositions d'abus de position dominante, janvier 2009 » *op. cit.*, annexe III.

¹⁵⁶ L'analyse dans cette section est fortement inspirée de l'exposé de Zhiqi Chen, Thomas Ross et W.T. Stanbury, « Refusals to Deal and Aftermarkets » *Review of Industrial Organization* 13 (avril 1998) p. 131 à 151.

¹⁵⁷ Les experts doivent maintenant signer une convention prescrivant que leur obligation d'informer le tribunal l'emporte sur leur obligation envers leur client.

¹⁵⁸ Chen, Ross et Stanbury, *op. cit.* p. 150

¹⁵⁹ Jusqu'à maintenant, l'autorisation de présenter une demande au tribunal en vertu de l'art. 75 a été accordée à sept partie privée.

¹⁶⁰ Mon analyse de la décision du tribunal suit l'exposé de Peter Franklyn et Steve Sansom, « Tribunal Finds Exclusivity Rebate by Dominant Firm not Anti-Competitive » *Canadian Competition Record* 22 (automne 2005) p. 49 à 64.

¹⁶¹ Le Tribunal a défini le marché de produits en fonction du fait que la fonte était prescrite par les codes du bâtiment pour certaines applications, laissant entendre que tous les clients achetant des produits d'évacuation et de ventilation en fonte étaient essentiellement captifs. Subsidiairement, il pourrait y avoir eu de nombreux acheteurs potentiels non captifs de fonte et si Bibby ne pouvait pas établir de distinction entre les acheteurs, il n'aurait pas de puissance commerciale. Voir Andy Baziliauskas et Roger Ware, « Does Canada Pipe Really Have Market Power? » *Canadian Competition Record* 22 (automne 2005) p. 65 à 77.

¹⁶² *Canada (Director of Investigation and Research) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence); *Canada (Director of Investigation and Research) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Tribunal de la concurrence); *Canada (Director of Investigation and Research) c. D&B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Tribunal de la concurrence).

¹⁶³ Franklyn et Sansom, *op. cit.*, p. 52 et 53 et les renvois qui y figurent.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁶⁵ Ce calcul présume ce qui suit : (1) le multiplicateur en vertu du PDS est de 0,55 (le client paye 55 % du prix courant); (2) le multiplicateur pour les clients non-PDS est de 0,94; (3) les clients PDS reçoivent aussi un rabais trimestriel de 7 % et un rabais annuel de 4 % sur leurs achats; le distributeur doit continuer d'acquérir 20 % de son approvisionnement auprès de Bibby. Aux fins de ce calcul, les rabais sont traités comme s'ils étaient versés au moment de l'achat. Si C est le prix du concurrent, que L est le prix courant de Bibby, que S est le prix PDS de Bibby et que M est le coût de mélange du distributeur, le distributeur ne voit pas de différence entre le PDS et le concurrent si $(0,94)(.2)L + 0,88C = 0,55(1 - (0,07 + 0,04))L = S$. L'égalité du côté gauche se traduit par $C/L = 0,38$ et $1 - C/L = 0,62$. Pour l'égalité du côté droit, $S/L = 0,55(1 - (0,07 + 0,04)) = 0,49$, de sorte que $C/S = 0,77$ et $1 - C/S = 0,33$.

Si un concurrent faisait une offre égale au PDS sur 80 % de l'approvisionnement du distributeur, cela établirait son prix selon la formule suivante $C = 0,55(1 - (0,07 + 0,04))L$. Le coût de mélange du distributeur, M, s'établirait à $(0,94)(0,2)L + 0,55(1 - (0,07 + 0,04))$

(0,8)L et $M/S = 1,18$. Tous les résultats sont arrondis à la deuxième décimale.

¹⁶⁶ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée Co.* (C.A.F.), 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3

¹⁶⁷ Brennan et Gunderson, *op. cit.*, p. 76.

¹⁶⁸ Brennan et Gunderson, *op. cit.*, p. 77. Voir aussi Trebilcock, *op. cit.*, p. 5 à 9. Le professeur Trebilcock soulève plusieurs autres préoccupations au sujet de la décision de la Cour fédérale.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 77

¹⁷⁰ Bureau de la concurrence, « Les dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*) » *op. cit.*, §.3.2.

¹⁷¹ *op. cit.*, p. 19

¹⁷² Sur *Tele-Direct*, *NutraSweet* et *Nielsen*, voir Church et Ware, 1998, *op. cit.* p. 85 à 129 et Winter, 2009, *op. cit.*, p. 1223 à 1234 et les renvois qui y figurent. Sur *Tuyauteries Canada*, voir Baziliaskas et Ware, *op. cit.*, p. 65 à 77 et sur *Waste Management*, voir Sanderson et Winter, « Geographic Market Definition », *op. cit.*, p. 112 à 125 et Sanderson et Winter, « Profits versus Rents », *op. cit.*, p. 485 à 513.

¹⁷³ Ross, « La politique de concurrence au Canada », *op. cit.*, tableau 1, p. 248. Voir aussi Peter Glossop, « Canada's 2007 Amendments to its Immunity Policy: A Brief Review » *Canadian Competition Record* 23, (printemps 2008) p. 8 à 14.

¹⁷⁴ Sanderson, « Efficiencies Analysis in Canadian Merger Review », *op. cit.* p. 86.

¹⁷⁵ R.Jay Holsten, « *The Commissioner of Competition v. Superior Propane: The Tribunal Strikes Back* » *Canadian Competition Record* 21 (printemps/été 2002) p. 29 et 30.

¹⁷⁶ Pour une critique institutionnelle plus générale, voir : Edward Iacobucci et Michael Trebilcock, « Critical Reflections on The Institutional Design of Canadian Competition Policy » *Revue canadienne du droit de la concurrence* 24, n° 1 (2011) p. 39 à 48

¹⁷⁷ Ross, « La politique de concurrence au Canada », *op. cit.*, p. 262 à 266.

¹⁷⁸ Juge Sandra J. Simpson, « The Competition Tribunal 2003-2011 and Beyond » *Revue canadienne du droit de la concurrence* v.24, n° 1, 2011, p. 49 et 50.