

LA LOI SUR LA CONCURRENCE DE 1986 : SOURCE D'ESPOIR ET DE PROMESSES

Lawson A. W. Hunter, c.r.¹

Stikeman Elliott, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa

Cela fait très longtemps que le Canada est doté d'une politique en matière de concurrence, et celle-ci a connu, pour l'essentiel, un parcours sans histoire. Les historiens du droit s'empresseront de souligner que notre première loi sur la concurrence, la *Loi à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce* (*An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*)², a été adoptée avant son équivalent américain, la *Sherman Antitrust Act*³. L'adoption de cette première loi canadienne n'a cependant pas vraiment constitué un tournant dans l'histoire de la pensée juridique et économique canadienne. Comme la *Sherman Act*, elle était perçue avec passablement de scepticisme (en 1973, Michael Bliss l'a même qualifiée de [TRADUCTION] « simulacre politique »⁴). Le premier gain de cause en vertu de cette loi n'a été obtenu que douze ans après son adoption, et n'aurait pas été possible sans les modifications qui avaient été apportées en 1900⁵. En outre, la loi de 1889 était essentiellement un texte en évolution : des dispositions sur les fusions et les monopoles n'y ont été ajoutées qu'en 1910, des clauses sur les pratiques de fixation des prix n'y sont apparues qu'en 1935, les notions de publicité trompeuse n'y ont été incorporées qu'en 1960, alors que ce que l'on appelle maintenant les pratiques susceptibles d'examen aux termes du régime civil n'y figurent que depuis 1976⁶.

Le *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* du Conseil économique du Canada, publié en juillet 1969⁷, a marqué le point tournant qui a vu les entreprises canadiennes entraînées (en de nombreux cas contre leur gré et avec force protestations) dans l'univers de l'actuelle *Loi sur la concurrence*. Contrairement à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, qui faisait appel à des dispositions criminelles pour contrôler les fusions et qui prévoyait l'illégalité en soi de parts de marché élevées, le rapport du Conseil préconisait un mélange de dispositions civiles et criminelles, en portant une attention singulière à [TRADUCTION] « la protection des intérêts des consommateurs canadiens par le jeu d'un fonctionnement efficace de l'économie »⁸. Les recommandations du Conseil ont suscité une controverse musclée. Après le dépôt, en 1971, du projet de loi C-256, qui incorporait un grand nombre des réformes proposées par le Conseil, le *Financial Post* relevait que [TRADUCTION] « jamais une proposition du gouvernement n'aura, depuis les premiers jours du grand débat au sujet de l'impôt sur le revenu, à elle seule, provoqué le courroux de la communauté d'affaires dans

la mesure où l'a fait la *Loi sur la concurrence* »⁹. Les entreprises ont critiqué les réformes pour avoir excessivement favorisé les consommateurs et ne pas s'être du tout préoccupées de la survie des industries nationales. Les entreprises se sont également opposées à ce qu'elles percevaient comme étant la substitution, à l'appréciation du marché, d'« experts » nommés par le gouvernement¹⁰.

En 1987, j'avais écrit, pour un numéro du prédécesseur de la présente revue, un article qui contrastait deux différentes méthodes de contrôle des fusions¹¹. La première, celle qui a en fait été adoptée, était un processus d'examen des fusions fondé sur une vérification des acquisitions, entreprise par des parties indépendantes chargées de l'application de la loi; cet examen était, à son tour, fondé sur des facteurs relevant de la compétence des tribunaux. La deuxième option possible, était une « *DIRA approach* », soit une méthode « à la *Loi sur l'examen de l'investissement national* », conçue sur le modèle de l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*. J'avais trouvé la première méthode, qui s'appuie sur des normes claires relevant de l'appréciation des tribunaux, préférable à la deuxième, car cette dernière remettait la décision finale d'autoriser ou de ne pas autoriser une fusion à un politicien ou à une politicienne qui pouvait tenir compte de ce qu'il ou elle voulait en prenant ses décisions. J'avais alors conclu que la méthode fondée sur des facteurs relevant de la compétence des tribunaux offrait aux entreprises une plus grande certitude et laissait moins de place aux abus. La méthode fondée sur des facteurs relevant de la compétence des tribunaux a-t-elle toutefois porté ses fruits depuis 1986? A-t-elle modéré les craintes des entreprises au sujet d'une surveillance excessive exercée par le gouvernement sur les décisions d'affaires?

L'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* en présente les objectifs essentiels : (i) stimuler l'efficacité et l'adaptabilité de l'économie canadienne; (ii) améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada; (iii) assurer à la petite et à la moyenne entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne; et (iv) assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. D'autres sections de la Loi (par exemple, l'actuel article 93 sur les fusions et l'actuel article 45 sur les cartels) énoncent les normes précises relevant de l'appréciation des tribunaux qui sont appliquées dans l'évaluation de chaque article, et qui doivent être examinées à la lumière des objectifs généraux énumérés à l'article 1.1. En 1987, le professeur Dunlop et ses collaborateurs ont reconnu [TRADUCTION] « que la réalisation simultanée de tous ces objectifs constitue bien entendu une tâche difficile et, au demeurant, que plusieurs de ces objectifs sont intrinsèquement contradictoires »¹². Une des tâches essentielles des avocats en droit de la

concurrence aura été d'harmoniser ces objectifs parfois disparates et de créer un cadre d'application de la Loi qui est cohérent et prévisible. En rétrospective, la disposition qui énumère les objectifs de la Loi a vraisemblablement causé plus de mal que de bien, du moins en ce qui concerne l'avancement de l'élaboration de normes claires.

Dans l'évaluation du caractère justiciable de la Loi, un des avantages clés qu'elle présente est son orientation doctrinale. La Loi transpose pour ainsi dire sur un texte législatif les principes économiques d'organisation industrielle. Son orientation doctrinale entraîne donc nécessairement certaines limites à son application, et a contribué à lui conférer un caractère de prévisibilité et de certitude alors qu'elle n'a encore été interprétée que très rarement par les tribunaux. Cette orientation doctrinale de la politique en matière de concurrence a également permis à la Loi de bien s'intégrer avec les lois équivalentes d'autres pays. En 1986, les seuls pays dotés de sérieux régimes antitrust étaient les États-Unis, l'Allemagne et l'Union européenne, même si l'UE n'était pas munie, cette même année, d'un processus d'examen des fusions. Le Canada, l'Australie et le Royaume-Uni accusaient un certain retard, alors qu'une grande partie de l'Europe n'était tout simplement dotée d'aucun régime de concurrence. Depuis ce temps-là, plus de 140 pays ont adopté des lois en matière de concurrence et d'examen des fusions. Le caractère à la fois vaste et international de nombreuses entreprises modernes ainsi que des fusions d'aujourd'hui souligne l'importance de lois sur la concurrence qui cadrent bien avec les lois d'autres pays, et présentent les mêmes caractéristiques qu'elles. Dans ce contexte international, la Loi s'est aisément adaptée aux autres régimes nationaux en matière de concurrence. D'ailleurs, depuis la création en octobre 2001 du Réseau international de la concurrence (*International Competition Network*), deux Canadiens ont déjà occupé les fonctions de président du Comité de direction. Notre loi et notre orientation générale en matière de concurrence sont en harmonie avec l'approche internationale.

Même si la connaissance de principes économiques continue d'être une caractéristique essentielle qui sous-tend les composantes justiciables de la Loi, plusieurs de ses dispositions ont été modifiées et réinventées au fur et à mesure que le concept économique d'antitrust a évolué. Par exemple, la Loi prévoyait autrefois que la pratique de prix discriminatoires et la vente à des prix artificiellement bas étaient des crimes alors que, dans les faits, ces concepts en ont maintenant été entièrement supprimés. Le moyen de défense que prévoit l'article 96 de la Loi et qui permet d'éviter l'interdiction de fusionnement lorsque celui-ci entraîne des gains en efficacité, a été examiné attentivement par le Tribunal de la concurrence et par la Cour d'appel fédérale au cours de la saga de

l'affaire *Superior Propane*; en fin de compte, la disposition fut interprétée d'une façon qui ne concordait pas avec les prédictions de la majorité des avocats et des universitaires.

Comme la Loi est axée sur des facteurs qui relèvent de la compétence des tribunaux et que son application requiert une connaissance de principes économiques, elle offre aux consommateurs et au monde des affaires un cadre de référence durable. Toutefois, une carence en matière d'interprétation jurisprudentielle et le vaste pouvoir d'appréciation discrétionnaire accordé au commissaire de la concurrence ont également mené à une transparence inadéquate. Dans mon article de 1987, j'avais recommandé que soient établis des points de repère quantitatifs afin d'offrir de la certitude aux entreprises et de veiller à une application cohérente des normes justiciables. Cependant, en raison des mesures incitatives établies par la Loi, l'on ne s'attendait pas à ce que de nombreuses causes soient portées devant les tribunaux. Dès lors, bien des points de repère ont pris la forme de lignes directrices publiées par le Bureau de la concurrence. Ces types de principes directeurs sont bénéfiques parce qu'ils servent à combler les lacunes qui résultent d'un manque de décisions rendues par le Tribunal de la concurrence et parce qu'il est facile de les mettre à jour au fur et à mesure qu'évolue la théorie économique. Mais ces lignes directrices ne sont pas juridiquement contraignantes, ce qui signifie qu'elles ne peuvent offrir aux entreprises des éléments d'orientation définitifs, sur lesquels elles peuvent compter. D'ailleurs, tout au long de l'affaire *Superior Propane* au début des années 1990, le commissaire de la concurrence prônait une interprétation du moyen de défense permettant d'éviter l'interdiction de fusionnement lorsque celui-ci entraîne des gains en efficience, qui ne concordait pas avec les indications données dans la version alors en vigueur des *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions* publiées par le Bureau de la concurrence. De telles lignes directrices ne sont ainsi que des substituts imparfaits de véritables interprétations de la Loi données par le Tribunal de la concurrence ou par les Cours fédérales.

Le fait que la Loi accorde au commissaire ou à la commissaire de la concurrence un important pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui lui permet de diriger une poursuite ou de négocier des règlements comme il lui plaît, est également source de préoccupation. Ce pouvoir discrétionnaire a mené à des variations dans l'application de la Loi par les différents commissaires. Par exemple, le commissaire sortant, Sheridan Scott, n'a intenté que relativement peu de poursuites, et était parfois perçu comme un intellectuel avec un penchant pour les grands enjeux de politique générale. En revanche, l'actuelle commissaire, Melanie Aitken, s'est montrée bien plus agressive. À bien

des égards, le Bureau de la concurrence a également négligé de faire preuve de transparence en ce qui concerne les raisons de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Dans la plupart des cas où le Bureau décide de ne pas tenter de poursuite face à une fusion ou à une certaine pratique commerciale, il n'en divulguera pas de renseignements au public. Dans les cas où le Bureau décide de publier une déclaration ou ce qu'il appelle un « précis d'information technique », ces textes sont succincts et ne traitent pas de questions de fond. Ce manque de transparence est amplifié par l'habitude qu'a le Bureau de régler les procédures de contestation de fusions au moyen d'ententes de consentement qui ne sont pas évaluées par le Tribunal de la concurrence, en raison des modifications législatives qui ont enlevé à ce dernier son pouvoir d'examen.

Il est possible que la réticence du Bureau à faire preuve de transparence au sujet de son processus décisionnel soit reliée à son interprétation des dispositions de la Loi qui portent sur la confidentialité des renseignements, ou encore à sa crainte que les entreprises pourraient ultérieurement lui tenir rigueur de ses décisions actuelles. Toutefois, étant donné l'importance de la transparence et le fait qu'il est rare que les enquêtes en matière de concurrence ne parviennent devant le Tribunal de la concurrence ou les tribunaux, il faudrait encourager le ou la commissaire à faire davantage preuve de transparence dans l'exercice de son considérable pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Une autre caractéristique essentielle de la conception, sur le plan institutionnel, de la *Loi sur la concurrence*, a été la création de l'instance quasi-judiciaire du Tribunal de la concurrence, en vue de régler les différends qui surviendraient entre le ou la commissaire et les entreprises. C'est une composante clé de l'approche fondée sur des facteurs justiciables, qui a été décrite ci-dessus : afin que l'application de la Loi soit prévisible et fiable, elle doit se faire sur la base des décisions d'une entité indépendante possédant des compétences en économie, et non des décisions de politiciens (comme c'était le cas avec la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*). Le Tribunal a cependant été saisi d'un trop petit nombre de causes pour être investi d'une véritable autorité digne d'être prise en considération. Dans le volume antérieur de la présente revue, les professeurs Edward Iacobucci et Michael Trebilcock ont fait remarquer que le Tribunal [TRADUCTION] « a, en réalité, cessé de se livrer à une évaluation externe du processus décisionnel du Bureau »¹³. Ils ont conclu que, dans les faits, et particulièrement dans les cas de fusionnement, les entreprises ont besoin de l'approbation du Bureau parce qu'elles ne peuvent, de façon crédible, menacer de faire plaider leur cause devant le Tribunal. Cette prédisposition à ne pas recourir aux services du Tribunal, conjuguée à l'absence de transparence suffisante affichée par le Bureau dans la conduite de ses propres affaires, présente

des risques importants pour le caractère justiciable des normes établies par la Loi. Les réformes à venir devraient viser à consolider le rôle important que doit jouer le Tribunal en veillant à une application cohérente et raisonnée de la Loi.

Il n'y a aucun doute que la *Loi sur la concurrence* a constitué un important pas en avant de la politique canadienne en matière de concurrence, et que les dernières 25 années ont été caractérisées par de nombreuses autres avancées positives. Les compétences en économie qu'exige l'application de la Loi et son adoption de normes justiciables offrent un saisissant contraste par rapport à la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* et à l'actuelle *Loi sur l'investissement Canada* qui, elles, souffrent d'un plus faible degré de prévisibilité ainsi que d'un plus grand risque d'ingérence des politiciens et d'utilisation à mauvais escient. L'avenir témoignera vraisemblablement d'une intense attention portée sur l'harmonisation et sur la coopération internationale, et la perspective adoptée par le Canada sur les politiques en matière de concurrence fera de lui un inestimable protagoniste dans le cadre de l'élaboration et de la mise au point d'une approche antitrust internationale.

NOTES EN FIN DE TEXTE

¹ Lawson Hunter a occupé des postes clé au sein du gouvernement et du monde des affaires canadiens. M. Hunter est le fondateur du groupe du droit de la concurrence et investissements étrangers de Stikeman Elliott, et est présentement avocat-conseil au sein de ce cabinet. En tant que directeur des enquêtes et recherches (maintenant le commissaire de la concurrence), M. Hunter fut responsable de l'adoption de la Loi sur la concurrence en 1986.

² L.C., 1889, 52 Vic., ch. 41.

³ Ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7.

⁴ Michael Bliss, « *Another Anti-Trust Tradition: Canadian Anti-Combines Policy, 1889-1910* », XLVII(2) *Business History Review* 177, à la page 182 (1973).

⁵ Carman D. Baggaley, « *Tariffs, Combines and Politics: The Beginning of Canadian Competition Policy, 1888-1900* », dans « *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy* », R.S. Kemani et W.T. Stanbury éditeurs (Halifax : IRPP, 1991) [*Perspectives*], à la page 1.

⁶ Paul K. Gorecki et W.T. Stanbury, « *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983* » (Montréal : IRPP, 1984), à la page 7.

⁷ Bruce C. McDonald, « *Canadian Competition Policy: Interim Report of the Economic Council of Canada* », 15 *Antitrust Bulletin* 521 (1970).

⁸ Ian D. Clark, « *Legislative Reform and the Policy Process: The Case for the Competition Act* », dans Kemani et Stanbury, *Perspectives*, à la page 228.

⁹ *Ibid.*, à la page 229.

¹⁰ Consultez, par exemple : Steven Globerman, « *The Merger Provisions of Bill C-91: An Evaluation* », dans « *Reaction: The New Combines Investigation Act* » (Vancouver : Institut Fraser, 1986), à la page 103.

¹¹ Lawson A.W. Hunter, « *The New Competition Act – Merger Provisions – Certainty or a Random Walk* », 8(4) *Can. Comp. Pol. Record* 1 (1987).

¹¹ Bruce Dunlop et coll., « *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis* » (Toronto : *Canada Law Book*, 1987), à la page 287.

¹² Edward Iacobucci et Michael Trebilcock, « *Critical Reflections on the Institutional Design of Canadian Competition Policy* », 24 *Can. Comp. L. R.* 39, à la page 46.