

Examen de la *Loi sur la concurrence* au Canada à l'ère numérique

Edward M. Iacobucci

Titulaire de la chaire de la Bourse de Toronto en réglementation des marchés financiers
Faculté de droit, Université de Toronto

27 septembre 2021

Table des matières

1. Introduction.....	2
2. Concurrence et marchés numériques.....	9
3. La <i>Loi sur la concurrence</i> convient-elle aux marchés numériques, compte tenu des objectifs économiques classiques?	20
i) Introduction.....	20
ii) La <i>Loi</i> convient économiquement aux marchés numériques.....	23
iii) Réforme progressive	30
a) Application de la loi et modifications de clarification qui pourraient être envisagées	30
b) Réforme législative.....	40
b.i) Accords de fixation des salaires et de non-débauchage	40
b.ii) Article 96.....	43
b.iii) Abus de position dominante.....	51
b.iii.1) Tort causé à la concurrence et non aux concurrents	52
b.iii.2) Agissements anticoncurrentiels nuisant à la concurrence	57
b.iii.3) Sanctions administratives pécuniaires (SAP)	58
iv. Évolution internationale	59
a) États-Unis.....	60
b) Union européenne.....	65
c) Royaume-Uni	67
d) Australie	69
4. Objectifs non économiques	70
i) Scénario du statu quo.....	71
a) Article 1.1	73
b) Affaire <i>Supérieur Propane</i> , valeurs de politique et défense des gains en efficience	76
c) Autres valeurs politiques	79
i) La Loi sur la concurrence devrait-elle incorporer des valeurs non économiques.....	84
ii) Possibilités de réforme	92
a) L'équité comme objectif	94
b) Efficience économique	96
c) Efficience économique avec regard du Cabinet	99
d) Analyse.....	105
5. Conclusion	108

1. Introduction

Il est évident que la technologie numérique a transformé le panorama économique au Canada et dans le monde. Cette transformation a fait dire à certains que la *Loi sur la concurrence* n'est plus à même de promouvoir la concurrence et de décourager la montée et l'exercice indus du pouvoir de marché¹. De tels débats sur le caractère suffisant des dispositions antitrust ne sont pas propres au Canada, mais se déroulent à l'échelle du globe². Nous jetterons un regard critique sur l'opportunité de réformer la *Loi* au Canada, en traitant soigneusement des deux types d'allégations opposées au statu quo dans le débat mondial sur l'orientation future de la législation antitrust.

Le premier de ces arguments veut que, même si on accepte que ce qui existe comme objectifs essentiellement économiques de la politique de la concurrence convient toujours, il y a lieu de réformer la *Loi* pour que la mission qu'elle se donne s'accomplisse efficacement. Il dit que les marchés numériques sont suffisamment différents des autres cadres économiques pour que la *Loi* ne soit pas aussi efficace qu'elle pourrait l'être devant les torts économiques que cause le pouvoir de marché dans le monde numérique. On peut penser que les grandes entreprises numériques entravent l'innovation de diverses façons qui échappent actuellement à la surveillance antitrust. Ainsi, une plateforme technologique dominante peut absorber des concurrents naissants avant qu'ils n'atteignent un certain poids concurrentiel. Ce sont des acquisitions qu'il est à tout le moins difficile de bannir pour les autorités antitrust³. Une réforme s'impose donc.

¹ Voir l'analyse dans, par exemple, Hunter, Schwanen et Watson (2021) et Barnett et coll. (2020).

² Voir, par exemple, Kerber (2019), Wu (2018), Crémer, de Montjoye et Schweister (2019) et Salop (2021).

³ Voir, par exemple, Cunningham, Ederer et Ma (2021), Kamepalli, Rajan et Zingales (2021), Bryan et Hovenkamp (2020) et Sokol (2018).

Selon le second argument, les objectifs présents de la politique de la concurrence, axés sur l'efficacité et le bien-être économique, ne conviennent plus si déjà ils convenaient⁴. Les critiques affirment que, dans leur puissance, ces entreprises numériques exercent un pouvoir de marché qui cause des préjudices politiques et autres torts non économiques que la politique de la concurrence devrait combattre⁵. Les préoccupations en la matière vont des doutes que suscite la concentration du pouvoir politique dans une poignée d'entreprises aux questions d'inégalité économique, à l'enjeu de la protection de la vie privée, et j'en passe⁶. Selon ce même argument, l'orientation économique maintenant habituelle que se donnent les autorités de la concurrence dans le monde et au Canada laisse dans l'ombre une partie des conséquences particulièrement troublantes du pouvoir de marché dans le monde numérique.

Notre propos sera d'examiner les raisons de modifier la *Loi sur la concurrence* au Canada dans chacune de ces deux optiques en faisant valoir d'abord que cette loi a du mal à atténuer les préjudices économiques que cause le pouvoir de marché dans le monde numérique, et ensuite qu'il existe des torts non économiques imputables à ce même pouvoir de marché que la *Loi* devrait prendre expressément en charge.

Sur la première question, nous concluons que la *Loi* est bien armée dans l'ensemble pour contrer les préjudices économiques sur les marchés numériques, essentiellement parce qu'elle s'appuie sur des normes générales et souples d'évaluation des conduites plutôt que sur des règles particulières qui peuvent être devenues désuètes à

⁴ Voir, par exemple, l'analyse dans Barnett et coll. (2020).

⁵ Voir l'analyse dans Shapiro (2018, 2019, 2021).

⁶ Voir, par exemple, Ducci et Trebilcock (2019) (sur l'importance croissante de l'« équité » dans le discours sur la politique de concurrence); voir Douglas (2021) (sur la protection de la vie privée et les dispositions antitrust).

l'ère du numérique. Cela dit, une réforme de la *Loi* est à recommander dans certains domaines plus étroits de sorte que les objectifs économiques existants soient mieux atteints avec cette loi. Certaines de ces réformes peuvent être apportées par choix en matière d'application de la loi. Ainsi, le Bureau de la concurrence Canada pourrait vouloir diversifier son approche en se souciant moins comme il le fait de tout ce qui est « diminution sensible de la concurrence » dans l'examen des fusions, pour mieux tenir compte de tout ce qui a pour effet d'« empêcher » la concurrence, notamment en étouffant l'innovation. La *Loi* et le Bureau sont outillés pour ainsi infléchir leur orientation⁷. Il conviendrait peut-être d'apporter des modifications qui ne modifient pas l'essence de la *Loi*, mais qui précisent le pouvoir du Tribunal de rendre des ordonnances dans certaines circonstances, notamment lorsqu'une conduite peut freiner l'innovation. Dans notre exposé, nous évoquerons brièvement les priorités d'application de la loi et les modifications de clarification, mais notre attention se portera surtout sur les modifications de fond qui pourraient être apportées à la *Loi* même.

Il y a de bonnes raisons de modifier la *Loi* progressivement, mais en profondeur, à des fins économiques. Les modifications de fond recommandées ne découlent pas nécessairement de l'émergence des marchés numériques eux-mêmes et seraient justifiées de toute façon. Cependant, les marchés numériques viennent souvent aggraver les lacunes préexistantes de la *Loi* (ou du moins les lacunes des interprétations judiciaires qui en sont données). Je recommande que les dispositions contre les complots horizontaux soient modifiées et visent désormais les accords de fixation des salaires et de non-débauchage⁸. Les dispositions actuelles et la jurisprudence sur la défense des gains en efficience dans

⁷ Voir, par exemple, Bureau de la concurrence (2017).

⁸ Voir Glossop (2021). Aux États-Unis, la fixation des prix est illégale en soi. Voir Polden (2019).

les affaires de fusion à l'article 96 imposent aussi une révision de la *Loi*. Quoique l'on pense de l'optimalité de cette défense en matière de fusions, le statu quo n'est satisfaisant ni d'un point de vue économique ni d'un autre point de vue. Cette défense n'a pas à présent de fondement conceptuel clair. L'objet de la *Loi*, à l'article 1.1, l'article 96 sur l'exception des gains en efficacité et l'affaire *Supérieur Propane* n'ont pas clarifié la raison d'être de la défense des gains en efficacité, ce qui fait que son application ressortit aujourd'hui aux préférences individuelles en matière de politique applicable des membres du Tribunal appelés à se pencher sur la question dans une affaire. Il ne convient pas de demander aux décideurs judiciaires de répondre au cas par cas à la question de savoir quels sont les objectifs fondamentaux de la politique de la concurrence⁹. J'établis les lacunes de l'approche actuelle de la défense des gains en efficacité lorsqu'il est question de modifications d'ordre économique à apporter à la *Loi*, mais je laisse les importantes questions d'optimalité de cette défense à l'analyse qui suit de la question des valeurs non économiques et de la *Loi* : la réponse dépendra de la façon dont la *Loi* prend en charge les valeurs de bien-être hors économie.

Il y a toutefois un aspect de la défense des gains en efficacité que j'aborderai dans la section consacrée à l'économie. Je recommande d'annuler par la *Loi* le précédent créé par l'arrêt *Tervita* en faisant préciser par celle-ci que l'invocation de la défense des gains en efficacité par les parties à une fusion n'impose pas au Bureau de la concurrence de prouver quantitativement quels sont les effets anticoncurrentiels¹⁰.

Enfin, je recommande de modifier les dispositions en matière d'abus de position dominante pour des raisons économiques. On doit mentionner que la jurisprudence a

⁹ Iacobucci (2013); Ducci et Trebilcock (2019).

¹⁰ Voir Iacobucci (2015); Winter (2015); Ross (2016).

déterminé que, pour qu'il y ait abus de position dominante, il faut une conduite préjudiciable aux concurrents, mais qu'il peut exister une conduite favorable aux concurrents, mais défavorable à la concurrence dont les dispositions en question devraient également traiter¹¹. J'ajoute que, en général, je laisse de côté dans mon exposé d'importantes questions de procédure en ce qui concerne l'application de la politique de la concurrence, mais une question demeure qui appelle une réforme : le Canada fait bande à part dans le monde pour ce qui est de la sanction pécuniaire maximale frappant l'abus de position dominante, ayant fixé à 10 millions de dollars initialement la sanction administrative applicable¹². Je recommande de hausser largement ce montant. Je rappelle que les modifications proposées n'exigent pas pour leur justification une transformation précipitée par la numérisation de certains marchés, mais que cette même numérisation a renforcé les arguments en ce sens pour des raisons que je vais exposer.

Après avoir recommandé des modifications à apporter progressivement à la *Loi*, je regarderai quelle est l'évolution de la législation antitrust dans d'autres administrations de premier plan, dont l'Union européenne, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie. J'évoquerai des propositions à titre d'exemples et des réformes mises en œuvre dans ces territoires, en les soumettant à une analyse critique à la lumière du régime canadien et des réformes proposées pour le Canada.

Dans une seconde partie, je traiterai de la nécessité d'une réforme pour tenir compte des objectifs non économiques. J'y ferai trois observations primordiales.

¹¹ Voir Iacobucci et Winter (2010); Iskander (2018).

¹² *Loi sur la concurrence*, par. 79(3.1). Les ordonnances ultérieures frappant une même conduite peuvent donner lieu à des sanctions administratives pécuniaires à hauteur de 15 millions de dollars.

D'abord, le statu quo n'éclaire pas les responsables de l'application de la loi, les décideurs judiciaires et les intervenants privés sur les objectifs qui devraient prévaloir dans la politique canadienne de la concurrence. L'affaire *Supérieur Propane* a imposé en la matière une décision selon laquelle les membres du Tribunal ont le pouvoir discrétionnaire de choisir les questions foncièrement politiques dont ils traiteront. Cela est troublant. Quelles que soient les préférences politiques de chacun, le statu quo que représente l'énoncé d'objectifs à l'article 1.1 de la *Loi* pose ainsi un problème et une réforme quelconque s'impose. Ce serait le cas indépendamment de l'avènement des marchés numériques, mais la chose s'impose d'autant que ces marchés se prêtent à l'exercice d'un pouvoir de marché en plus d'ouvrir la voie à une plus grande mésentente politique sur les objectifs souhaitables de la *Loi*.

La nature particulière de la réforme à envisager pour l'article 1.1 comporte cependant des arbitrages de politique publique. Dans ce contexte, il est impossible d'apporter une preuve concluante qu'une approche est incontestablement supérieure aux autres. Nous tracerons diverses directions possibles pour une réforme en passant en revue leurs forces et leurs faiblesses. Nous concluons que la nette adoption d'une finalité d'efficience économique est préférable, mais en admettant qu'il existe des arguments raisonnables pour une orientation contraire. S'il est un aspect critique de cette analyse c'est que, au moment de considérer si et comment précisément la *Loi* devrait tenir compte des objectifs non économiques, il est essentiel de considérer dans quelle mesure la loi, le règlement et la politique fonctionnent comme un tout. Admettre que la redistribution économique a de l'importance, par exemple, ne dit guère si la *Loi sur la concurrence* devrait tenir compte de cette redistribution. Pour prendre un exemple, l'imposition du

revenu et les dépenses de l'État sont deux mécanismes de redistribution économique qui conviennent mieux aux tâches de redistribution que la *Loi sur la concurrence* et elles se révèlent plus systématiquement efficaces à cet égard. Le choix de l'instrument de politique publique importe¹³. Savoir qu'il existe un éventail d'instruments de politique à la disposition du gouvernement pour une diversité d'objectifs de politique publique rend moins nécessaire une réforme radicale de la *Loi*.

Voici comment se présente le reste de notre exposé. Après avoir traité de la question de savoir si et comment on doit modifier la *Loi* au mieux pour atteindre des objectifs économiques ou non économiques, nous passons en revue à la section 2 certaines des grandes raisons pour lesquelles les marchés numériques présentent de nouveaux défis pour la politique de la concurrence comparativement aux marchés classiques. Il ne suffit pas de dire que les marchés numériques diffèrent des anciens marchés de la technologie pour démontrer que la *Loi* devrait être modifiée; il est essentiel d'au moins évaluer avec soin les raisons pour lesquelles les conditions et donc la politique de concurrence pourraient être différentes sur les marchés numériques.

À la suite de cette analyse, nous regarderons à la section 3 le cas d'une réforme de la *Loi* dans l'hypothèse d'un maintien des objectifs actuels de la politique de la concurrence. Bien que l'émergence des marchés numériques puisse influencer sur les priorités en matière d'application de la loi, la *Loi* est, pour l'essentiel, bien adaptée à l'encadrement des marchés numériques. Cela dit, certaines des modifications qu'il est recommandé d'apporter à la *Loi* se justifient indépendamment de la numérisation, mais les recommandations revêtent un caractère plus urgent dans le contexte des marchés

¹³ Trebilcock, Hartle, Prichard et Dewees (1982).

numériques. Nous présenterons dans cette section des exemples d'évolution du contexte juridique dans l'Union européenne, aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie.

À la section 4, nous considérerons la réforme à la lumière des tentatives d'intégration d'objectifs non économiques à l'application de la politique de la concurrence. Les arguments en faveur de la prise en compte d'un éventail plus étendu d'objectifs dans la politique de la concurrence découlent en grande partie de la numérisation de l'économie. Les préoccupations liées à l'égalité économique et à la protection de la vie privée, par exemple, sont peut-être plus aiguës compte tenu de l'émergence de plateformes numériques dominantes. La section 4 présente des raisons de rejeter des changements radicaux dans les objectifs de la politique de la concurrence malgré le fait que les marchés numériques aggravent, voire créent, de nouvelles préoccupations sociales. Le scepticisme à l'égard de changements radicaux ne tient pas à la prétention que les autres priorités telles que la protection de la vie privée et l'égalité économique ne sont pas des sujets de préoccupation sociale (elles le sont manifestement), mais plutôt à l'argument voulant que la politique de la concurrence soit mal adaptée à la poursuite simultanée de divers objectifs incommensurables.

Enfin, nous récapitulerons et conclurons notre exposé à la section 5.

2. Concurrence et marchés numériques

À titre préliminaire, il convient d'examiner comment se présentent la concurrence et sa politique sur les marchés numériques. Si les produits numériques ne différaient pas sur le marché d'autres biens matériels sur le plan économique ou d'un autre point de vue important, la raison d'être d'une réforme, quelle qu'en soit la force, ne dépendrait pas à

tout le moins de l'évolution de l'économie ces dernières années. Il reste que les produits numériques sont différents et qu'ils le sont d'une manière qui importe sur le plan de la concurrence¹⁴. Dans cette section, nous passerons en revue certaines de leurs caractéristiques clés.

Les marchés numériques sont axés sur les données. La montée en puissance de l'informatique et d'Internet a créé une explosion des données numériques¹⁵ et a permis aux entreprises de s'appuyer sur ces données pour leur rentabilité. Non seulement il existe une vaste quantité de données sur les personnes et les produits, mais la technologie a rendu les entreprises immensément plus capables de traiter et d'analyser cette même information et de s'en remettre à elle comme apport essentiel à leurs produits.

Les exemples abondent. Facebook compte des milliards d'utilisateurs qui l'inondent de renseignements personnels sur eux-mêmes et leurs contacts, information qu'elle traite et sur laquelle elle compte notamment pour vendre de la publicité à des annonceurs désireux de s'adresser à cette clientèle. Autre exemple, des milliards de gens dépendent de Google pour leurs recherches dans Internet. Google se renseigne non seulement sur ses utilisateurs par leurs interrogations comme outil de vente de publicité, mais se sert aussi des données de leurs recherches pour affiner et améliorer son moteur de recherche. Mentionnons aussi Amazon avec sa plateforme de commerce électronique pour elle-même et d'autres vendeurs en amont et qui recueille de vastes quantités de données à diverses fins, notamment pour fixer les prix de ses produits après une analyse de la demande à l'aide des données des utilisateurs.

¹⁴ Pour une excellente analyse de la concurrence sur les marchés numériques, voir Crémer, de Montjoye et Schweister (2019).

¹⁵ Ben-Shahar (2019).

On relève un certain nombre de différences importantes sur le plan de la concurrence entre les marchés numériques et les autres marchés. D'abord, il existe souvent de puissantes externalités à un réseau¹⁶. Il y a externalité lorsque la valeur d'un produit pour un utilisateur s'accroît avec le nombre d'utilisateurs de ce produit. Les externalités de réseau peuvent être directes ou indirectes. Il y a externalité directe s'il y a un avantage en soi à ajouter un utilisateur à un réseau. Un téléphone a plus de valeur si plus de gens ont le téléphone; une plateforme de médias sociaux voit sa valeur s'accroître avec le nombre de ses utilisateurs. Mentionnons aussi les externalités indirectes des marchés numériques. Ainsi, plus un moteur de recherche a d'utilisateurs dans Internet, plus ce moteur a accès à des données et meilleurs en deviennent ses algorithmes de recherche.

Les externalités de réseau ont de profondes conséquences sur le plan de la concurrence. Elles créent en particulier une tendance à la domination de marché. Plus un vendeur a de clients et plus son produit a de la valeur pour les clients, toutes choses étant égales, ce qui attire plus de clients encore, et ainsi de suite. C'est là une boucle de rétroaction positive pour les vendeurs. C'est pourquoi les marchés caractérisés par des externalités ou effets de réseau peuvent favoriser une « concurrence *pour* le marché » plutôt qu'une « concurrence *dans* le marché¹⁷ ». Il en résulte une tendance à la concentration sur les marchés numériques, d'où des conséquences sur la politique de la concurrence. Cela peut aussi augmenter les risques de comportement anticoncurrentiel, les entreprises déjà implantées cherchant à protéger la boucle de rétroaction qui consacre

¹⁶ Voir, par exemple, Ducci (2020); Tucker (2019).

¹⁷ Voir, par exemple, Crémer, de Montjoye et Schweister (2019).

leur domination, peut-être en empêchant les concurrents naissants de rivaliser avec elles sur le marché en créant leur propre boucle de rétroaction¹⁸.

Dans le même ordre d'idées, signalons que les entreprises numériques peuvent connaître une croissance fulgurante. Cela peut s'expliquer en partie par la puissance des externalités de réseau, là où des gens se mettent à utiliser Tik-Tok, par exemple, augmentant la valeur avec la multiplication des utilisateurs, etc., d'où une possibilité de croissance exponentielle. Une entreprise qui ne fait pas le poids sur un marché aujourd'hui ou qui ne suscite même aucun intérêt peut devenir un puissant concurrent et même prédominer en peu de temps¹⁹. Ce dynamisme complique l'évaluation de la concurrence à prévoir avec le temps sur un marché.

Autre aspect, les produits numériques ont fréquemment des coûts marginaux faibles, voire nuls. Une fois que Google, par exemple, a investi dans son algorithme, son stockage et son traitement des données, le coût d'une recherche de plus ou de la vente de publicité à un annonceur de plus se fait presque nul²⁰. Ainsi s'explique la capacité des entreprises numériques à croître très rapidement et à acquérir une taille très imposante au regard de la taille d'un marché. En d'autres termes, les économies d'échelle sont importantes sur les marchés numériques. Ces économies peuvent aussi avoir pour effet de limiter la concurrence dans un marché, car il pourrait devenir impossible de s'implanter à plusieurs sur un marché où la réussite dépend d'investissements massifs en gestion des données.

¹⁸ Ducci et Trebilcock (2018).

¹⁹ Manne et Rinehart (2013).

²⁰ Manne et Wright (2011).

L'innovation est un aspect primordial des marchés numériques. Ceux-ci sont plus susceptibles de connaître une « destruction créatrice » à la Schumpeter, là où la perspective d'une domination (même temporaire) favorise une concurrence « pour le marché », et non « dans le marché »²¹. Si une comparaison statique de prix et de quantités est ce qui convient sur la plupart des marchés matériels pour évaluer l'état de la concurrence, une telle orientation pourrait ne pas faire beaucoup de sens dans l'espace numérique où une concurrence digne de ce nom tient avant tout à l'innovation et à l'évincement de produits et de technologies qui ont fait leur temps.

Les marchés numériques présentent une caractéristique absente de la plupart des autres marchés. Un vendeur peut jouir d'une domination dans la fourniture d'un produit donné, mais cette domination pourrait être mise en péril non pas par un produit rival qui est clairement un substitut, ce qui serait le cas sur la plupart des marchés, mais par un produit qui se fait jour comme complément au produit dominant, mais en pouvant un jour s'y substituer. Un excellent exemple en est le jugement porté par le département américain de la Justice que Windows de Microsoft était un système d'exploitation dominant qui cherchait à protéger sa domination en acquérant et conservant une emprise sur les navigateurs Internet²². L'argument n'était pas que les systèmes d'exploitation et les navigateurs Internet étaient en situation concurrentielle à l'époque où Windows cherchait à dominer les navigateurs en regroupant Internet Explorer et Windows, mais plutôt que ces mêmes navigateurs pouvaient venir soutenir la concurrence des systèmes d'exploitation au fil du temps en contournant pour l'essentiel ces systèmes comme intermédiaires et en fournissant aux utilisateurs des applications logicielles. Comme l'a

²¹ Gandal et Halaburda (2016).

²² *Microsoft* (2001).

fait valoir avec succès le département de la Justice, Microsoft cherchait par là à acquérir et conserver une emprise sur les navigateurs Internet de manière à préserver sa domination dans le temps sur les systèmes d'exploitation.

Dans le domaine des plateformes numériques, un argument semblable pourrait s'appliquer aux allégations contre Facebook faisant suite à son acquisition de WhatsApp²³. Bien que les services de réseau social que Facebook fournit à ses utilisateurs ne soient pas en concurrence directe avec les services de messagerie texte, d'aucuns allèguent que Facebook aurait acquis WhatsApp pour se garder d'une concurrence imminente de celle-ci avec l'intégration de fonctions qui commenceraient à ressembler à des services de réseautage social et à leur faire concurrence²⁴. L'argument vaudrait tout autant pour l'acquisition d'Instagram par Facebook : un service de téléphonie mobile de partage de photos peut initialement ne pas être un proche concurrent de Facebook, mais pourrait avoir ajouté des fonctions (ce qui s'est fait après l'acquisition) l'érigeant en substitut au fil du temps.

Une autre caractéristique marquante de concurrence pour de nombreux marchés numériques est leur double nature²⁵. Nombreuses sont les entreprises numériques dont la plateforme permet la liaison de différents types de clients. Ainsi, Google fournit des services de recherche à une clientèle désireuse d'interroger Internet, tout en rendant des services publicitaires à une clientèle cherchant à vendre ses produits aux auteurs de ces recherches. De même, Facebook exploite un réseau de médias sociaux pour une clientèle et vend des services publicitaires à une autre clientèle cherchant à vendre à ses

²³ Voir, par exemple, la plainte Facebook de la Federal Trade Commission.

²⁴ Stauber (2019).

²⁵ Ducci (2016, 2020); Iacobucci et Ducci (2018); Calvano et Polo (2021).

utilisateurs. Il en va de même d'Amazon avec une plateforme assurant la liaison entre acheteurs et vendeurs de produits.

Les marchés doubles viennent largement changer l'analyse concurrentielle des conduites en raison de l'interaction des deux clientèles en cause²⁶. On peut, par exemple, abaisser les prix d'un côté du marché, ce qui peut accroître la rentabilité générale de la plateforme en attirant une première clientèle de ce côté, et le résultat peut en être une valorisation de cette plateforme pour l'autre clientèle, d'où la possibilité d'élever les prix et la rentabilité générale de cet autre côté. Cette dynamique a été primordiale dans les affaires de concurrence, notamment dans l'affaire *Visa/MasterCard* au Canada. Pour prendre un exemple, Google ne fait pas payer les recherches qui se font, ce qui aide à attirer les internautes et, de ce fait, accroît la valeur de la publicité dans sa plateforme. De même, Amazon peut modérer les prix en subventionnant la livraison aux clients du côté « achat » du marché de manière à accroître la valeur de sa plateforme pour ses clients du côté « vente » du même marché.

Le caractère double d'un grand nombre de marchés numériques a des conséquences sur la politique de la concurrence²⁷. Il complique l'analyse des effets concurrentiels, puisque les organismes de réglementation et les tribunaux doivent s'attacher à l'incidence d'une certaine conduite sur la concurrence des deux côtés d'un même marché. Des questions comme celle de la définition à donner à un marché ont tendance à se compliquer²⁸. Les marchés doubles sont aussi source d'externalités entre

²⁶ Ducci (2016, 2020); Iacobucci et Ducci (2018); Filistrucchi et Klein (2013).

²⁷ Ducci (2016); Pontual et Golovanova (2020).

²⁸ La Cour suprême des États-Unis y est allée d'affirmations discutables en matière de définition de marché dans l'affaire *American Express*, en faisant notamment observer que les plateformes à marché double peuvent seulement être concurrencées par leurs semblables. Voir l'examen de ce précédent et les difficultés qu'il crée dans l'affaire *Sabre*.

utilisateurs, car chaque utilisateur qui s'ajoute d'un côté du marché profite aux utilisateurs de l'autre côté. Par conséquent, les externalités de réseau d'un côté peuvent limiter la concurrence de l'autre côté; si Google attire tous les internautes, les annonceurs seront plus susceptibles d'acheter à Google plutôt qu'aux autres plateformes, toutes choses étant égales.

Les marchés numériques peuvent en outre présenter des coûts non négligeables de transfert, là où les utilisateurs établis pourraient hésiter à changer de plateforme après en avoir employé une, même si au départ leur choix de la plateforme en question était presque indifférent²⁹. Ainsi, l'utilisateur d'un navigateur peut y enregistrer des mots de passe en devant assumer l'obligation de les réenregistrer dans un nouveau navigateur en cas de transfert. De même, l'habitude peut créer des coûts de transfert³⁰. De tels effets se font également sentir sur la concurrence, la valeur de l'implantation augmentant avec les coûts d'un changement. Ces coûts peuvent être prohibitifs pour de nouveaux arrivants sur le marché³¹.

J'ai relevé diverses façons pour les marchés numériques de présenter des caractéristiques économiquement importantes dont doit tenir compte toute analyse des conditions de concurrence sur ces marchés. Il existe pour ceux-ci d'autres caractéristiques non économiques d'importance qui peuvent aussi agir sur la politique de la concurrence. Le pouvoir politique de certaines plateformes numériques attire de plus en plus l'attention dans le monde³². Certaines plateformes numériques sont des éléments immensément prisés et importants de l'économie moderne. D'aucuns craignent que leur taille ne leur

²⁹ Voir, par exemple, Kamepalli, Rajan et Zingales (2021); Gans (2018).

³⁰ Goh, Xin et Jin (2019).

³¹ Gans (2018).

³² Klein et Muis (2019).

confère un pouvoir politique disproportionné et inapproprié³³. Ainsi, Amazon provoque souvent l'ire du public parce qu'elle nuit aux petits détaillants et dépeuple les centres-villes³⁴. Que Google détermine ce que sera l'accès d'une très grande partie de la population à l'information sur Internet est consternant pour certains milieux.

Plus précisément, on appréhende que certaines plateformes n'exercent un contrôle excessif sur le discours politique en raison de leur domination³⁵. Se faisant l'écho de ces préoccupations, Facebook a chargé un comité d'examen quasi indépendant d'évaluer si certaines personnes ou certains groupes devraient être bannis de Facebook, Donald Trump entre autres personnages³⁶.

On craint également que les grandes plateformes n'aient un effet négatif sur les organes d'information traditionnels et donc sur le discours politique en diffusant leur information sans compenser les médias pour avoir investi dans la création de ce contenu³⁷. L'Australie a exigé de Google et Facebook pour l'essentiel qu'elles paient les nouvelles qu'elles diffusent³⁸.

Autre grand enjeu non économique qui tient aux marchés et aux produits numériques : la protection de la vie privée³⁹. Les marchés numériques dépendent de l'accumulation et de l'évaluation de vastes quantités de données personnelles. La crainte est que les entreprises dominantes n'exercent un pouvoir excessif sur ces renseignements. Ainsi, les autorités allemandes de la concurrence se sont attaquées (sans succès à la fin) à Facebook qui exploite sa prédominance sur le marché en permettant l'échange des

³³ Stawicki, Firstenberg et Papadimos (2020).

³⁴ Voir, par exemple, Nader (2017).

³⁵ Crilley et Gillespie (2019).

³⁶ Clegg (2021).

³⁷ Murschetz (2020).

³⁸ McGuirk (2021).

³⁹ Voir, par exemple, Douglas (2021).

données personnelles entre ses divers secteurs d'activité⁴⁰. La politique de la concurrence peut également entrer en interaction avec la protection des renseignements personnels là où la sauvegarde de la vie privée risque d'empêcher un échange de l'information propre à promouvoir la concurrence. Au Canada comme au Royaume-Uni et en Australie, le gouvernement a mis de l'avant une initiative d'ouverture du système bancaire qui pourrait un jour exiger des banques qu'elles communiquent leurs données aux entreprises de technologie financière, et ce, malgré les préoccupations que ces mêmes banques ont exprimées au sujet de leurs intérêts de protection des données personnelles⁴¹. Dans l'affaire *Toronto Real Estate Board* (TREB), cet organisme a fait valoir qu'il pouvait restreindre la communication de certaines données à cause de ses intérêts en matière de sauvegarde de la vie privée. L'argument n'a pas tenu dans les faits devant le Tribunal de la concurrence, car le TREB n'a pas apporté de preuve concluante que ses appréhensions en matière de protection des renseignements personnels étaient la réelle motivation pour les restrictions qu'il imposait. Les considérations en matière de vie privée gagneront en importance dans les futures affaires de politique de la concurrence, compte tenu de la montée des marchés numériques.

Disons enfin que ces marchés, avec leurs caractéristiques « tout au vainqueur » et leur capacité de monter rapidement en puissance, peuvent mener à d'étonnantes accumulations de richesse entre les mains d'un petit nombre d'entrepreneurs. Jeff Bezos compte parmi les gens les plus riches au monde grâce au succès d'Amazon, mais il n'est manifestement pas seul de son espèce chez les entrepreneurs numériques. La richesse

⁴⁰ Voir Kerber et Zolna (2020).

⁴¹ Au Canada, voir Comité consultatif sur le système bancaire ouvert (2021); Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (2019).

fulgurante des fondateurs de telles entreprises attire souvent les critiques devant l'accentuation des inégalités dans nombre d'économies occidentales ces dernières années. Wu parle du « nouvel âge d'or », par exemple, et il l'invoque pour justifier en partie des dispositions antitrust plus interventionnistes⁴².

Les traits distinctifs des marchés numériques créent une dynamique concurrentielle et politique bien distincte. Ces distinctions ne se trouvent cependant pas à justifier en soi une restructuration en profondeur de la politique de la concurrence. Avant de réclamer des modifications d'importance à la *Loi sur la concurrence*, on se doit d'examiner deux questions primordiales d'un point de vue économique en se demandant, d'une part, si cette loi est suffisamment adaptée ou au moins assez souple comme elle est écrite pour tenir compte des caractéristiques concurrentielles les plus marquantes des marchés numériques et, d'autre part, si le paradigme économique qui prédomine dans cette politique au Canada depuis des décennies doit être réexaminé en fonction d'aspects non économiques comme la liberté d'expression et la sauvegarde de la vie privée, entre autres. Nous traiterons de ces questions dans les deux prochaines sections.

⁴² Wu (2018).

3. La *Loi sur la concurrence* convient-elle aux marchés numériques, compte tenu des objectifs économiques classiques?

i) Introduction

Les objectifs non économiques des dispositions antitrust ont été présents dans l'histoire et dans différentes administrations sur le plan international⁴³. Toutefois, de tels objectifs n'ont pas eu de place éminente ces dernières décennies dans la politique de la concurrence de la plupart des administrations importantes⁴⁴. Les aperçus intellectuels de l'École de Chicago tournent beaucoup autour de la mise à l'écart des objectifs non économiques. Dans le dossier antitrust, l'École de Harvard s'était dite préoccupée de ce que la concentration des structures engendre une conduite et des résultats anticoncurrentiels; ces préoccupations économiques ont trouvé un écho dans bon nombre de questions non économiques posées par la concentration des marchés. La simple sagesse disait qu'il y avait des raisons à la fois économiques et autres d'adopter une approche stricte en matière de dispositions antitrust. Les théoriciens de l'École de Chicago (il s'agissait bel et bien de théoriciens, et non d'empiristes pour la plupart⁴⁵) se sont opposés à l'École de Harvard en avançant, par exemple, l'importante idée qu'une concurrence vigoureuse pouvait mener à des structures concentrées, les concurrents les plus efficaces acquérant de grandes parts de marché par suite d'un meilleur rendement économique. L'École de Chicago a fait valoir que la politique antitrust nuirait à ceux

⁴³ Voir, par exemple, Ducci et Trebilcock (2019); Kloosterhuis (2017).

⁴⁴ Pour un excellent examen de l'évolution du cadre économique antitrust, voir Shapiro (2021).

⁴⁵ Shapiro (2021).

qu'elle voulait protéger en pénalisant les structures concentrées ou les grandes entreprises en tant que telles.

Si cette idée et d'autres ont contribué pour beaucoup à une politique antitrust moins interventionniste à dessein, certains théoriciens de l'École de Chicago étaient par trop simplistes dans leurs arguments en ne tenant pas compte suffisamment, par exemple, de l'incidence d'une concurrence imparfaite sur le marché, s'attachant à la seule concurrence parfaite aux antipodes de l'état de monopole⁴⁶. La seconde École de Chicago a conservé l'intérêt de la première pour les questions économiques, mais a fait voir, en se fondant sur la théorie et des données probantes, de nombreuses façons dont le pouvoir de marché et son cortège d'atteintes au bien-être pouvaient être plus prépondérants et durables que ne le prétendait l'école initiale⁴⁷.

Les dernières décennies ont été marquées par des débats de poids et d'intérêt sur les meilleurs moyens de promouvoir le bien-être des consommateurs comme but, mais la priorité a invariablement été économique dans les commentaires et l'application de la loi. La question de la meilleure façon de combattre les prix d'éviction en offre un exemple. Les théoriciens de l'École de Chicago soutiennent que de tels prix sont rarement pratiqués et ont encore plus rarement du succès⁴⁸, affirmation retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Brooke Group*, qui exigeait une perspective plausible de récupération des pertes causées par cette prédation pour que les prix d'éviction soient un problème aux yeux de la loi. Les observateurs de la seconde École de Chicago s'appuient sur la théorie des jeux pour faire remarquer qu'acquérir une réputation de

⁴⁶ Voir, par exemple, Iacobucci et Winter (2010); Oinonen (2012); Wilson, Klotz et Sandford (2018).

⁴⁷ Shapiro (2021); Piraino (2007).

⁴⁸ Voir, par exemple, Easterbrook (1981).

prédateur en matière de prix peut en soi faire réussir des prix d'éviction, ce qui leur ferait abandonner le critère du recouvrement des pertes⁴⁹. Les deux camps dans cette argumentation acceptent la promotion du bien-être économique comme fin à atteindre et divergent simplement sur la question des moyens d'y parvenir.

Les traits distinctifs des marchés numériques sur le plan de la concurrence ont suscité ou au moins favorisé des commentaires qui invitent à s'écarter nettement de la pensée économique classique qui a dominé les commentaires et le droit ces dernières décennies. Ce qui est peut-être le plus significatif comme nous l'avons décrit, c'est que plusieurs caractéristiques des marchés numériques tendent à favoriser la domination de certaines entreprises et aussi leur hypercroissance. Les externalités de réseau contribuent à cette prédominance, par exemple, d'entreprises établies ayant l'avantage d'une boucle de rétroaction où la valeur augmente avec l'utilisation et vice versa dans un enchaînement. Ajoutons que les intervenants des marchés numériques supportent souvent des coûts marginaux très bas, ce qui leur permet d'atteindre à une très grande taille au regard de la taille de leur marché. Même une entreprise comme Amazon, qui dépend à la fois des mégadonnées et de la logistique matérielle, présente un faible coût marginal de gestion de données, apport de première importance pour la vente en ligne d'un produit de plus. La taille de plateformes numériques comme celles de Facebook, Google et Amazon a amené un réexamen du facteur de la grande taille comme considération antitrust, les observateurs fronçant les sourcils devant le phénomène en soi de la taille⁵⁰. Wu parle de la « malédiction de la taille [TRADUCTION] », par exemple, et appelle au démembrement

⁴⁹ Voir, par exemple, Shapiro (2021).

⁵⁰ Lamoreaux (2019).

des grandes entreprises comme principe conforme aux objectifs politiques des dispositions antitrust⁵¹.

Le regain d'intérêt pour les objectifs non économiques de la politique de la concurrence a été décrit à juste titre comme une visée antitrust dans une optique populiste⁵². Il sera question en détail de ce mouvement politiquement important dans la prochaine section. Dans la présente section, la question est cependant de savoir si la *Loi sur la concurrence* est bien outillée pour prendre en charge les marchés numériques, à supposer que ce soient les objectifs économiques classiques qui prédominent. Dans la prochaine sous-section, je conclurai que la *Loi sur la concurrence* est généralement adaptée à l'ère du numérique, tout en suggérant certaines réformes à la sous-section suivante. Ces réformes ne seraient pas dictées par les traits distinctifs des marchés numériques en soi, mais deviennent plus pressantes avec l'ère numérique.

ii) La *Loi* convient économiquement aux marchés numériques

Dans les sections précédentes, j'ai évoqué un certain nombre de façons dont les marchés numériques diffèrent des marchés classiques. Je me demanderai ici si ces différences imposent des modifications de fond à la *Loi sur la concurrence*. Si les marchés numériques mettent davantage en lumière certaines lacunes préexistantes de la *Loi sur la concurrence*, ils n'appellent pas pour autant de profondes réformes.

La principale raison en est que la *Loi* est très souple comme elle est écrite. Elle énonce des normes pour juger des conduites plutôt qu'un ensemble de règles hors

⁵¹ Wu (2018).

⁵² Shapiro (2018).

contexte pour des conduites particulières. Ainsi, l'article 92 prévoit que le Tribunal doit faire cesser ou modifier un fusionnement réalisé ou proposé qui « empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet ». Il établit ainsi une norme pour juger d'une fusion, mais sans viser à donner des détails ou des instructions aux décideurs judiciaires quant à la façon d'évaluer s'il y a eu ou s'il est probable qu'il y ait une diminution sensible ou un empêchement de la concurrence. L'article 93 dresse une liste incomplète de facteurs dont « peut » tenir compte le Tribunal, qu'il s'agisse de l'existence de substituts, du degré d'efficacité de la concurrence restante sur le marché, de la nature des innovations sur ce même marché ou du fait qu'une des parties soit ou non un concurrent dynamique et efficace. Ces dispositions énoncent des facteurs bien précis, mais elles n'ont guère de caractère restrictif, puisque l'alinéa 93h) renvoie à « tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé ». Autre aspect, le Tribunal « peut » tenir compte des facteurs énumérés et n'a donc pas obligatoirement à le faire, même si, dans certaines circonstances il ne serait peut-être pas raisonnable de ne pas tenir compte de certains facteurs. Ainsi, il ne conviendrait jamais, ou presque jamais, de ne pas tenir compte des obstacles à l'entrée sur le marché. La *Loi* propose certains facteurs pour guider le Tribunal, mais l'absence d'un facteur dans la liste ne limite pas la capacité du Tribunal à considérer tout le contexte concurrentiel dans l'évaluation d'une fusion.

De même, les dispositions qui encadrent de contraintes les entreprises dominantes sont le plus souvent souples et contextuelles. L'article 79 précise que le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à une entreprise dominante de se livrer à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a, ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher

ou de diminuer sensiblement la concurrence. L'article 78 décrit une suite d'« agissements anticoncurrentiels » : établir des marques de combat, prévenir l'utilisation de ressources rares par les concurrents, etc., mais en précisant qu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Là encore, le Tribunal a la possibilité de tenir compte de tout le contexte au moment d'évaluer si une entreprise a abusé d'une position dominante.

Une réserve est formulée quant à la souplesse que confère la *Loi* pour juger de la domination. Dans les affaires *NutraSweet* et *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*, la jurisprudence a établi que, en raison de la nature de la plupart des agissements anticoncurrentiels à l'article 78, ceux-ci devaient avoir effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser l'exclusion ou la mise au pas⁵³. Ces décisions ont pour résultat singulier qu'une entreprise dominante pourrait adopter une conduite anticoncurrentielle qui diminue sensiblement la concurrence, mais qui ne constitue pas un abus de position dominante parce qu'ayant un effet strictement positif sur les concurrents. Nous y reviendrons.

Notons une autre réserve susceptible d'être formulée quant à la description de la *Loi* comme étant souple et contextuelle. Si on trouve dans cette loi une disposition

⁵³ La jurisprudence n'est pas entièrement cohérente en ce qui concerne la nécessité qu'un « agissement anticoncurrentiel » doit avoir un effet négatif sur un concurrent. Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a statué qu'une entente entre concurrents ne pouvait pas constituer un agissement anticoncurrentiel faute d'avoir sur un concurrent l'effet abusif nécessaire ou encore de mise au pas ou d'exclusion. Le Tribunal dans l'affaire *Laidlaw* cite la décision *NutraSweet*, mais conclut qu'une série d'acquisitions de concurrents par une entreprise dominante peut constituer une pratique d'agissements anticoncurrentiels même si elle n'a pas d'effet négatif sur un concurrent. Sans citer la décision *Laidlaw*, la Cour d'appel fédérale énonce clairement dans la décision *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée* le critère essentiel d'un effet négatif sur un concurrent. Plus récemment, constatant qu'un des agissements anticoncurrentiels à l'art. 78 qui consiste en « l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes » ne nuisait pas à la concurrence, la décision dans l'affaire *Toronto Real Estate Board* semblait viser à limiter ce critère, mais la remarque était incidente et avait seulement un caractère allusif. Voir Iacobucci et Winter (2010); Addy (2012). Ainsi, malgré l'ambiguïté, selon la meilleure interprétation de la jurisprudence, un agissement anticoncurrentiel doit avoir un effet négatif sur un concurrent. Une modification législative excluant une telle nécessité, que j'analyse et recommande ci-dessous, changerait la loi, ou apporterait à tout le moins des précisions opportunes.

générale en ce qui concerne l'abus de position dominante, on y relève aussi des dispositions expresses sur le maintien de prix de revente, les territoires exclusifs, l'exclusivité, les ventes liées et le refus de vendre. Ces dispositions qui relèvent davantage d'une approche de codification ne vont pas à l'encontre du constat d'une souplesse suffisante de la *Loi* pour encadrer les nouveaux marchés numériques. D'abord, elles font intervenir comme critère les pratiques d'empêchement ou de diminution sensible de la concurrence et elles ne s'écartent pas en substance du critère appliqué à l'article 79 pour l'abus de position dominante⁵⁴. Si une pratique à l'article 75, 76 ou 77 a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, elle enclenche presque à coup sûr un examen critique aux termes de l'article 79 de toute façon.

Mentionnons ensuite une préoccupation générale récente chez les observateurs en ce qui concerne les marchés numériques selon laquelle les pratiques et les marchés nouveaux échappent à un examen critique sous le régime d'une loi de la concurrence jugée désuète. Les dispositions des articles 75 à 77 visent des pratiques déterminées, mais ne limitent pas à un type particulier de pratique la généralité de l'application de l'article 79 (à condition qu'il existe un effet abusif, de mise au pas ou d'exclusion sur un concurrent). Ces autres dispositions plus spécifiques n'ont pas pour effet de restreindre la généralité ou la souplesse d'une intervention aux termes de l'article 79 dans des circonstances nouvelles.

Quelles sont les conséquences de cette marge de souplesse de la *Loi* sur l'évaluation des questions concurrentielles que posent les marchés numériques? Ces marchés ont non seulement leurs caractéristiques concurrentielles à eux, ainsi que nous

⁵⁴ Les versions antérieures de certaines dispositions n'exigeaient pas une diminution sensible de la concurrence.

l'avons évoqué, mais constituent de nouveaux marchés de produits tout court. Mais ce n'est pas dire que la *Loi* devrait être refondue. Bien avant la révolution du numérique, elle s'appliquait à un large éventail de marchés, chacun avec ses particularités. La concurrence en matière d'édulcorants⁵⁵ diffère considérablement de la concurrence chez les détaillants en alimentation pour les services de suivi du marché et le marché alimentaire de détail⁵⁶ diffère tout autant du marché de la tuyauterie⁵⁷. Et pourtant, la *Loi* s'est appliquée à chacun de ces marchés et le Bureau a prouvé l'abus de position dominante selon les pratiques particulières et les conditions concurrentielles dans chaque marché en cause. Le Bureau a persuadé le Tribunal, par exemple, que NutraSweet exerçait un pouvoir de marché tiré de ses brevets américains sur l'aspartame pour sauvegarder sa domination au Canada où ces brevets étaient expirés⁵⁸. Dans l'affaire *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*, on a allégué qu'un programme de rabais de fidélisation produisait un effet d'exclusion. Par ailleurs, on a jugé que les clauses de client le plus favorisé étaient abusives dans l'affaire *Nielsen* en ce sens qu'elles décourageaient l'entrée sur le marché. Et il y en a d'autres.

Avec une telle souplesse, on ne voit pas pourquoi la *Loi* ne pourrait s'appliquer aux nouvelles pratiques sur de nouveaux marchés. Pour illustrer cette souplesse dans la *Loi*, prenons une plainte qui gagne en importance contre de grandes plateformes technologiques comme celles d'Amazon et de Google, soit l'« autopréférence » pour leurs propres biens ou services, une stratégie qui est supposément anticoncurrentielle⁵⁹.

⁵⁵ *NutraSweet*.

⁵⁶ *Nielsen*.

⁵⁷ *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*.

⁵⁸ *NutraSweet*.

⁵⁹ Todd (2017).

Ainsi, Google fournit en recherche des services tant généraux que verticaux ou spécialisés (horaires des sociétés aériennes, par exemple)⁶⁰. On s'est dit préoccupé que Google accorde la préférence à ses propres services de recherche spécialisée dans la diffusion des résultats de recherche générale, ce qui dessert les nouveaux venus et autres concurrents en recherche spécialisée. De même, Amazon peut accorder la préférence à la vente de ses propres produits par opposition à ceux des concurrents lorsqu'elle communique des résultats aux auteurs de recherches sur son marché numérique⁶¹. La *Loi sur la concurrence* permet aisément de traiter une telle pratique. Si celle-ci a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, il pourrait s'agir d'un abus de position dominante à l'article 79. On pourrait également y voir un genre de vente liée du produit aval au produit amont (entre recherche spécialisée et recherche générale), comme le font observer Iacobucci et Ducci (2019)⁶². En fait, il y a plus qu'une possibilité en théorie que cette pratique soit examinée de près à la lumière des dispositions en matière d'abus de position dominante, puisqu'elle a été scrutée en vertu de dispositions semblables en Europe⁶³. Les autorités canadiennes ont également envisagé pour ces motifs un examen en abus de position dominante contre Google sans l'entreprendre.

Prenons un autre problème épineux dans les marchés numériques, celui de l'accès aux données. Là encore, la *Loi* est outillée pour encadrer les questions concurrentielles d'accès aux données, à tout le moins du point de vue économique qui est le nôtre dans cette sous-section. Il est clair que l'accès privilégié aux données d'une entreprise établie

⁶⁰ Voir Iacobucci et Ducci (2018); Yun (2018).

⁶¹ Voir, par exemple, Petrov (2020); Hoppner et Westerhoff (2018).

⁶² Simpson et Wickelgren (2007).

⁶³ Voir Iacobucci et Ducci (2018), Daly (2017) pour le cas de Google, et Petrov (2020), Khan (2018) pour le cas d'Amazon.

peut créer des entraves à l'entrée de concurrents dans l'optique d'une analyse de concurrence. Ainsi, l'affaire *Nielsen* a porté en partie sur les contrats exclusifs de l'entreprise dominante pour un apport essentiel, à savoir les données sur le commerce alimentaire de détail. Le Tribunal a conclu que les contrats exclusifs avec les fournisseurs de données constituaient un abus de position dominante puisqu'ils empêchaient d'éventuels nouveaux venus d'avoir accès à un apport essentiel. Il a ordonné que les contrats cessent d'être exclusifs. Plus récemment, on a examiné dans l'affaire du Toronto Real Estate Board si sa décision de limiter l'accès à certains types de données sous son contrôle équivalait à un abus de position dominante. La Cour d'appel fédérale a conclu que tel était le cas et a ordonné d'élargir l'accès aux données. Il y a une foule de questions difficiles de politique qui sont liées aux ordonnances d'accès aux données ou à tout autre apport essentiel. Quel est, par exemple, le prix approprié pour l'accès? Qui a droit d'accéder aux données? Quels protocoles de sécurité s'appliquent au transfert des données? Si elles sont d'un intérêt capital, ces questions visent à déterminer si le Tribunal *devrait* ordonner l'accès et s'écartent de notre propos qui est de démontrer que la *Loi* est suffisamment souple dans l'examen des questions de politique de la concurrence pour tenir compte des marchés numériques et pour traiter des nouveaux problèmes économiques qu'ils posent. En vertu de la *Loi*, le Tribunal *pourrait* ordonner l'accès aux données pour des motifs de concurrence.

Il n'est pas nécessaire de modifier la *Loi* du tout au tout d'un point de vue économique, puisque des changements modestes peuvent convenir, plus particulièrement à la lumière des conditions concurrentielles des marchés numériques. Notons cependant que, si la *Loi* convient en substance comme elle est écrite, de légères modifications vont

de soi dans le cas des marchés numériques si on considère qu'ils sont remarquablement volatils et qu'il y a encore tant d'inconnues à leur sujet. L'innovation et la destruction créatrice sont primordiales sur ces marchés, et il y a tant de choses aussi que nous ignorons sur ces processus. L'apport de vastes modifications à la *Loi* au nom de la promotion des avantages économiques de la concurrence sur les marchés numériques est non seulement inutile, mais il risque de nuire aux intérêts mêmes que la *Loi* cherche à protéger. En situation d'incertitude, la modestie de l'acte doit être la règle. Dans la prochaine sous-section, nous considérerons et recommanderons des changements à apporter progressivement au statu quo.

iii) Réforme progressive

Si les fondements législatifs sont en place d'un point de vue économique, des améliorations moins fondamentales pourraient s'imposer en tout état de cause, mais plus particulièrement à la lumière de ce que sont les marchés numériques.

a) Application de la loi et modifications de clarification qui pourraient être envisagées

Le Bureau de la concurrence a toute latitude pour juger des causes qui doivent être les siennes. Il peut fixer et fixe effectivement des priorités d'application de la loi aux types de pratiques et de préjudices qu'il privilégie de la sorte dans ses choix d'affaires à entendre. La souplesse de la *Loi* confère au Bureau une grande latitude au moment de constater et de réprimer des conduites préjudiciables à la concurrence et celui-ci peut arrêter des priorités en la matière. Les marchés numériques invitent à tenir compte

davantage de certains facteurs par rapport aux marchés classiques. Le Bureau est conscient des différences en question. En 2017, il a diffusé un document provisoire où il faisait plusieurs observations judicieuses sur la nécessité de réexaminer l'application de la loi à l'ère numérique⁶⁴. Dans cette sous-section, nous passons en revue certaines des façons dont l'application de la loi devrait changer dans le cas des marchés numériques. C'est ce dont fait état le document de travail consacré par le Bureau aux « mégadonnées ».

La concurrence hors prix est une considération essentielle dans le cas de beaucoup de marchés numériques. Dans une recherche par Internet, le prix pour l'auteur de la recherche (mais non pour les annonceurs) est normalement nul. Un effet anticoncurrentiel dans la recherche ne déterminera probablement pas un prix supérieur pour l'auteur de la recherche, mais une dégradation de la qualité de la recherche pourrait s'ensuivre. La recherche pourrait ne pas être optimisée, par exemple, pour mettre l'accent sur les résultats privilégiés par le fournisseur du service par opposition aux résultats préférés par l'utilisateur type. D'un point de vue économique, la dégradation de la qualité est comme préjudice l'analogie d'une hausse de prix et devrait fortement attirer l'attention dans le cas des marchés numériques étant donné la faible concurrence par les prix dans ces marchés.

L'application de la loi pourrait s'infléchir en faveur de la question de la dégradation de la qualité en délaissant quelque peu les hausses de prix sans qu'il soit nécessaire de modifier la *Loi* ou les pratiques. La *Loi* érige en tort à redresser une diminution sensible ou un empêchement de la concurrence et ne privilégie pas les effets

⁶⁴ Bureau de la concurrence (2017).

sur les prix comme sujet unique ou premier de préoccupation en matière de diminution de la concurrence. Il est bon que, dans ses mesures d'application de la loi, le Bureau de la concurrence s'attache à la dégradation de la qualité que peuvent causer les marchés numériques. Des exemples illustrent que le Bureau s'est engagé dans cette voie, que l'on accepte ou non les résultats particuliers de ses examens. Ainsi, le Bureau a instruit pour la rejeter à la fin une plainte selon laquelle Google avait dégradé ses recherches en accordant la préférence à ses propres résultats comme dans la diffusion des résultats de recherche spécialisée. Il est parvenu à la conclusion qu'on n'avait pas apporté une preuve suffisante d'une diminution sensible ou d'un empêchement de la concurrence à cause du phénomène de l'autopréférence en recherche⁶⁵. L'accent mis sur la qualité dans ce cas était approprié.

L'innovation sur les marchés numériques peut être primordiale aussi en ce qui concerne les priorités d'application de la loi, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'une « concurrence pour le marché », peut-être à cause des externalités de réseau. Ainsi, un réseau social peut acquérir un rival naissant pour préserver sa chasse gardée et les externalités ou effets de réseau qui s'y rattachent, même là où ce rival jouit d'une technologie et d'une expérience utilisateur jugées supérieures⁶⁶. Les marchés numériques s'exposent d'emblée aux perturbations et les entreprises déjà établies peuvent chercher à étouffer l'innovation par le fusionnement ou d'autres agissements. Tout particulièrement là où un concurrent naissant ou éventuel est touché, il se peut que cette conduite tende à *empêcher* la concurrence au lieu de la *diminuer*. Ici encore, la *Loi* est outillée pour contrer les préjudices causés par la perte d'éventuels concurrents. En fait, elle prévoit

⁶⁵ <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04066.html>.

⁶⁶ Voir, par exemple, l'analyse dans Church et Gandal (2004).

expressément des ordonnances contre les agissements qui empêchent la concurrence⁶⁷.

Dans le cas des marchés numériques, il convient que le Bureau insiste sur l'importance de l'empêchement par opposition à la diminution de la concurrence. C'est précisément ce qu'a fait le document de travail de 2017 du Bureau sur les « mégadonnées » en faisant remarquer à juste titre qu'il est difficile d'établir dans la pratique quand l'entrée sur le marché aurait eu lieu si ce n'avait été d'une certaine conduite.

Les marchés numériques sont communément doubles et demandent aussi une approche différente en matière d'application de la loi. Pour juger s'il y a eu empêchement ou diminution de la concurrence, les autorités doivent examiner les résultats des deux côtés du marché. Là encore, le Bureau est conscient de cet aspect bien distinct des marchés numériques. Il a traité dans son document sur les « mégadonnées » des subtilités de la définition d'un marché double et de l'importance de jauger les conséquences d'une conduite des deux côtés du marché.

D'autres caractéristiques économiques des marchés numériques influent sur les priorités d'application de la loi, mais ce ne sont pas les plus importantes et, pour notre propos, le point à retenir est que, comme elle est écrite, la *Loi sur la concurrence* est assez souple pour tenir compte d'une diversité de priorités dans ce domaine. Les priorités devaient changer et ont changé dans la pratique lorsqu'il était question des agissements sur les marchés numériques.

Étant donné que la *Loi* traite quant au fond bon nombre des préoccupations que pourraient soulever les marchés numériques, toute modification particulière destinée à remédier à ces préoccupations, apporterait des éclaircissements et non des changements

⁶⁷ Voir, par exemple, les art. 79 et 92.

de fond. Cela n'exclut pas la possibilité que de tels changements puissent se justifier. Tant les dispositions sur les fusionnements que celles sur l'abus de position dominante reposent sur une norme générale et souple, mais citent néanmoins une liste de facteurs précis à prendre en considération. Rappelons que le Tribunal peut interdire une fusion qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence aux termes de l'article 92, tandis que l'article 93 énonce un certain nombre de facteurs dont le Tribunal peut tenir compte pour en arriver à cette conclusion. Comme on l'a vu, l'article 93 n'oblige pas le Tribunal à tenir compte dans tous les cas des facteurs qu'il énumère, qui ne sont d'ailleurs pas exhaustifs. En fait, l'article 93 dresse une liste de facteurs qui pourraient être pertinents, selon les circonstances, pour répondre à la question centrale que pose l'article 92 quant à savoir si la fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Il y aurait peut-être lieu d'ajouter à la liste des facteurs propres aux marchés numériques. Cela ne changerait rien sur le fond de la question essentielle de savoir si la fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence. L'ajout de facteurs mettrait toutefois en lumière certaines préoccupations que soulèvent les marchés numériques et servirait à mieux guider les parties et les autorités. À titre d'exemple, l'article 93 pourrait inviter le Tribunal à se pencher sur la question de savoir si une acquisition consoliderait ou améliorerait la position d'une entreprise dominante sur le marché, notamment dans le secteur numérique⁶⁸. L'alinéa 93f) actuel précise que le Tribunal peut examiner la possibilité que la fusion entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et efficace. Compte tenu des craintes que suscite l'acquisition de concurrents émergents sur les marchés numériques, il serait peut-être préférable que l'alinéa 93f) comprenne parmi les facteurs à prendre en

⁶⁸ Lawson Hunter a proposé une telle modification dans un discours devant l'Association du Barreau canadien.

considération pour déterminer si une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence la question de savoir si la fusion entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et efficace, *ou d'un concurrent potentiellement dynamique et efficace*.

L'article 93 pourrait également inclure au nombre des facteurs la possibilité que la fusion entraîne la dégradation de la qualité d'un produit, y compris des produits offerts par des entreprises du secteur numérique.

De même, le libellé des dispositions sur l'abus de position dominante à l'article 79 est général, et des exemples d'agissements anticoncurrentiels sont énoncés à l'article 78. Ce dernier article pourrait être modifié de manière à citer des exemples provenant du secteur numérique. Par exemple, le fait pour une entreprise de refuser sans motif raisonnable l'accès à des intrants clés, y compris des données, pourrait constituer un agissement anticoncurrentiel.

Que ces éclaircissements soient apportés à la *Loi* ou non, cela n'a pas tellement d'importance : le libellé actuel de la *Loi* est assez souple pour englober les nouvelles menaces contre la concurrence que présentent les marchés numériques. Cependant, le fait que la *Loi* contient des listes de facteurs pour guider les autorités de la concurrence milite en faveur de telles modifications. Les critères fondamentaux qui justifient l'interdiction ou la modification d'une fusion ou le constat d'un abus de position dominante, ne changent pas de toute façon : il doit y avoir empêchement ou diminution sensible de la concurrence. Toutefois, les modifications pourraient guider utilement les acteurs privés, le commissaire, le Tribunal et les instances judiciaires.

Avant de recommander des modifications touchant davantage au fond à apporter progressivement à la *Loi sur la concurrence*, mentionnons deux derniers points à retenir

dans cette sous-section à propos des priorités d'application de la loi. D'abord, même si notre exposé porte sur le fond et non sur la procédure, je tiens à faire l'observation suivante : la question n'est pas seulement de savoir si la *Loi* permet théoriquement de traiter des caractéristiques concurrentielles propres aux marchés numériques, mais aussi de déterminer avec quelle vigueur cette même loi devrait s'appliquer dans le cas de ces marchés. Pour diverses raisons, les marchés numériques avec leurs externalités ou effets de réseau et leurs entraves à l'accès aux données sont plus de nature à comprendre des entreprises accumulant un pouvoir de marché, d'où l'importance sociale à accorder à l'application de la *Loi sur la concurrence*. Il s'agit pour les responsables de l'application de la loi d'examiner avec soin la conduite sur les marchés numériques, ce qui est souvent complexe, et comme la numérisation gagne en importance sur un nombre sans cesse croissant de marchés, il convient de renforcer l'activité d'exécution de la loi : si les marchés se prêtant à l'exercice d'un pouvoir de marché prennent économiquement plus de place quelque part, il va de soi que l'activité antitrust devrait s'accroître.

Pour cette activité renforcée, il faut des ressources. Le Canada s'est engagé dans cette voie en majorant le budget du Bureau de la concurrence de 96 millions de dollars sur les cinq prochaines années et en ménageant une progression soutenue par la suite⁶⁹. Mais les contraintes de ressources dans l'application de la loi peuvent demander d'autres changements devant garantir que l'examen des conduites anticoncurrentielles demeurera approprié à l'ère numérique, ce qui pourrait vouloir dire une libéralisation des droits privés à action en dommages-intérêts de manière à mettre les ressources tant privées que publiques au service de l'exécution de la loi⁷⁰.

⁶⁹ Financial Post Staff (2021).

⁷⁰ Institut C.D. Howe, Competition Policy Council (2016); Ducci et Trebilcock (2019).

Il y a une autre conséquence à la vulnérabilité des marchés numériques devant l'exercice du pouvoir de marché. Qu'un marché soit numérique ou non, ce pouvoir peut être source de toutes sortes de conduites économiquement préjudiciables contre lesquelles la politique de la concurrence est démunie. Prenons peut-être l'exemple le plus éloquent et disons que, si les entreprises d'un oligopole s'abstiennent de se livrer une concurrence vigoureuse sur les prix non dans une concertation expresse pour fixer les prix, mais parce qu'elles sont conscientes qu'une coordination tacite avec un rival sera plus profitable qu'une rivalité féroce, une telle conduite en marge ne relève pas de l'application des lois de la concurrence au Canada⁷¹. Et à juste titre. Exiger des entreprises qu'elles fixent vigoureusement des prix concurrentiels, quel que soit leur intérêt propre, revient en fin de compte à exiger des autorités de la concurrence qu'elles réglementent les prix, tâche immensément complexe à mener à bien dans tout marché et partant, dans tout secteur de l'économie qui n'est pas hautement concurrentiel. De même, les lois de la concurrence au Canada cherchent à décourager l'accumulation ou la conservation indue d'un pouvoir de marché, mais sans sanctionner l'entreprise dominante qui fixe des prix élevés ou dégrade ses produits pour *exploiter* son pouvoir de marché⁷².

Pour prendre un exemple concernant les marchés numériques et comme nous l'avons mentionné, l'affaire *Nielsen* était un cas d'abus de position dominante éveillant des inquiétudes à propos de contrats exclusifs de données sur le marché alimentaire de détail que cette entreprise d'analyse de données avait conclus avec les seuls fournisseurs de cette information, à savoir les magasins d'alimentation. Le Tribunal a conclu que les contrats en question empêchaient l'entrée d'une entreprise d'analyse rivale sur le marché

⁷¹ *Atlantic Sugar*.

⁷² *NutraSweet*.

et a ordonné à Nielsen de mettre fin à cette exclusivité. On a fait valoir que l'ordonnance produite pouvait ne pas suffire à amener les magasins d'alimentation à vendre leurs données à un concurrent de Nielsen et que, par conséquent, l'ordonnance n'était pas satisfaisante. Le Tribunal a jugé que, si son ordonnance n'était pas *suffisante* pour amener de la concurrence sur le marché, elle était *nécessaire* pour qu'une concurrence ait la chance de naître et que c'était là tout ce qu'il pouvait demander comme mesures correctives dans ce contexte. C'était la chose qui convenait là encore, la seule autre possibilité étant d'ordonner aux magasins d'alimentation de fournir leurs données à un concurrent, ce qui pourrait poser un problème parce qu'il est difficile de réglementer les conduites de parties qui ne sont pas visées par la plainte antitrust.

S'il reconnaît que, d'un point de vue économique, la politique de la concurrence est limitée dans ce qu'elle peut faire pour imposer une conduite concurrentielle là où s'exerce un pouvoir de marché et s'il admet aussi que les marchés numériques comprendront souvent des entreprises exerçant un tel pouvoir, le gouvernement aurait intérêt à se demander si la réglementation de certains marchés numériques se justifie. Ordonner l'accès à des données que d'autres détiennent, par exemple, relève du pouvoir des autorités de la concurrence, comme nous l'avons mentionné, mais il serait problématique que des autorités non sectorielles comme le Bureau ou le Tribunal ordonnent un tel accès si on considère les difficultés d'en établir le prix et les conséquences possibles sur d'autres priorités des lois et des règlements, en matière de protection des renseignements personnels par exemple. Il s'ensuit que, comme les marchés numériques gagnent en importance économique, en partie parce qu'un plus grand nombre de marchés seront axés sur le numérique, il serait peut-être bon que le

gouvernement envisage une réglementation proprement sectorielle pour s'attaquer à un pouvoir de marché enraciné sans lien avec les agissements d'exclusion ou autres conduites expressément anticoncurrentielles. La réglementation de toute entreprise, numérique ou non, présente un défi, et il n'est pas du tout évident que l'adoption d'une stratégie réglementaire serait optimale, mais c'est peut-être le seul instrument disponible dans un nombre croissant de contextes d'exercice d'un pouvoir de marché. Dans notre propos, tout passage à un examen réglementaire accru des marchés numériques serait indépendant des modifications à apporter à la *Loi sur la concurrence* même, compte tenu du juste accent mis depuis longtemps sur les conduites anticoncurrentielles par opposition aux résultats non concurrentiels attribuables aux conditions du marché.

L'ouverture du système bancaire illustre la possibilité d'une réglementation avantageuse sous l'éclairage des principes de la concurrence, mais sans renvoi à la *Loi sur la concurrence* même⁷³. Dans un système bancaire ouvert, les institutions financières rendent les données du client transférables aux autres entreprises financières à la demande de celui-ci. Il se peut qu'une institution financière n'ait pas d'incitation à créer de telles possibilités de transfert de données pour sa clientèle, parce que ce serait là fournir des armes à ses concurrents; ajoutons qu'une intensification de la concurrence peut diminuer globalement les profits dans l'industrie, si bien que le concurrent pourrait ne pas être en mesure de compenser l'institution qui donne accès à ses données⁷⁴. Comme il est complexe d'imposer la transférabilité des données et qu'une certaine surveillance serait probablement nécessaire, il vaut peut-être mieux établir une réglementation

⁷³ Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (2019); Comité consultatif sur le système bancaire ouvert (2021).

⁷⁴ Voir, par exemple, l'analyse dans *Nielsen*; Rubinfeld et Gal (2017).

permanente pour un système bancaire ouvert que compter sur des affaires qui se présentent occasionnellement en droit de la concurrence⁷⁵.

b) Réforme législative

Toujours dans l'optique économique de toute la section 3, nous proposerons dans cette sous-section un certain nombre de modifications à la *Loi sur la concurrence*. Si les fondements de cette loi sont adaptés aux marchés numériques, celle-ci accuse tout de même des lacunes, du moins comme elle a été interprétée, ce qui doit commander l'attention. Je recommande quatre réformes dans cette sous-section. Chacune se justifierait d'un point de vue économique indépendamment de l'incidence liée aux marchés numériques, mais elle s'impose tout particulièrement à la lumière de cette incidence.

b.i) Accords de fixation des salaires et de non-débauchage

Comme nous l'expliquerons en détail, l'article 1.1 énonce toutes sortes d'objectifs pour la *Loi sur la concurrence*. Il s'agit notamment de s'attacher aux questions de distribution économique. L'article 1.1 fait des bas prix pour les consommateurs un objectif de la *Loi* indépendant de l'objectif d'efficacité économique (mais souvent en accord avec lui)⁷⁶. Il n'érige toutefois pas la rémunération concurrentielle des travailleurs en finalité de la *Loi*, ce qui représente peut-être une anomalie compte tenu de l'accent mis dans cet article sur la distribution au profit des consommateurs⁷⁷. Nous analyserons plus loin en quoi cette omission pourrait avoir influé sur l'interprétation de la défense des

⁷⁵ Blyth (2019).

⁷⁶ Voir l'analyse dans Iacobucci (2013); Crampton (1992).

⁷⁷ Iacobucci (2013); Cengiz (2021).

gains en efficience. Dans cette sous-section, nous regarderons plutôt le défaut de la *Loi* de traiter des accords de fixation des salaires et de non-débauchage entre employeurs, alors qu'elle traite des accords de fixation des prix et de non-concurrence entre vendeurs de produits. Comme les premiers de ces accords accusent les mêmes lacunes que les seconds en matière d'efficience avec un même effet pervers sur les propriétés distributives, c'est là un défaut qui mérite notre attention⁷⁸.

Bien que l'article 1.1 néglige le travail dans les objectifs de distribution de la *Loi*, la conclusion que cette loi ne s'applique pas à la fixation des salaires tient encore plus au libellé de l'article 45. Cet article à vocation pénale interdit les accords entre concurrents pour fixer les prix ou attribuer des marchés ou des clients dans la vente de produits. Il n'interdit cependant pas les accords entre concurrents dans le cadre de l'*achat* de produits⁷⁹. C'est ainsi que le Bureau de la concurrence a annoncé que, s'il peut traiter des accords entre acheteurs en vertu des dispositions civiles régissant les accords entre concurrents aux termes de l'article 90.1 en particulier, il ne peut le faire aux termes de l'article 45. Une telle interprétation est probablement exacte, mais elle signifie toutefois qu'il n'y aurait aucun droit privé à action en dommages-intérêts à l'égard de ces accords entre acheteurs, puisque l'article 36 prévoit que les actions en dommages-intérêts devront être liées à des infractions pénales. Il n'y aurait pas non plus de sanction pécuniaire imposée par le Tribunal, car l'article 90.1 ne prévoit pas de telles sanctions. En d'autres termes, la *Loi* n'offre à présent aucune mesure financière de dissuasion en matière de fixation des salaires, de non-débauchage et autres accords entre acheteurs. La situation devrait changer.

⁷⁸ Voir, par exemple, Glossop (2021); Pecman, Margison et Spillette (2021).

⁷⁹ Bureau de la concurrence (2020).

Les complots d'acheteurs par fixation des salaires ou autrement sont tout aussi préjudiciables en matière d'efficacité économique que la fixation des prix dans la vente. Cette fixation augmente les prix des produits pour les consommateurs, ce qui élève les profits des vendeurs, mais elle crée des pertes d'efficacité en chassant d'éventuels consommateurs du marché par les prix. La fixation des salaires abaisse les salaires, ce qui élève les profits pour les acheteurs de main-d'œuvre qui conspirent en gardant les coûts à de bas niveaux, mais elle crée aussi des pertes d'efficacité en chassant d'éventuels travailleurs du marché. En principe, le monopsonne est tout aussi inefficace que le monopole. Il s'ensuit que la dissuasion de la fixation des salaires et autres accords entre acheteurs devrait recevoir la même attention du législateur que la fixation des prix et autre concertation entre vendeurs. Par seul souci d'efficacité, il conviendrait de modifier l'article 45 de la *Loi* pour pouvoir l'appliquer aux accords entre acheteurs. Les arguments de distribution pour les travailleurs pourraient justifier encore plus de telles modifications, mais ils ne sont pas nécessaires pour faire valoir l'intérêt de ce changement.

Cette modification recommandée, comme d'autres recommandations que nous allons faire, ne dépend pas strictement pour sa justification des progrès de la numérisation des marchés. Même les entreprises de l'« ancienne » économie créent des distorsions économiques préjudiciables en cas de conspiration sur le marché du travail, et la *Loi* devrait être modifiée pour tous les contextes. Il reste que la numérisation pourrait donner un nouvel élan au mouvement pour des motifs d'efficacité. Comme nous l'avons mentionné, l'exercice d'un pouvoir de marché est plus probable sur les marchés numériques, tout comme les risques que ce pouvoir s'exerce dans l'achat et qu'une

conspiration de fixation des salaires devienne profitable. Si, par exemple, Amazon et Wal-Mart dominaient comme détaillants en ligne et que leur domination était enracinée et protégée par des avantages dans le domaine de l'analyse des données, un pouvoir de monopsonne serait concevable sur certains marchés du travail, peut-être dans des régions plus petites qui sont attrayantes pour la logistique aux yeux des exploitants d'entrepôts. L'interdiction des accords de fixation des salaires serait efficace dans de telles circonstances.

En matière de distribution, il y a lieu de prévoir des modifications des dispositions relatives aux complots d'acheteurs à l'ère numérique. On fait valoir que, en partie à cause du pouvoir de marché, les marchés numériques font monter les inégalités économiques dans la société⁸⁰. Les accords de fixation des salaires ont un effet pervers de distribution sur la plupart des marchés, déplaçant les ressources économiques des travailleurs relativement moins bien nantis vers les actionnaires plus florissants. Nous examinerons plus en détail les valeurs de politique hors efficacité et les arbitrages parfois difficiles à faire en politique publique. Il reste que, là où les considérations d'efficacité et les valeurs non économiques favorisent toutes un changement, l'argument devient particulièrement convaincant. Il en est ainsi de l'ajout des complots d'acheteurs à l'article 45.

b.ii) Article 96

L'article 96 de la *Loi sur la concurrence* prévoit que le Tribunal ne peut rendre d'ordonnance contre un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficacité découlant de cette fusion surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels en question. Cet article a fait l'objet d'un débat d'interprétation considérable; en fait, le

⁸⁰ Voir, par exemple, Wu (2018).

commissaire à la concurrence s'est ravisé dans sa propre interprétation à l'occasion du litige *Supérieur Propane*⁸¹. Le débat a largement porté sur le sens à donner au terme « effets anticoncurrentiels ». Plus particulièrement, les effets anticoncurrentiels négatifs d'une fusion tiennent-ils seulement aux pertes d'efficience économique, comme lorsque des acheteurs sont chassés du marché par les prix, ou ces effets tiennent-ils compte de transferts des consommateurs aux producteurs qui sont neutres en matière d'efficience, comme lorsque les acheteurs continuent à acheter un produit, mais paient davantage pour l'obtenir? Cette question d'interprétation soulève une question d'arbitrage équité-
efficience : par souci d'efficience, on peut permettre la fusion par intérêt économique pour les économies à réaliser et, par souci d'équité en matière de distribution économique, on peut refuser la fusion parce que les profits iront aux actionnaires alors que les prix seront élevés pour les consommateurs. Cet arbitrage entre considérations économiques et non économiques est l'objet de la section 4 et l'interprétation à donner à l'article 96 entre dans cette analyse. Dans la présente sous-section, nous nous attachons à une question distincte qui s'est posée dans le cadre de l'application de l'article 96, à savoir l'exigence formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *Tervita* qui oblige le Bureau à quantifier les effets anticoncurrentiels si les parties à une fusion invoquent la défense des gains en efficience. Une telle exigence ne convient pas, et il serait logique que des modifications législatives viennent l'abolir.

Dans l'affaire *Tervita*, les parties à la fusion ont fait fond sur la défense des gains en efficience pour faire approuver une fusion qui, selon la conclusion du Bureau et du Tribunal, était de nature à diminuer sensiblement la concurrence. Le Tribunal a accepté

⁸¹ Voir l'analyse dans Iacobucci (2013); Ahmed (2006).

l'argument du Bureau selon lequel la fusion entraînerait probablement des hausses de prix de l'ordre de 10 %, et la Cour suprême a convenu que la fusion diminuerait sensiblement la concurrence. Le Bureau n'avait pas quantifié expressément les effets négatifs anticoncurrentiels de la fusion, mais le Bureau et le Tribunal convenaient que tout gain en efficience découlant de la fusion serait sans doute négligeable et que, de ce fait, celle-ci ne pouvait se faire; en effet, ses répercussions négatives ne pouvaient être compensées par des gains en efficience qui demeuraient négligeables. La Cour suprême a fini par juger qu'il incombait au Bureau de quantifier les effets anticoncurrentiels chiffrables de cette fusion, de sorte que les parties à la fusion connaissent les arguments qui leur étaient opposés au moment d'invoquer la défense des gains en efficience. Comme le Bureau n'avait pas quantifié les effets anticoncurrentiels, les parties pouvaient s'en remettre avec succès à cette défense pour que la fusion aille de l'avant.

L'issue particulière de cette affaire était manifestement peu souhaitable du point de vue de l'efficience. Une hausse de prix prévue de 10 % causerait inévitablement certaines pertes sèches pour les acheteurs chassés du marché par les prix et ces pertes ne seraient pas compensées par des gains en efficience jugés négligeables. L'argument d'efficience dans l'arrêt *Tervita* doit donc reposer sur l'idée que la règle de quantification née de cette affaire est optimale dans de futures affaires. Cet argument n'est toutefois pas convaincant⁸².

L'arrêt *Tervita* exige seulement que les effets « quantifiables » soient quantifiés. Mais les économétriciens peuvent en principe quantifier tout genre d'effet, et non seulement des effets relativement évidents en matière de prix. Ainsi, une dégradation de

⁸² Winter (2015); Iacobucci (2015); Wilson, Klotz et Sandford (2018).

la qualité diminue le surplus du consommateur, mais peut élever les profits, et ces deux effets sont en principe quantifiables. L'incidence économique d'un empêchement de la concurrence plutôt qu'une diminution de celle-ci pourrait aussi être conçue comme quantifiable. Tout aussi quantifiable en principe serait même l'incidence économique d'un effet paralysant sur l'innovation avec les pertes qui s'ensuivent pour le surplus du consommateur. Par exemple, de nouvelles méthodes empiriques ont permis aux économistes de s'intéresser à la qualité de l'information politique. De telles études ont constaté des liens entre l'environnement informationnel et les résultats politiques⁸³. De plus, des chercheurs ont établi des liens entre la concentration croissante du marché médiatique et une dégradation de la qualité de l'information politique, qui est associée, à son tour, à une polarisation grandissante et à d'autres changements de comportement chez les électeurs⁸⁴. Il est donc peu clair quelles limites conceptuelles l'arrêt *Tervita* établit entre le « quantifiable » et le « non quantifiable ». L'implication est que les parties à une fusion auront toujours le loisir d'avancer un argument crédible selon lequel le Bureau ne s'est pas acquitté de son fardeau de quantification, d'où la possibilité d'invoquer avec succès la défense des gains en efficacité aussi longtemps que le Bureau ne sera pas parvenu à bien quantifier tous les effets économiques de la fusion.

Il est possible, bien sûr, que la jurisprudence vienne préciser avec le temps cette exigence de quantification en indiquant quels types d'effets exigent ou non des estimations empiriques. L'arrêt *Tervita* a été prononcé en 2015 et aucun éclaircissement n'a encore été apporté en la matière; les litiges en politique canadienne de la concurrence sont rares, plus particulièrement dans les fusions parce que le temps importe et que les

⁸³ Peterson (2017).

⁸⁴ Moskowitz (2021); Arceneaux et coll. (2020).

parties hésiteront d'autant plus à engager un litige. Ajoutons que toute clarification sera arbitraire : s'il y a lieu d'exiger une quantification de certains effets, on ne voit pas vraiment pourquoi on n'exigerait pas de les quantifier tous, puisqu'ils peuvent théoriquement l'être. Le possible argument disant qu'il est plus facile dans la pratique de quantifier certains effets et qu'il est donc raisonnable d'exiger qu'ils le soient contrairement aux autres n'est pas particulièrement convaincant. Prouver quantitativement l'incidence d'une fusion est tout un défi et la preuve est presque toujours contestable pour presque tout genre d'effet. Le Bureau prédit l'avenir dans les affaires de fusion et l'évaluation quantitative de l'incidence future sur un aspect quelconque n'aura jamais rien d'un simple exercice.

Dans le même ordre d'idées, permettre aux parties d'exiger la quantification des effets anticoncurrentiels simplement par invocation de la défense des gains en efficience risque de retirer aux parties à une fusion l'obligation de prouver que les gains en question sont susceptibles de se matérialiser, alors qu'elles sont les mieux placées pour le démontrer. Les gains en efficience des fusions sont faciles à faire miroiter, mais peuvent ne pas devenir réalité⁸⁵. Vu le bilan douteux à l'égard de la réalisation des gains d'efficience annoncés, il ne convient pas de refiler au Bureau la tâche de prouver quantitativement des effets anticoncurrentiels du seul fait qu'on ait affirmé qu'il y aura des gains en efficience, ce qui excuse les parties d'avoir à en faire la preuve bien qu'ayant la meilleure information qui soit sur le résultat qui est probablement à attendre. Si le Bureau prouve qu'une fusion empêchera ou diminuera sensiblement la concurrence, il devrait revenir aux parties à cette fusion de démontrer que celle-ci procurera des gains

⁸⁵ Voir, par exemple, Roller, Stennek et Verboven (2000); Craswell (1982).

en efficience qui surpasseront et neutraliseront ses effets anticoncurrentiels. Si les parties prouvent que des gains sont susceptibles de se réaliser, il y aura au moins obligation tactique pour le Bureau de répondre, peut-être avec des données quantitatives, que les gains ne suffisent pas à compenser les torts causés.

Un autre problème que soulève le scénario du statu quo est le danger que la priorité accordée par la Cour suprême à la quantification dans l'arrêt *Tervita* ne gagne d'autres aspects de la politique de la concurrence. Les parties pourraient-elles, par exemple, faire valoir que, avant qu'elles aient à prouver qu'une pratique soi-disant anticoncurrentielle se justifie par des gains en efficience au sens de l'article 79, le Bureau devrait quantifier les effets anticoncurrentiels de ce prétendu abus de position dominante? Cette sorte de question a été examinée dans la décision *TREB* et la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'y avait pas de telle exigence de quantification, mais uniquement parce que, dans l'arrêt *Tervita*, la Cour suprême s'était expressément limitée à l'article 96. En d'autres termes, la Cour penchait du côté de l'exigence de quantification, ce qui ne conviendrait pas dans le cas d'un abus de position dominante (ou dans tout autre cadre), pas plus que la chose ne pouvait s'appliquer à la politique des fusions. Avec des modifications, on pourrait mieux s'assurer que l'approche mal conçue dans *Tervita* ne n'ait pas d'influence sur d'autres questions de droit de la concurrence.

En instituant l'exigence que le Bureau prouve les effets quantitatifs en cas d'invocation de la défense des gains en efficience, l'arrêt *Tervita* jette du sable dans les engrenages déjà complexes de la preuve à apporter qu'une fusion est anticoncurrentielle⁸⁶. Les parties n'ont rien à perdre et quelque chose d'important à

⁸⁶ Chiasson et Johnson (2019).

gagner par la défense des gains en efficience et peuvent ensuite s'en prendre aux tentatives du Bureau pour quantifier les effets anticoncurrentiels. Même là où les gains en efficience sont négligeables, comme dans l'affaire *Tervita* même, une telle stratégie peut permettre de bien défendre une fusion anticoncurrentielle. Si le commissaire établit quantitativement ou qualitativement qu'une fusion risque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il devrait incomber aux parties à la fusion de prouver que les gains en efficience en surpasseront et en neutraliseront les effets anticoncurrentiels. Les modifications à apporter à la *Loi* devraient le dire clairement.

Que les parties n'aient pas une cible quantitative bien précise à dépasser lorsqu'elles invoquent la défense des gains en efficience n'est pas particulièrement ennuyeux pour les raisons suivantes. Disons d'abord que, selon la logique de l'arrêt *Tervita*, le commissaire a uniquement à quantifier les effets « quantifiables » et n'a pas à le faire pour les autres. La Cour suprême accepte donc déjà que les parties à une fusion puissent être tenues dans certaines circonstances d'établir des gains en efficience qui surpassent les effets anticoncurrentiels non quantifiés. Le Tribunal doit user de jugement et mettre en balance les préjudices anticoncurrentiels et les gains en efficience même là où les premiers ne sont pas précisés quantitativement.

Disons ensuite que la question se pose de savoir si la défense des gains en efficience devrait être du tout retenue, même d'un point de vue économique, et peut-être en particulier à l'ère numérique. Des données nous disent que, aux États-Unis, le pouvoir de marché s'accroît, ce à quoi on pouvait s'attendre avec la montée des marchés numériques et leur exposition à des conditions non concurrentielles⁸⁷. Si on considère la

⁸⁷ Shapiro (2018).

progression du pouvoir de marché en général et les difficultés d'établir des gains en efficacité qui ne se matérialiseront vraiment qu'après coup⁸⁸, surtout sur des marchés dynamiques et novateurs⁸⁹, il ne serait pas déraisonnable de recommander la pure abolition de la défense des gains en efficacité pour des raisons économiques, si ce n'était pour des considérations d'ordre politique. S'il est nécessaire de clarifier les objectifs politiques et économiques de la *Loi* comme nous le décrirons à la prochaine section, on peut penser que, du point de vue de l'efficacité, cette défense ne devrait pas être simplement abolie. L'économie canadienne est relativement petite avec les problèmes d'échelle que cela implique : les frontières gardent leur importance dans la détermination des conditions concurrentielles. Il y aura des cas où le pays aura intérêt à permettre une fusion avec les gains en efficacité qui s'ensuivent même si la conséquence devait en être une hausse des prix. Mais qu'il incombe au commissaire de prouver quantitativement les effets anticoncurrentiels créés par trop un déséquilibre favorisant les producteurs par rapport aux consommateurs, compte tenu surtout de la difficulté de quantifier le genre d'effets anticoncurrentiels susceptibles de se produire sur les marchés numériques (atteintes à l'innovation ou à la qualité des produits, par exemple). L'arrêt *Tervita* démontre en soi ce phénomène en ayant comme effet pervers de permettre une fusion anticoncurrentielle avec des gains en efficacité négligeables à cause de la défense des gains en efficacité.

Une troisième raison fait qu'il ne serait pas trop troublant, à la suite de modifications, que le Bureau ne soit pas tenu d'évaluer quantitativement les effets anticoncurrentiels. En effet, à l'heure actuelle, il n'y a pas de définition claire dans la

⁸⁸ Voir, par exemple, Roller, Stennek et Verboven (2000).

⁸⁹ Chiasson et Johnson (2019).

jurisprudence des types de préjudices anticoncurrentiels visés par l'article 96. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, la conclusion a été que ces préjudices pourraient être à la fois des pertes en efficience et des transferts des consommateurs aux producteurs qui sont neutres en efficience et que le Tribunal avait lui-même à décider de ce qui importait comme effets dans toute affaire. Nous reviendrons sur les problèmes d'indétermination que pose cette dépendance à l'égard des préférences du Tribunal, mais notons ici la singularité d'une obligation faite au Bureau de quantifier les effets anticoncurrentiels d'une fusion, alors que les fondements conceptuels de ce qui importe comme effets de cette nature demeurent sans définition⁹⁰.

Pour toutes ces raisons, les modifications apportées par le législateur à l'article 96 devraient indiquer que le commissaire n'a pas à s'appuyer sur une preuve quantitative pour démontrer qu'une fusion aura probablement pour effet de diminuer sensiblement ou d'empêcher la concurrence. Une fois établi le caractère anticoncurrentiel de la fusion, les parties devraient avoir à démontrer que les gains en efficience surpassent les effets anticoncurrentiels. Comme il lui faudrait le faire selon l'arrêt *Tervita* à l'égard des effets non quantifiables, le Tribunal exercera son jugement pour tirer des conclusions au sujet des gains et des pertes résultant de la fusion, même si ces gains et pertes ne sont pas entièrement quantifiés.

b.iii) Abus de position dominante

Dans cette section, nous recommandons d'apporter trois modifications aux dispositions en matière d'abus de position dominante. La *Loi* devrait préciser qu'un agissement anticoncurrentiel n'a pas à avoir un effet négatif sur un concurrent. Elle

⁹⁰ Iacobucci (2015); Wilson, Klotz et Sandford (2018).

devrait aussi redresser la relation bizarre (au mieux) entre l'alinéa 79(1)b sur les agissements anticoncurrentiels et l'alinéa 79(1)c sur l'incidence d'une pratique sur la concurrence. Enfin, elle devrait prévoir des sanctions administratives pécuniaires de plus de 10 millions de dollars.

b.iii.1) Tort causé à la concurrence et non aux concurrents

La jurisprudence a établi que les agissements anticoncurrentiels pouvant constituer un abus de position dominante au sens de l'article 79 doivent avoir une incidence négative sur un concurrent; plus particulièrement, ils doivent avoir un effet abusif, d'exclusion ou de mise au pas. C'est là la conclusion tirée dans l'affaire *NutraSweet*, parce que l'on considère que la liste d'exemples d'agissements anticoncurrentiels à l'article 78 a généralement une incidence négative sur un concurrent. Alors que dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a conclu qu'une série d'acquisitions de concurrents pouvait constituer des « agissements anticoncurrentiels » même si ces acquisitions n'avaient pas d'effet négatif sur un concurrent, la nécessité d'un effet négatif sur un concurrent dans la décision *NutraSweet* a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*⁹¹.

À la lumière de l'alinéa 78(1)f qui parle de l'achat de produits pour préserver les prix et qui n'a donc pas d'effet négatif sur un concurrent, la Cour d'appel fédérale a conclu dans la décision *TREB* que l'effet négatif pouvait se faire sentir sur un concurrent dans un marché apparenté même si celui-ci ne rivalise pas directement avec la personne suspectée d'abus de position dominante. Ainsi, le Toronto Real Estate Board aurait pu se livrer à des agissements anticoncurrentiels en limitant la diffusion des données même si

⁹¹ Ducci et Trebilcock (2018).

ces agissements avaient eu un effet d'exclusion sur des agents immobiliers qui n'étaient pas ses concurrents directs. La conclusion dans la décision *TREB* est sûrement la bonne. Une organisation d'agents immobiliers peut porter atteinte à la concurrence entre agents immobiliers même si elle et les agents visés ne se font pas concurrence. Comme la Cour d'appel fédérale l'a elle-même reconnu de manière incidente, son raisonnement dans la décision *TREB* remet en question la longue jurisprudence selon laquelle il faut un effet négatif sur un concurrent pour qu'un agissement soit anticoncurrentiel : on peut raisonnablement conclure que l'existence de l'alinéa 78(1)f contredit la jurisprudence selon laquelle un agissement anticoncurrentiel au sens de l'article 79 doit avoir un effet abusif, d'exclusion ou de mise au pas sur les concurrents⁹².

Mis à part le précédent et la tension créée entre l'affaire *TREB* et des affaires comme *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*, il faut bien dire que l'interprétation de l'article 79 exigeant un préjudice pour les concurrents pêche contre la logique économique. Il n'est pas difficile d'imaginer des agissements favorables – et non préjudiciables – aux concurrents qui viennent nuire à la concurrence⁹³. Iacobucci et Winter (2010) offrent comme exemple une pratique qui facilite l'établissement de prix supraconcurrentiels entre des entreprises codominantes. Ils citent le cas particulier d'*Atlantic Sugar* et la pratique adoptée par une entreprise parmi les trois codominantes d'afficher ses prix dans son hall d'entrée, ce qui pourrait fort bien avoir facilité la coordination des prix entre ces entreprises, même s'il n'y avait pas là d'accord illicite (selon le droit pénal ou civil). Iacobucci et Winter (2010) posent également comme hypothèse que les contrats exclusifs peuvent faciliter la coordination des prix entre

⁹² Iacobucci et Winter (2010); Gal (1998).

⁹³ Iacobucci et Winter (2010); Craswell (1982).

entreprises codominantes en limitant fallacieusement les gains qui vont à chacune à l'équilibre : les contrats exclusifs limitent les ventes supplémentaires qu'une réduction des prix permet de faire. Ces auteurs citent l'entente dans l'affaire *Waste Management* dans le secteur de l'enlèvement des déchets où deux duopoleurs s'appuient chacun sur des contrats exclusifs afin peut-être de se partager des parts du marché et préserver des prix élevés.

Quelle que soit l'évolution du côté des marchés numériques, il faudrait modifier l'article 79 nettement pour interdire les agissements favorables aux concurrents, mais préjudiciables à la concurrence. Ces modifications s'imposent d'autant plus avec la prédominance d'un pouvoir de marché sur les marchés numériques et avec la possibilité d'agissements d'entreprises codominantes qui favorisent une coordination préjudiciable. De plus, Iacobucci évoque un autre objectif d'application de la loi pour l'article 79, lequel vaut particulièrement pour les marchés numériques et que pourraient écarter les interprétations actuelles de cet article⁹⁴. Il y a un problème d'application de la loi qui tient à l'acquisition d'entreprises naissantes par les entreprises dominantes des marchés numériques. Les premières peuvent menacer les secondes, même à court terme, parce qu'elles peuvent connaître une croissance fulgurante. Toutefois, il peut se révéler difficile de constater et de prouver que l'acquisition d'une entreprise toute nouvelle au chiffre d'affaires modeste ou inexistant menace la concurrence. Cette preuve est d'autant plus ardue que les produits offerts par les parties à une fusion peuvent ne pas être en concurrence à ce moment-là, mais pourraient avoir évolué en ce sens si ce n'était de l'acquisition. L'acquisition de WhatsApp par Facebook pourrait en être un exemple,

⁹⁴ Iacobucci (2021), projet en cours; Gerard et Lianos (2019); Yun (2020).

puisque les services de messagerie texte de WhatsApp pourraient avoir évolué jusqu'à concurrencer les services de réseautage social.

On a fait diverses suggestions pour s'attaquer à de telles acquisitions⁹⁵. Une version extrême dit qu'il devrait être interdit à certaines entreprises de faire des acquisitions. L'inconvénient évident d'une telle approche est que les acquisitions peuvent être profitables aux consommateurs sans jamais leur nuire, peut-être à cause de l'élargissement des caractéristiques des produits que facilite une acquisition. Une autre approche serait d'examiner une fusion après coup lorsqu'on discerne mieux les conséquences de cette acquisition sur la concurrence. C'est justement ce qu'a fait aux États-Unis la Federal Trade Commission en ce qui concerne l'acquisition de WhatsApp et Instagram par Facebook. L'avantage est qu'on voit mieux avec le recul, mais la correction a tout d'un défi, car il est nettement plus difficile de dissoudre une entreprise que d'empêcher une fusion.

Selon Iacobucci (2021), une approche possible serait d'examiner une suite d'acquisitions de manière à pouvoir reconnaître une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Supposons, par exemple, qu'une entreprise numérique dominante fait l'acquisition de 10 entreprises naissantes. Bien que le Bureau ait été incapable d'établir si une de ces acquisitions était susceptible à l'époque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il pourrait constater avec le recul que l'entreprise dominante a justement adopté une stratégie d'acquisition de ses nouveaux concurrents⁹⁶. Si et seulement si la *Loi* interdit les agissements anticoncurrentiels qui favorisent les concurrents, mais nuisent à la concurrence, la *pratique* des acquisitions pourrait

⁹⁵ Cunningham, Ederer et Ma (2021).

⁹⁶ Hemphill et Wu (2019).

équivaloir à un abus de position dominante au sens de l'article 79. Il y aurait à cette approche des avantages primordiaux du point de vue de l'application de la loi, et on n'aurait plus à s'en remettre aux dispositions sur les fusions pour examiner les acquisitions de concurrents naissants.

D'abord, les responsables de l'application de la loi pourraient se faire une meilleure idée de l'approche de l'entreprise dominante en matière d'acquisition de nouveaux concurrents. Ensuite, ils auraient plus de souplesse en matière de mesures correctives, bien que l'exercice se fasse après coup. Ainsi, si le Tribunal statuait qu'une entreprise dominante s'était adonnée à une pratique d'acquisitions anticoncurrentielles, il pourrait imposer une sanction administrative pécuniaire plutôt que de tenter de dissoudre une fusion. Une autre possibilité serait de restreindre la capacité d'une entreprise dominante à opérer de futures acquisitions, ce qui découlerait naturellement de la conclusion tirée que celle-ci s'est livrée à une pratique d'acquisitions anticoncurrentielles.

Le recours à l'article 79 pour s'attaquer à l'acquisition de concurrents naissants est étayé dans une certaine mesure par la jurisprudence : le Tribunal dans l'affaire *Laidlaw* a statué que la pratique consistant à acquérir de petits concurrents pouvait équivaloir à un abus de position dominante et a ordonné en guise de réparation l'interdiction de nouvelles acquisitions pendant trois ans. Or, la décision *Laidlaw* fait abstraction du précédent dans l'affaire *NutraSweet* et a été rendue avant que la Cour d'appel fédérale n'adopte clairement le critère *NutraSweet* d'un effet abusif sur un concurrent ou visant son exclusion ou sa mise au pas dans l'affaire *Canada Pipe*. La possibilité d'invoquer l'article 79 pour contrer l'acquisition de concurrents naissants (ou

les acquisitions successives de rivaux établis mais de petite taille comme dans l'affaire *Laidlaw*) dépend ainsi de la précision à apporter à la *Loi* selon laquelle l'abus de position dominante consiste en agissements qui nuisent à la concurrence indépendamment de leur incidence sur les concurrents.

b.iii.2) Agissements anticoncurrentiels nuisant à la concurrence

La deuxième modification recommandée à l'article 79 concerne le lien entre les alinéas 79(1)b) et c). L'alinéa 79(1)b) prévoit que, pour que le Tribunal rende une ordonnance, l'entreprise dominante doit s'être livrée à des agissements anticoncurrentiels, tandis que l'alinéa 79(1)c) dit de cette pratique qu'elle doit diminuer sensiblement la concurrence. Plutôt que d'interpréter ces dispositions conjointement en se donnant un but, la Cour d'appel fédérale dans la décision *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée* les a interprétées d'une manière formaliste et rigoriste⁹⁷. Dans l'affaire *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*, les parties ont fait valoir que la pratique contestée, celle des rabais de fidélisation, profitait aux consommateurs et ne pouvait donc constituer un agissement anticoncurrentiel aux termes de l'alinéa 79(1)b). La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument en concluant qu'un avantage pour les consommateurs n'est pas la négation d'un effet abusif, de mise au pas ou d'exclusion sur les concurrents, ce qui est l'exigence pour qu'un agissement soit défini comme anticoncurrentiel. C'est dans l'analyse en vertu de l'alinéa 79(1)c) que se fait l'évaluation de la concurrence.

Le résultat net de la décision *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée* est qu'il peut exister une pratique d'« agissements anticoncurrentiels » qui non seulement ne nuit pas à

⁹⁷ Trebilcock (2007).

la concurrence, mais profite aux consommateurs. C'est là une interprétation singulière de ce que sont les « agissements anticoncurrentiels ».

On se doit de modifier l'article 79 pour prévenir toute confusion. On pourrait notamment combiner les alinéas 79(1)b) et c) de sorte que le Tribunal puisse rendre une ordonnance là où une entreprise dominante s'adonne à une pratique qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Peu importe le libellé, il serait utile de préciser que les dispositions sur l'abus visent les agissements qui nuisent à la concurrence, peu importe s'ils nuisent ou non aux concurrents. Répétons qu'une telle précision a du sens en tout état de cause, mais tout particulièrement dans le cas des marchés numériques où la domination sera plus répandue.

b.iii.3) Sanctions administratives pécuniaires (SAP)

Bien que, en règle générale, notre propos ne sera pas axé sur les dispositions de fond de la *Loi sur la concurrence*, il subsiste une question procédurale relative à l'abus de position dominante qui appelle des modifications de la *Loi*. À l'heure actuelle et comme l'indique le paragraphe 79(3.1), la SAP maximale pour abus de position dominante est de 10 millions de dollars, du moins au début (elle pourrait augmenter « pour toute ordonnance subséquente »). Sur de nombreux marchés aujourd'hui et, plus particulièrement, sur les marchés numériques où tout va au vainqueur et où d'autres caractéristiques impliquent des enjeux très élevés, la menace d'une SAP de 10 millions n'est pas une désincitation financière suffisante à une conduite potentiellement anticoncurrentielle. Cette constatation vaut particulièrement lorsqu'une entreprise fait fi de la menace d'une SAP en jugeant relativement peu probable que le Bureau découvre et conteste sa conduite et qu'il conclue qu'elle a abusé de sa position dominante. Les

légères sanctions pécuniaires qui frappent l'abus de position dominante au Canada contrastent vivement avec les pénalités à neuf, voire à dix chiffres qui ne sont pas rares dans l'Union européenne. Elles pâlisent aussi devant les perspectives de dommages-intérêts et de pénalités au triple des États-Unis (la législation au Canada n'offre pas la possibilité d'actions privées en dommages-intérêts pour abus de position dominante⁹⁸). Vu les grands enjeux caractérisant tout particulièrement les marchés numériques, la SAP maximale pour abus de position dominante devrait être considérablement supérieure à 10 millions de dollars. On devrait modifier la *Loi* pour que les sanctions pécuniaires aient un effet dissuasif significatif.

iv. Évolution internationale

J'ai recommandé des réformes circonscrites à des dispositions bien précises de la *Loi sur la concurrence* en fonction de l'avènement des marchés numériques et des lacunes préexistantes de cette loi, du moins dans la façon dont elle a été interprétée. La réforme de la politique de la concurrence est une question politiquement marquante sur le plan international et, dans d'importantes administrations aux dispositions antitrust, on observe des propositions et des réformes qui visent à relever le défi des marchés numériques. Bien que les réformes proposées dans le monde soient des plus diverses, je limiterai mon examen critique dans cette sous-section à certains exemples de propositions parmi les principales.

⁹⁸ Peut-être le devrait-elle. Voir, par exemple, Ducci et Trebilcock (2019).

a) États-Unis

Plusieurs propositions ont circulé aux États-Unis; elles vont d'un rejet radical de la norme du bien-être des consommateurs à des recommandations conceptuellement modestes visant à mieux financer les organismes fédéraux d'application de la loi⁹⁹. Comme exemple du côté modeste de l'éventail des propositions, le président Biden a récemment signé un décret sur la promotion de la concurrence dans l'économie américaine¹⁰⁰. Ce décret charge un conseiller de la Maison-Blanche en matière de concurrence de « coordonner, promouvoir et faire avancer les efforts du gouvernement fédéral en vue de combattre la surconcentration, la monopolisation et la concurrence déloyale [TRADUCTION] ». Il exige également des organismes fédéraux chargés de l'application des dispositions antitrust de s'attaquer plus énergiquement encore à des questions comme celles des fusions et des pratiques de concurrence déloyale dans les industries pharmaceutiques et numériques. De même, la sénatrice Klobuchar a proposé la loi de 2021 sur la réforme de l'application des lois de la concurrence et antitrust¹⁰¹, laquelle en appelle à une intensification de l'application des dispositions antitrust et propose à cette fin une augmentation des budgets des organismes concernés.

Ces appels à un renforcement de l'application de la loi vont dans le sens de la présente analyse. Les marchés numériques se prêteront à l'exercice d'un pouvoir de marché, ce qui mettra plus de pression sur le Bureau de la concurrence pour qu'il fasse respecter la *Loi*. La demande de ressources supplémentaires à cette fin se justifie par les

⁹⁹ Voir, par exemple, Barnett et coll. (2020); Lancieri et Sakowski (2021).

¹⁰⁰ 9 juillet 2021.

¹⁰¹ Février 2021.

marchés numériques et le budget du Bureau a récemment augmenté, ainsi que nous l'avons mentionné. Il est encore trop tôt pour affirmer que les hausses sont suffisantes.

La sénatrice Klobuchar recommande également d'importantes modifications législatives de fond. Il s'agit notamment d'abaisser le seuil des menaces anticoncurrentielles déclenchant l'intervention de l'État. Ainsi, une fusion ou une pratique d'entreprise dominante qui crée un risque appréciable d'atteinte à la concurrence pourrait faire l'objet d'une ordonnance, par opposition à l'exigence actuelle d'une pratique qui soit de nature à diminuer sensiblement la concurrence. La proposition de la sénatrice Klobuchar créerait une présomption réfutable contre les fusions proposées par certaines entreprises d'une grande taille ou dont la part de marché est imposante.

Je ne recommanderais pas de modifier le critère actuel de la *Loi sur la concurrence* selon lequel la conduite en question « a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ».

Premièrement, la différence que ferait un critère de « risque appréciable » par rapport au statu quo n'est pas évidente. On pourrait définir cette différence conceptuellement, mais dans la pratique, ce qui est évalué, c'est la question de savoir si une fusion ou une pratique est probablement anticoncurrentielle ou proconcurrentielle ou économiquement bénigne sinon. L'appréciation des différents niveaux de risque concurrentiel (« risque appréciable », « risque possible de diminution sensible de la concurrence » ou « risque vraisemblable de diminution sensible de la concurrence ») n'est pas un tel exercice de finesse dans la pratique et exiger des décisions qu'elles reposent sur un degré bien précis de risque est supposer qu'une évaluation d'une précision excessive de l'incidence sur la concurrence est possible.

Bien sûr, tout dépendrait du sens prêté à « risque appréciable ». Le seuil pourrait être si bas que des conduites tout à fait bénignes soient visées. Sur des marchés numériques dynamiques, l'avenir demeure inévitablement incertain et un bas seuil de « risque appréciable » permettrait de tenir compte à mauvais escient de presque tous les genres de conduite d'une entreprise dominante. Par ailleurs, si « appréciable » voulait dire quelque chose d'important, tout dans la pratique finirait par se confondre avec le critère actuel du « risque de diminution sensible de la concurrence ».

Deuxièmement, dans la mesure où la proposition changerait en fonction du degré de préjudice concurrentiel justifiant une intervention, il est loin d'être clair que c'est là chose souhaitable d'un point de vue juridique ou économique. Sur le plan juridique, il serait pour le moins choquant qu'une entreprise fasse l'objet d'une ordonnance prescrivant ou proscrivant une conduite avec à la clé des SAP ou d'autres pénalités financières pour une conduite qui serait probablement bénigne. Sur le plan économique, la question est de savoir si un seuil plus bas d'application de la loi sert ou dessert le bien-être économique. En définitive, la question est empirique.

Une observation de nature empirique révèle que, à l'heure actuelle, le Bureau de la concurrence conteste une proportion infiniment faible de fusions et d'abus possibles de position dominante. Une si faible proportion pourrait s'expliquer en partie par une application insuffisante de la loi, mais une explication bien plus probante serait qu'une proportion infiniment petite de conduites peuvent même poser un problème de concurrence¹⁰². S'écarter nettement du statu quo, c'est-à-dire tant de la maxime du « démontrer pour affirmer » que de la présomption usuelle que la plupart des choix des

¹⁰² Voir, par exemple, Iacobucci et Winter (2010); Hawk et Motta (2008).

entreprises privées (même des grandes dont la taille résulte peut-être justement de leur capacité de répondre aux besoins des consommateurs) sont économiquement bénéfiques devrait seulement être permis à mes yeux si on a la preuve que l'application de la loi s'en trouverait améliorée. À tout le moins, on peut penser que les accusations gratuites à l'égard d'entreprises numériques ne suffisent pas. Quelle conduite à présent permise ne le serait plus avec un seuil normatif plus bas? Quels seraient les avantages en matière d'effet dissuasif et quels atouts associés aux conduites bénignes seraient perdus si on adoptait une approche plus stricte d'application de la loi? Tant qu'on n'aura pas répondu avec soin à ces questions, même si la réponse est inévitablement contestable, je ne verrais pas d'un bon œil qu'on abaisse les seuils d'application de la loi.

Mentionnons enfin que la conduite qui aura probablement attiré la plus grande attention et éveillé les plus vifs soucis quant à l'insuffisance de l'application de la loi est l'acquisition d'entreprises naissantes de manière à empêcher ou à diminuer la concurrence. Il peut être difficile de prouver que l'acquisition d'une entreprise naissante est préjudiciable à la concurrence, mais on peut penser que, si de telles acquisitions sont approuvées sans trop de difficulté, il y a danger que les plateformes dominantes se protègent contre la concurrence par une succession de petites acquisitions¹⁰³.

L'acquisition de concurrents naissants peut véritablement poser un problème, mais sans nécessiter que les seuils d'application de la loi soient abaissés ou que le fardeau de la preuve soit déplacé. Comme nous l'avons dit, l'abus de position dominante serait un critère hautement approprié s'il s'agissait de s'attaquer à une pratique d'acquisitions qui empêche ou diminue la concurrence. Au Canada, ce qu'il faut comme nous l'avons dit, ce

¹⁰³ Voir, par exemple, Hemphill et Wu (2019); Yun (2020).

sont des modifications de l'article 79 qui précisent que les agissements d'une entreprise dominante qui nuisent à la concurrence, mais profitent aux concurrents peuvent être anticoncurrentiels. En évaluant une pratique de transactions plutôt qu'une transaction en particulier, les autorités peuvent mieux établir qu'une stratégie d'acquisitions diminue sensiblement la concurrence sans avoir à abaisser le fardeau de la preuve requis.

Un autre jeu de propositions plus mordantes a été avancé aux États-Unis par le sous-comité de la Chambre des représentants sur les lois antitrust, commerciales et administratives dans son rapport intitulé *Investigation of Competition in Digital Markets*¹⁰⁴. Ce rapport exprimait de profondes préoccupations au sujet du pouvoir de marché qu'exerceraient Google, Apple, Amazon et Facebook et proposait un certain nombre de mesures correctives. Entre autres, il recommandait que la loi prévienne les « autopréférences » d'entreprises dominantes lorsque des plateformes en intégration verticale privilégient leurs propres produits sur le marché en aval. Il recommandait même que les entreprises en intégration verticale aient l'obligation de se défaire de certains actifs pour être moins en intégration.

Je ne souscris pas à une telle approche. Les entreprises dominantes, dont les plateformes, pourraient être en mesure d'offrir de meilleurs produits en aval que les entreprises non intégrées. En fait, une entreprise dominante comme Amazon pourrait avoir réussi parce qu'elle excelle à répondre aux besoins des clients des deux côtés de sa plateforme, en offrant aux vendeurs un accès aux acheteurs et en vendant directement des produits aux consommateurs. À cause des gains d'efficience possibles en situation d'intégration verticale, une règle prophylactique interdisant tout genre d'intégration

¹⁰⁴ Octobre 2020.

verticale desservirait assurément les consommateurs dans bien des milieux, même si elle profitait aux petits concurrents.

Ce n'est pas dire que les plateformes dominantes ne devraient pas être soumises à un examen antitrust si elles étendent verticalement leur gamme de produits de manière à miner la concurrence; elles peuvent et devraient subir un tel examen¹⁰⁵. En fait, je suis personnellement sceptique devant certains des arguments avancés pour défendre des pratiques comme celle de la liaison entre une recherche verticale et spécialisée et une recherche générale¹⁰⁶. Mais il serait économiquement malavisé de conclure catégoriquement que l'autopréférence est mauvaise pour les consommateurs et doit donc être interdite.

b) Union européenne

L'Union européenne a lancé une suite de consultations et de propositions concernant les marchés numériques, dont des propositions pour la *Loi sur les marchés numériques* et la *Loi sur les services numériques*. La première de ces lois désignerait certaines plateformes comme « contrôleurs d'accès » parce qu'elles sont dominantes, que leur domination est durable et qu'elles ont une fonction d'intermédiaire¹⁰⁷. Les contrôleurs d'accès auraient à prendre certaines mesures et d'autres leur seraient interdites. L'autopréférence, par exemple, serait proscrite – une mesure que nous avons analysée plus haut (pour rejeter cette proposition). Les contrôleurs d'accès seraient

¹⁰⁵ Le Bureau a examiné, par exemple, l'autopréférence de Google dans ses résultats en recherche verticale. Qu'il conclue à l'absence d'abus de position dominante n'implique pas que l'approche actuelle est inefficace; cela démontre plutôt qu'une analyse poussée pourrait ne pas mettre au jour des problèmes de concurrence malgré l'existence de faits superficiellement troublants.

¹⁰⁶ Iacobucci et Ducci (2018).

¹⁰⁷ Vezzoso (2021).

également tenus de laisser les vendeurs et les consommateurs entrer en liaison en dehors de leur plateforme.

Cette volonté de permettre la liaison hors plateforme pose un problème commun aux propositions de réforme antitrust les plus intrusives, en ce sens qu'elle frappe d'un interdit général une pratique qui, dans certaines circonstances, peut poser un problème, mais qui dans beaucoup d'autres pourrait se révéler entièrement bénigne. Il y a d'éventuels inconvénients à exiger une liaison hors plateforme entre vendeurs et consommateurs. Investir dans la construction d'une plateforme coûte cher et ce coût est recouvert par les transactions qui s'opèrent dans celle-ci. Le risque est que le choix par certains utilisateurs de mener leurs opérations en dehors de la plateforme ne vienne saper l'investissement qui s'y fait. Un vendeur peut compter sur la plateforme pour bâtir son image de marque, mais peut l'abandonner comme intermédiaire si et quand son produit a du succès. Si les produits qui réussissent devaient régulièrement s'écarter de la plateforme, il y aurait moins d'incitation à construire des plateformes qui ont du succès. Cela dit, il se pourrait que, dans certaines circonstances, il soit avantageux pour les consommateurs, et non seulement pour les concurrents, que les transactions hors plateforme soient permises. Cette variabilité est la raison pour laquelle un examen au cas par cas de la question conviendrait grâce à la souplesse actuelle des lois de la concurrence. Une approche de traitement catégorique des conduites est malavisée.

La *Loi sur les marchés numériques* propose également que les contrôleurs d'accès fournissent à leurs utilisateurs leurs données personnelles, qui seraient alors transférables à d'autres plateformes. Cette transférabilité est aussi envisagée dans le *Règlement général*

sur la protection des données de l'Union européenne. Elle rappelle l'initiative canadienne du système bancaire ouvert.

Il y a des raisons de conclure que la réglementation de la transférabilité des données peut être une bonne chose si on considère que les entreprises établies exerçant un pouvoir de marché pourraient s'opposer à une promotion des plateformes rivales par la création d'une transférabilité. Cette réglementation pourrait aussi convenir en raison de la complexité de l'environnement des données où des questions comme celles de la sécurité et de la protection des renseignements personnels commandent l'attention et exigent probablement une coordination et une uniformisation. C'est dans ce domaine qu'une surveillance soutenue par un organisme spécialisé de réglementation sectorielle aurait sa place au lieu d'un renforcement de l'examen antitrust par les autorités de la concurrence. La compétence de ces autorités ne réside pas dans la surveillance et la réglementation des comportements, mais dans l'examen ponctuel des conduites¹⁰⁸. L'imposition d'une transférabilité des données pourrait avoir d'heureux effets sur la concurrence, mais plutôt que d'apporter des modifications en ce sens à la *Loi sur la concurrence*, je recommanderais plutôt des solutions de réglementation.

c) Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a proposé de créer une « unité des marchés numériques » (DMU) au sein de son autorité de la concurrence et des marchés. Cette unité serait habilitée à adopter et appliquer proactivement des règles de concurrence pour les marchés numériques. Les entreprises ayant le statut de marché stratégique seraient soumises à un

¹⁰⁸ Trebilcock (2004).

ensemble de règles de conduite qui ne s'appliqueraient pas nécessairement à d'autres entreprises dans d'autres marchés. Ce code de conduite comprendrait des règles contre l'autopréférence, ainsi que des seuils plus bas en matière de prévention des fusions, deux orientations que nous avons déjà analysées (pour les rejeter). La désignation de marché stratégique déterminerait l'envoi obligatoire d'avis de fusion, obligation qui ne serait pas imposée aux entreprises n'ayant pas cette importance stratégique.

Il pourrait se justifier d'étendre la notification obligatoire plutôt que de changer les règles de fond applicables aux fusions. Diverses considérations s'affrontent. D'une part et comme nous l'avons indiqué, les acquisitions de concurrents sans trop d'importance pour le moment sur les marchés numériques pourraient avoir pour effet d'étouffer la concurrence et l'innovation, puisque les concurrents naissants ont la possibilité de croître rapidement et de venir défier une entreprise établie. Cela militerait en faveur de l'élargissement des exigences de notification de sorte que les autorités soient mieux outillées pour examiner les cas d'empêchement de la concurrence future par voie d'acquisition. D'autre part, il faut dire que la notification n'est pas sans coût, pas plus que l'examen par les autorités des cas notifiés. Là encore, la décision repose sur une question empirique : existe-t-il à présent un problème persistant d'application insuffisante de la loi contre les fusions anticoncurrentielles dans le monde numérique, problème que corrigeraient des exigences élargies de préavis? Comme les autorités canadiennes sont en mesure de contester après coup les fusions n'ayant pas fait l'objet d'une notification préalable et comme il est recommandé que les acquisitions de concurrents naissants soient en partie prises en charge par les dispositions d'abus de position dominante permettant au Bureau d'examiner une suite d'acquisitions comme constituant une

pratique, je doute qu'il soit avantageux pour le Canada d'étendre les exigences en matière de notification.

L'idée de créer une unité des marchés numériques au sein de l'autorité de la concurrence et des marchés ne concerne pas (nécessairement) les modifications à apporter à la Loi sur la concurrence, mais comme question d'application de la loi, elle pourrait être vue d'un bon œil au Canada. Les marchés numériques se prêtent davantage à l'exercice d'un pouvoir de marché, gagnent en importance économique et présentent des caractéristiques qui les singularisent sur le plan de la concurrence. Établir une unité du numérique au sein du Bureau de la concurrence viendrait faciliter le développement des compétences sectorielles et leur application aux fins de la politique de la concurrence sur les marchés numériques. Le Bureau de la concurrence a récemment créé la Direction générale de l'application numérique de la loi et du renseignement, qui devrait faciliter le développement et l'application de l'expertise sectorielle à la politique de concurrence dans les marchés numériques.

d) Australie

C'est en Australie qu'on pourrait trouver une voie intermédiaire vers un élargissement par voie législative des exigences de préavis. Dans le rapport final d'une enquête réalisée sur les plateformes numériques¹⁰⁹, il est recommandé que les grandes plateformes numériques adhèrent à un protocole de préavis des fusions proposées auprès de la commission australienne de la concurrence et de la consommation (Australian Competition and Consumer Commission ou ACCC). Le document recommande en cas de

¹⁰⁹ Juin 2019.

désaccord entre les plateformes et l'ACCC d'envisager des changements obligatoires au régime de notification. Cette approche est nettement coercitive avec la menace d'une intervention du législateur, mais elle tente de promouvoir la concertation en matière de notification, du moins dans un premier temps. S'il y avait lieu d'étendre les exigences de notification, ce dont je doute sans l'exclure comme possibilité, ce pourrait être l'approche à adopter. Notons en particulier que, s'il y a un net avantage à une notification préalable pour les parties à une fusion, comme l'engagement de soumettre à un examen rapide toute fusion ainsi notifiée volontairement, les grandes plateformes pourraient consentir à cette notification même sans y être tenues.

4. Objectifs non économiques

Avec l'avènement de plateformes numériques dominantes, des critiques ont soutenu qu'il était malavisé pour la politique de la concurrence de mettre l'accent comme aujourd'hui sur l'économie et le bien-être des consommateurs et qu'il y avait lieu de faire jouer dans l'application de cette politique un éventail beaucoup plus large de valeurs¹¹⁰. Les critiques ne sont pas toujours précis, mais ces valeurs seraient notamment la promotion de l'égalité économique, la dissipation du pouvoir politique des grandes entreprises, la sauvegarde de la vie privée et, en particulier, des données personnelles, la protection des concurrents et non seulement celle de la concurrence, la conservation de l'environnement, la liberté d'expression, le plein emploi et le bien-être des travailleurs, pour ne citer que celles-là. Dans cette section, nous verrons comment il conviendrait

¹¹⁰ Voir, par exemple, l'analyse dans Shapiro (2018); First (2019).

d'adapter la *Loi sur la concurrence* à la demande d'une plus grande sensibilité à ces valeurs non économiques.

Dans notre traitement de la question, nous examinerons premièrement le scénario du statu quo. Bien que certains facteurs non économiques ou du moins non liés à l'efficacité n'aient actuellement aucun poids dans la politique canadienne de la concurrence, certaines autres considérations du même ordre sont présentes et significatives. En effet, il y a des domaines où la diversité des considérations susceptibles d'entrer en jeu a rendu pour ainsi dire incohérente la politique canadienne de la concurrence. En raison de ce manque de clarté, une réforme s'impose de la *Loi sur la concurrence* dans ses objectifs fondamentaux, mais il reste la question de la façon de procéder à cette réforme. Deuxièmement, nous regarderons dans quelle mesure les facteurs non liés à l'efficacité *devraient* influencer sur la politique canadienne de la concurrence. La plupart des valeurs que proposent les critiques de l'efficacité à titre substitutif sont assurément des visées sociales valables. La question à se poser n'est toutefois pas de savoir si elles sont valables, mais si la politique de la concurrence devrait en tenir compte par opposition aux autres instruments de la loi ou de la politique publique. Troisièmement, comme nous reconnaissons que les valeurs politiques pourraient avoir un certain rôle à jouer dans l'application des lois de la concurrence, nous considérerons les possibilités de réforme de la *Loi*.

i) Scénario du statu quo

Même une lecture superficielle des diverses lignes directrices d'application de la loi du Bureau de la concurrence ou encore de la jurisprudence du Tribunal de la

concurrence et de divers autres tribunaux révèle l'importance indubitable de l'analyse économique aux fins de l'application de la politique de la concurrence. Le traitement des cas fait invariablement appel non seulement à la logique et au vocabulaire de l'économie, mais fréquemment aussi aux théories rivales des économistes experts sur une certaine conduite ou un projet de fusion¹¹¹. La *Loi sur la concurrence* emprunte aussi le langage et la logique de l'économie en exigeant, par exemple, que le Tribunal tienne compte de l'existence de substituts dans son évaluation d'une fusion, tout comme d'obstacles à l'entrée sur le marché¹¹². La promotion d'objectifs d'efficacité économique se trouvera souvent accessoirement à protéger des intérêts non économiques en encourageant, par exemple, l'adoption de prix concurrentiels à la fois efficaces en matière économique et, dans bien des cas, avantageux en matière de distribution. De même, la promotion de la concurrence sur les marchés numériques est de nature à encourager les fournisseurs de services à rivaliser pour protéger la vie privée. Autre possibilité, la prévention de la collusion qui limite la technologie de réduction des émissions dans la production automobile peut préserver l'environnement et favoriser une concurrence efficace¹¹³. Cette harmonie n'est cependant pas toujours acquise et les objectifs économiques ne sont pas les seuls objectifs importants dans la *Loi sur la concurrence* ou la jurisprudence. La *Loi* énonce plutôt une gamme d'objectifs et la jurisprudence se fait parfois le reflet de cette diversité (mais pas toujours). En fait, le plus grand problème que pose le statu quo législatif n'est pas une focalisation par trop étroite sur l'économie, mais un cadre qui

¹¹¹ Voir, par exemple, la décision *Nielsen* où le Tribunal a fini par accepter la théorie anticoncurrentielle de l'exclusivité avancée par un expert en rejetant les autres.

¹¹² Art. 93.

¹¹³ L'Union européenne a récemment imposé des amendes de 875 millions d'euros à des fabricants pour collusion en matière de technologie des émissions : Commission européenne (2021).

demeure parfois dangereusement indéterminé dans son insistance sur un éventail d'objectifs de politique publique. Nous étairons cette conclusion dans le reste de cette sous-section.

a) Article 1.1

Au moment de regarder les objectifs qui président actuellement à la politique canadienne de la concurrence, il est essentiel de se reporter à l'énoncé des objectifs que renferme la *Loi* même. Il est bon de reproduire l'article 1.1 en entier :

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

L'efficacité économique est incluse, tout comme les objectifs d'expansion des exportations, la garantie d'une chance honnête pour la petite et moyenne entreprise d'être concurrentielle et la volonté d'assurer aux consommateurs « des prix compétitifs et un choix dans les produits ». Ces objectifs s'harmonisent souvent dans une affaire donnée. La prévention d'une conduite anticoncurrentielle d'exclusion accroît l'efficacité *et* peut protéger la petite et moyenne entreprise. Prévenir une fixation des prix est une marque d'efficacité qui favorise l'obtention de prix concurrentiels par les consommateurs. Mais dans des cas particuliers, ces objectifs peuvent conduire à des résultats divergents. Une fusion qui mène à moins de cherté et à moins de concurrence peut augmenter l'efficacité par ses coûts moindres, mais aussi à de plus hauts prix non concurrentiels par la diminution de la concurrence. Une entreprise d'amont qui attribue un territoire exclusif à

une entreprise d'aval peut promouvoir la concurrence et l'efficience en encourageant les investissements promotionnels de cette dernière, mais pourrait nuire à la petite entreprise cherchant à écouler les produits d'amont sur le territoire assigné. Se contentant d'énumérer un éventail d'objectifs, l'article 1.1 ne guide nullement les acteurs privés ni les décideurs judiciaires lorsque les objectifs pointent dans des directions divergentes.

Il n'y a pas que cette indétermination de l'article 1.1 à mentionner, mais aussi le fait qu'elle est singulièrement précise dans la formulation de certains de ses objectifs et se trouve donc arbitrairement à exclure des facteurs peut-être analogues dans l'analyse de la politique de la concurrence. Pour prendre un exemple et comme nous l'avons mentionné, cet article formule un objectif de « prix compétitifs » qui est *indépendant de l'objectif de l'efficience*. Qu'il y ait un objectif indépendant de prix concurrentiels peut le mieux s'expliquer par la volonté du législateur dans la *Loi sur la concurrence* de promouvoir en soi le bien-être des consommateurs. La meilleure explication pour cette promotion est que le législateur recherche en général un genre de justice distributive : les producteurs (actionnaires) sont en moyenne mieux nantis que les consommateurs et, dans la mesure où le maintien de bas prix a pour effet un transfert de richesse (par rapport à une situation hypothétique de prix non concurrentiels) des producteurs aux consommateurs, le résultat est positif en matière de distribution.

Une telle finalité de distribution pour la *Loi de la concurrence* peut se défendre comme question de politique générale et fait écho à des objectifs qui figurent ailleurs dans la *Loi* et plus manifestement peut-être dans la progressivité de l'impôt sur le revenu. Mais s'il s'agit d'isoler les prix concurrentiels comme visée en matière de distribution, on se trouve à négliger d'autres problèmes éventuels de distribution. On ne se soucie pas, par

exemple, de justice distributive pour les travailleurs. Dans le sens même de cette omission et comme on peut le voir ailleurs dans la *Loi*, la défense des gains en efficience fait des économies réalisées et notamment des économies de main-d'œuvre un effet positif d'une fusion, bien que ce même gain puisse mettre en difficulté des travailleurs et susciter des préoccupations en matière de justice distributive. Les marchés du travail sont frictionnels et la perte d'un emploi aura en moyenne un effet négatif sur le bien-être économique des travailleurs. Néanmoins, on ne trouve pas un tel souci distributif pour les travailleurs à l'article 1.1 et, par conséquent, la jurisprudence n'a pas tenu compte de ce genre de préoccupations¹¹⁴.

On ne sait pas non plus exactement pourquoi la question de la petite et moyenne entreprise à proprement parler est incluse comme motivation à l'article 1.1 de la *Loi*. De toute évidence, la petite et moyenne entreprise joue un rôle essentiel dans l'économie canadienne, mais cela ne veut pas nécessairement dire que la politique de concurrence doit chercher à promouvoir son bien-être. D'une part, certains comportements anticoncurrentiels, comme les complots visant à fixer les prix ou les fusions anticoncurrentielles, peuvent *profiter* aux petites entreprises, qui auront souvent des coûts plus élevés et préféreront des prix de marché élevés. D'autre part, la promotion de l'efficacité économique protégera la petite et moyenne entreprise et d'autres entreprises contre d'autres comportements anticoncurrentiels, comme les prix abusifs, mais elle ne nécessite pas de cibler la petite et moyenne entreprise dans la clause relative aux objectifs, étant donné que l'efficience est déjà un objectif déclaré. Autrement dit, si la

¹¹⁴ Le traitement de l'affaire *Supérieur Propane* comporte une vaste analyse des questions de distribution pour les consommateurs, mais non pour les travailleurs menacés de perdre leur emploi. Voir l'analyse dans Iacobucci (2013).

protection de la petite et moyenne entreprise ne favorise pas l'efficacité, on ne sait pas exactement quelle valeur est en jeu; en effet, pourquoi la politique de concurrence envisagerait-elle de sacrifier l'efficacité pour favoriser le bien-être de la petite et moyenne entreprise? Encore une fois, la petite et moyenne entreprise est un moteur indispensable de la croissance économique au Canada, mais une politique de concurrence protégeant l'efficacité économique la protège de façon appropriée.

Résumons en disant que cet article comme il est écrit comprend trop de choses, qu'il est un fourre-tout d'objectifs parfois contradictoires et déconcertants, en même temps, qu'il n'en comprend pas assez, en ce sens qu'il vise certaines questions en oubliant les autres malgré leur similitude à plusieurs égards.

b) *Affaire Supérieur Propane*, valeurs de politique et défense des gains en efficacité

S'il n'est pas inhabituel que les régimes de concurrence comportent une diversité d'objectifs orthogonaux¹¹⁵, ce qui est plus singulier, c'est un litige de premier plan où les décideurs judiciaires ont expressément à faire un choix entre des objectifs qui, en l'occurrence, pointent dans des directions différentes. L'affaire *Supérieur Propane* a été une de ces causes au Canada.

Il s'agissait d'une fusion ayant comme double effet de diminuer sensiblement la concurrence et d'élever donc les prix, d'une part, et de conduire à des gains d'efficacité, d'autre part. Ce litige a produit un riche dossier détaillé, car il a été entendu deux fois par le Tribunal et autant par la Cour d'appel fédérale. Une question primordiale était celle de la bonne interprétation à donner à la défense des gains en efficacité à l'article 96. Cette

¹¹⁵ Ducci et Trebilcock (2019); Iacobucci et Trebilcock (2021); Hawk et Motta (2008).

défense impose au Tribunal de permettre la fusion là où les gains en efficience « surpasseront et neutraliseront les effets » anticoncurrentiels produits. Dans ce cas, on ne pouvait guère douter qu'il y aurait des gains en efficience; toute économie résultant de cette fusion compterait comme gain en efficience et justifierait la fusion. En revanche, ce qui valait comme aspects négatifs dans ce bilan suscitait une controverse considérable. Quels sont précisément les effets anticoncurrentiels de la fusion?

Des prix supérieurs incitent les consommateurs à quitter le marché par rapport à une situation d'équilibre concurrentiel; les gains perdus à cause de cette sortie, ce qu'on appelle les pertes sèches, représentent clairement un effet anticoncurrentiel négatif de la fusion. Le désaccord dans l'affaire *Supérieur Propane* portait sur la question de savoir s'il fallait considérer comme un effet anticoncurrentiel négatif de la fusion que les consommateurs continuant à acheter le produit aient à payer des prix plus élevés. L'argument fondé sur l'efficience qui n'y voit pas d'effet négatif dit que les autorités et les décideurs judiciaires de la politique de la concurrence ne devraient pas se prononcer sur qui est plus digne de recevoir un dollar, le consommateur ou le producteur/actionnaire. Selon cet argument, le transfert d'un dollar des consommateurs aux producteurs devrait être considéré comme neutre; ce n'est que lorsqu'un dollar est perdu pour la société, comme pour les pertes sèches, qu'on peut parler d'un effet anticoncurrentiel négatif de la fusion.

L'argument opposé se fonde non pas sur l'efficience, mais sur l'équité. Si les consommateurs s'en tirent économiquement plus mal que les actionnaires et que la société devait tenir pour inéquitable un transfert de ressources des relativement pauvres aux relativement riches, un transfert des consommateurs aux producteurs s'assimilerait à

un effet anticoncurrentiel négatif d'une fusion. Les deux positions trouvent à s'appuyer sur l'article 1.1 qui énonce l'efficience et les prix concurrentiels comme deux objectifs de la politique de la concurrence.

En première instance, le Tribunal a rejeté les questions distributives dans l'affaire *Supérieure Propane* en disant que la défense des gains en efficience ne parlait que d'efficience, et non des autres objectifs à l'article 1.1. Il a conclu que les gains en efficience l'emportaient sur les pertes sèches de la fusion et a permis celle-ci en conséquence¹¹⁶. La Cour d'appel fédérale a infirmé sa décision en appel. Elle a soutenu que l'article 1.1 énonce en fait d'objectifs non seulement l'efficience, mais aussi les prix concurrentiels. Vu les préoccupations en matière d'équité que soulève l'objectif indépendant des prix concurrentiels à l'article 1.1, conclure que l'efficience compte seulement dans l'analyse de l'article 96 serait une vue par trop étroite. La Cour d'appel fédérale a plutôt laissé au Tribunal le soin de soupeser les objectifs de distribution et d'efficience dans l'application de la défense des gains en efficience, peut-être même en variant son approche au cas par cas¹¹⁷.

Bien que le souci des questions de distribution soit clairement défendable à la lumière de l'article 1.1, l'orientation adoptée par la Cour d'appel fédérale ne nous guide guère à cet égard. Laisser un arbitrage de politique quant à la façon de pondérer l'équité par rapport à l'efficience aux soins des décideurs judiciaires au cas par cas pose un problème¹¹⁸. Les résultats en justice ne devraient pas dépendre des préférences

¹¹⁶ À noter que la question de savoir si les gains en efficience l'emportaient en fait sur les pertes sèches est matière à controverse : Mathewson et Winter (2000) font remarquer que la prise en compte d'un pouvoir de marché préexistant implique que les pertes sèches pourraient avoir primé les gains d'efficience démontrés.

¹¹⁷ Dans son application en réexamen des instructions de la Cour d'appel fédérale, le Tribunal a conclu que, même compte tenu des questions de distribution, la fusion devait aller de l'avant.

¹¹⁸ Iacobucci (2013); Casey et Niblett (2016).

individuelles des décideurs judiciaires en matière de politique publique. Et pourtant, un tel résultat trouve à s'appuyer sur l'article 1.1 dans son libellé actuel. L'affaire *Supérieur Propane* impose à la politique canadienne de la concurrence de préciser les objectifs qu'elle entend promouvoir, et la réponse apportée est que tout dépend des objectifs stratégiques du Tribunal. La chose est troublante et appelle une réforme.

Comme nous l'avons indiqué, il y a un autre aspect arbitraire de l'article 1.1 et de l'affaire *Supérieur Propane*¹¹⁹. Dans cette cause, les questions de distribution pour les consommateurs étaient primordiales et pesaient sur l'interprétation de l'article 96. Quant aux questions de distribution pour les travailleurs, elles n'intervenaient pas : que les économies se fassent en partie par une réduction du nombre d'employés n'était pas tenu pour un aspect négatif de la fusion. Un tel traitement est largement arbitraire puisque les licenciements nuisent indubitablement aux travailleurs, mais il est entièrement défendable dans l'état de la *Loi* : l'article 1.1 ne fait pas mention du bien-être des travailleurs et qu'il en soit fait abstraction peut donc se comprendre, même si cette omission s'accorde mal avec des valeurs analogues du point de vue de la politique publique¹²⁰.

c) Autres valeurs politiques

L'article 1.1 présente un pot-pourri de valeurs qui ne nous donnent aucune indication utile sur la question fondamentale de savoir ce que la politique canadienne de la concurrence devrait chercher à réaliser. La jurisprudence laisse tout autant à désirer à

¹¹⁹ Iacobucci (2013); Lianos (2014).

¹²⁰ Iacobucci (2013). Il est vrai qu'il existe d'autres instruments de politique publique pour protéger les intérêts des travailleurs, comme l'assurance-emploi et l'aide sociale, mais cela vaut pour d'autres objectifs que l'on retrouve à l'article 1.1, comme la progressivité de l'impôt sur le revenu à des fins de promotion de l'équité économique.

cet égard, même abstraction faite de la décision *Supérieur Propane*, si on considère que, bien que l'accent repose généralement sur les valeurs économiques, d'autres valeurs politiques passent parfois au premier plan et que, à d'autres occasions, elles pourraient offrir de l'intérêt, mais sont laissées de côté. Dans cette sous-section, nous examinerons quelques exemples d'irruption éventuelle des valeurs politiques dans d'autres affaires en montrant comment les tribunaux ont réagi. Les exemples cités sont une autre raison de procéder à une réforme : l'influence des objectifs non économiques est imprévisible ou du moins varie irrationnellement, d'où la nécessité de modifier la *Loi*.

L'affaire *Southam* au milieu des années 1990 est un dossier de fusion qui a fini par être tranché par la Cour suprême du Canada. Il s'agissait de l'acquisition de journaux communautaires à Vancouver par un important quotidien de cette ville. Le marché en cause était celui des produits publicitaires dans la presse écrite. On a considérablement débattu la question de savoir si les journaux communautaires et quotidiens se faisaient concurrence pour les annonceurs et le Tribunal a conclu que non. La Cour suprême a jugé à son tour que les cours d'appel devaient faire preuve de déférence à l'égard de cette conclusion. Les acquisitions ont pu aller de l'avant comme résultat.

Ce qui manquait manifestement dans l'analyse de concurrence était une évaluation significative de l'incidence éventuelle de la fusion sur la concurrence pour le lectorat des journaux. La presse écrite est un genre de marché double qui vend aux lecteurs d'un côté et aux annonceurs de l'autre. L'analyse du Bureau et le litige portaient sur le côté annonceurs du marché, et non sur le côté lecteurs. Un des aspects intéressants de cette omission est la possibilité que les valeurs politiques se soient situées au premier plan. L'article 1.1 énonce l'objectif d'offrir un choix de produits concurrentiels aux

consommateurs, et il aurait été raisonnable pour les autorités de se demander si la fusion aurait pu mener à une réduction du contenu rédactionnel. Un tel rétrécissement aurait pu avoir non seulement un effet économique normalement préjudiciable de diminution des choix de consommation sur un marché de produits différenciés, mais aussi des conséquences sociales peu souhaitables en restreignant le discours rédactionnel à Vancouver. En d'autres termes, des aspects politiques de l'affaire qu'on pouvait juger pertinents ont été négligés. Vu l'importance accordée à l'analyse économique dans la politique canadienne de la concurrence, il ne faut pas y voir une erreur, mais le rappel d'une insistance imprévisible sur des valeurs non économiques de politique publique en droit, surtout si on compare cette affaire à l'affaire *Supérieur Propane* où de telles valeurs pouvaient être d'un intérêt capital.

D'autres valeurs de politique influent également sur la politique canadienne de la concurrence par le biais de la défense de la conduite réglementée¹²¹. Selon cette doctrine, la *Loi sur la concurrence* ne s'applique pas lorsqu'une certaine conduite a été autorisée par un cadre réglementaire. Comme la réglementation comporte une grande diversité d'objectifs de politique, la défense de la conduite réglementée est un autre biais par lequel la politique canadienne de la concurrence obéit à des valeurs non économiques.

L'affaire *TREB* en est un excellent exemple. Le lien entre la protection des renseignements personnels et la politique de la concurrence a été l'objet de maints débats récents au sujet des objectifs de la politique de la concurrence à l'ère numérique¹²². Certains sont d'avis que cette politique devrait protéger les consommateurs contre l'exploitation de leurs renseignements personnels par les entreprises numériques exerçant

¹²¹ Trebilcock (2004).

¹²² Voir, par exemple, Douglas (2020, 2021); Buiten (2020).

un pouvoir de marché. Et la question est plus qu'objet de commentaires. Facebook a fait l'objet d'une plainte en matière de concurrence en Allemagne où on alléguait que l'agrégation des renseignements personnels de ses utilisateurs sur diverses plateformes constituait une exploitation indue de son pouvoir de marché. La plainte a été accueillie en première instance, mais a fini par être rejetée en appel¹²³.

La diffusion publique de renseignements potentiellement privés a été une question débattue dans l'affaire *TREB*. Le Toronto Real Estate Board faisait valoir que l'insistance du Bureau pour qu'il diffuse plus largement certains renseignements sur les inscriptions immobilières était incompatible avec la législation de la protection des renseignements personnels. En fin de compte, le Tribunal n'a pas admis que les règles de protection de la vie privée représentaient une contrainte pour la diffusion des renseignements en question, puisque le TREB diffusait déjà l'information largement, mais non aussi largement que le préconisait le Bureau. La protection des renseignements personnels n'était pas un facteur de premier plan dans cette affaire, mais elle illustre le grand rôle que peut jouer la défense de la conduite réglementée et donc les autres objectifs de la politique publique dans l'application de la politique canadienne de la concurrence. Si la législation de la protection de la vie privée avait interdit la diffusion de l'information, on aurait disposé d'un argument convaincant pour faire valoir que le Tribunal ne pouvait pas ordonner au TREB de diffuser cette information plus largement. La protection de la vie privée et les autres considérations non économiques sont donc des facteurs de poids dans la politique canadienne de la concurrence : celle-ci a eu tendance à accorder la primauté aux autres

¹²³ Kerber et Zolna (2020).

objectifs de politique publique chaque fois qu'une divergence était possible entre réglementation et concurrence.

Une telle déférence de la politique de la concurrence à l'égard de ces autres objectifs n'est pas nécessairement justifiable comme politique¹²⁴. Ainsi, la législation de la protection des renseignements personnels fixe un ensemble d'objectifs que l'on jugerait louables, mais il en va de même de la politique de la concurrence. On ne voit pas pourquoi la protection de la vie privée ou d'autres aspects de la réglementation devraient toujours avoir préséance. Des questions de constitution et de fédéralisme peuvent constituer un facteur contraignant, mais du seul point de vue de la politique publique, il est impossible de dire *a priori* si la protection des renseignements personnels devrait prédominer sur la concurrence ou l'inverse, car c'est là inévitablement une question de mise en balance des choix de politique publique. En cas, par exemple, d'atteinte légère aux dispositions en matière de vie privée par une diffusion élargie de l'information, il reste que cette diffusion intensifierait la concurrence sur un marché avec d'importantes retombées économiques, et il n'est donc pas évident pour quelles raisons la politique de la concurrence devrait le céder à la politique de la protection de la vie privée. La jurisprudence sur la défense de la conduite réglementée introduit un autre élément d'incertitude dans la question de l'importance des autres objectifs pour la politique canadienne de la concurrence dans le scénario du statu quo.

¹²⁴ Voir, par exemple, Trebilcock (2004); Gifford (1995).

i) La Loi sur la concurrence devrait-elle incorporer des valeurs non économiques de politique publique?

La reconnaissance de priorités hors efficacité et hors économie pour la politique canadienne de la concurrence soulève plusieurs problèmes dans le statu quo. L'article 1.1 énonce plusieurs objectifs de cette politique qui peuvent entrer en conflit selon les circonstances. Ajoutons que, en énonçant des objectifs bien précis (bas prix pour les consommateurs, protection de la petite entreprise, etc.), la *Loi* ne précise pas les valeurs fondamentales qu'elle cherche à promouvoir (justice distributive, par exemple), ce qui l'empêche encore plus de guider les entreprises, les responsables de l'application de la loi et les décideurs judiciaires en la matière. Lorsque les décideurs judiciaires ont eu à tenir compte dans des affaires de deux objectifs divergents à l'article 1.1, ils ont décidé de laisser tout arbitrage au Tribunal, peut-être différemment et au cas par cas (décision *Supérieur Propane*). Cela mène à l'indétermination. Disons enfin que d'autres objectifs de politique – et on peut citer la question de la diversité rédactionnelle (dans l'affaire *Southam*) ou de la protection de la vie privée (dans l'affaire *TREB*) – se présentent comme questions d'une manière imprévisible, notamment par le biais de la défense de la conduite réglementée, auquel cas les valeurs de la concurrence cèdent le plus souvent le pas à d'autres valeurs établies par les organismes de réglementation sectoriels. Il faut réformer la *Loi sur la concurrence* pour remédier à ces lacunes.

Dans cette section, nous passerons en revue les arguments pour et contre l'intégration d'objectifs de politique plus larges à l'application de la *Loi sur la concurrence*. Le premier point à présenter est qu'il n'y a pas d'argument convaincant contre l'idée que les genres de conduite que visent la *Loi sur la concurrence* et la

politique concurrentielle font intervenir toutes sortes de valeurs. La vie privée, la liberté d'expression, la diversité rédactionnelle, l'équité de la répartition des ressources économiques pour les consommateurs et les travailleurs et la concentration du pouvoir politique ne sont que quelques-unes des valeurs en cause lorsque les entreprises se font concurrence ou se préservent de la concurrence, plus particulièrement sur les marchés numériques. De telles valeurs sont essentielles à la chose démocratique, et il serait absurde de prétendre qu'elles ne devraient pas compter dans les lois canadiennes sur la concurrence parce que la seule valeur qui importe pour la politique publique est l'efficacité économique. Qui plus est, comme les différentes valeurs sont incommensurables, il est purement tautologique de soutenir que l'efficacité devrait être privilégiée par rapport aux autres valeurs. S'il est vrai que prendre en compte une valeur non fondée sur l'efficacité comme la protection de la vie privée empêchera la politique publique de maximiser l'efficacité, il n'y a à cela rien d'étonnant ni de probant pour quoi que ce soit d'important¹²⁵. L'efficacité ne peut être invoquée contre la protection de la vie privée, pas plus que l'inverse.

Cela dit, il ne suffit pas de convenir de l'importance sociale des valeurs non économiques pour faire valoir que la *Loi sur la concurrence* devrait en tenir compte. La bonne question est de savoir si la politique de la concurrence et la loi du même nom devraient énoncer une multiplicité d'objectifs du législateur ou si une multiplicité d'instruments de politique devrait prendre en charge la diversité des objectifs en jeu dans une certaine conduite¹²⁶.

¹²⁵ Kaplow et Shavell (2006) exposent en détail l'argument tautologique.

¹²⁶ Trebilcock et coll. (1982); Shapiro (2018).

Prenons, par exemple, la question de la distribution économique. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, il a été décidé que la défense des gains en efficience à l'article 96 comporte un examen tant de l'efficience économique que d'une distribution économique équitable. Même si une fusion contraire au principe de concurrence se révèle efficiente en fin de compte à cause des économies réalisées, la conclusion dans *Supérieur Propane* a été que le Tribunal pouvait rendre une ordonnance contre une fusion à cause de questions distributives pour les consommateurs. Il se peut qu'une fusion accroisse le bien-être dans l'ensemble, mais si les avantages vont à des actionnaires relativement bien nantis et que l'inconvénient de prix plus élevés va à des consommateurs relativement moins nantis, ce même tribunal pourrait décider d'interdire la fusion. Une telle approche pourrait amener une plus grande égalité économique, ce qui est un objectif politique largement reconnu par rapport à une approche fondée seulement sur l'efficience. Disons toutefois que, tout bien considéré, c'est une approche qui ne va pas sans des inconvénients de taille.

Premièrement et comme nous l'avons mentionné, prendre en compte une diversité d'objectifs indépendants en matière concurrentielle rend imprévisible l'application de la *Loi*, et on encourt l'arbitraire : à la fin, les résultats de la politique de la concurrence dépendent des choix personnels des membres du Tribunal quant au poids qu'ils accordent respectivement à la distribution (ou autres valeurs) par opposition à l'efficience (ou autres valeurs). Comme il n'y a pas de mesure unique des retombées sociales d'une multiplicité d'objectifs, les choix personnels des décideurs prédomineront. Comme l'exprime bien Hunter, une politique de la concurrence assortie d'un large éventail d'objectifs présente le

risque que les affaires dont les autorités de la concurrence sont saisies ne soient pas justiciables¹²⁷.

Deuxièmement, si les considérations d'efficacité économique auront généralement les mêmes conséquences dans tous les contextes, d'autres considérations de politique, en matière de distribution par exemple, pourraient avoir des conséquences qui, si elles ne divergent pas manifestement d'affaire en affaire, se concilieraient difficilement. Si on suit, par exemple, la logique de Ross et Winter, si la redistribution économique était le principal objectif d'une politique de la concurrence, cela signifie que la loi devrait *favoriser* un sous-ensemble de fusions anticoncurrentielles peu efficaces qui élèvent les prix¹²⁸. Supposons que deux centres de villégiature de luxe appartenant à des fonds de retraite se font concurrence et qu'une fusion anticoncurrentielle des deux qui élève les prix pourrait avoir pour résultat une distribution économique plus équitable des ressources défavorisant les actionnaires des parties à la fusion à l'avantage des consommateurs, la politique de la concurrence ne devrait pas seulement permettre, mais aussi appuyer une telle fusion si les questions distributives étaient primordiales. Une telle approche semble perverse pour la politique de la concurrence.

De même, supposons que de nombreux consommateurs choisissent une utilisation multiplateforme dans le cas de deux entreprises codominantes fournissant un service numérique particulier. Les plateformes en question proposeraient une fusion qui diminuerait largement la concurrence pour le service numérique, mais qui réduirait le risque d'atteintes à la protection des renseignements personnels, puisque les

¹²⁷ Hunter (1987).

¹²⁸ Ross et Winter (2005) font observer que les effets distributifs d'une fusion de croisiéristes de luxe devraient faire autoriser celle-ci.

consommateurs auraient désormais à traiter avec une plateforme, et non avec les deux. La politique de la concurrence devrait-elle appuyer une telle fusion pour promouvoir la protection de la vie privée? Là encore, le résultat serait choquant pour la politique de la concurrence¹²⁹.

Troisièmement, la politique de la concurrence a tout d'un instrument peu fiable comme moyen d'atteindre divers objectifs. L'efficacité économique est toujours en jeu lorsqu'il est question de politiques sur la concurrence, même si d'autres valeurs se manifestent parfois. Songeons à l'inégalité économique. D'après la décision dans *Supérieur Propane*, en ces rares occasions où une fusion élève les prix et accroît l'efficacité, l'attention prêtée aux questions distributives dans les politiques sur la concurrence peut concourir à l'égalité économique au sein de la société. On est loin dans ce cas d'une approche systématique en matière de redistribution. D'autres instruments, qu'il s'agisse de l'imposition du revenu ou de la richesse ou de la progressivité des dépenses de l'État, sont bien mieux ciblés et efficaces pour promouvoir une distribution économique équitable¹³⁰. De même, promouvoir la protection des renseignements personnels en permettant ou empêchant une fusion (ou une autre conduite favorable ou défavorable à la concurrence) dans les cas relativement peu fréquents où la protection des renseignements personnels est en jeu est un moyen bien moins fiable et systématique de

¹²⁹ Johnson (2021) donne un autre exemple en ce qui concerne l'objectif consistant à protéger l'environnement. L'augmentation du prix du pétrole dissuade les gens d'en consommer. Les politiques sur la concurrence devraient-elles appuyer les fusions anticoncurrentielles des sociétés pétrolières parce que cela ferait augmenter les prix, et dissuaderait donc les gens de consommer du pétrole, sous prétexte de protéger l'environnement?

¹³⁰ Voir, par exemple, Shapiro (2018); Atkinson (2016).

protection de la vie privée que l'instauration de régimes législatifs visant expressément à protéger les renseignements personnels¹³¹.

Quatrièmement, il se pose une importante question d'ordre institutionnel¹³². Dans un scénario de statu quo, les autorités de la concurrence sont expertes en analyse économique des conduites sur le marché. Si la politique de la concurrence devait adopter une grande diversité de valeurs comme priorités d'application de la loi, le Bureau aurait l'obligation institutionnelle d'affirmer sa compétence dans un large éventail de domaines. Si, par exemple, les valeurs de protection des renseignements personnels devenaient quelque chose d'essentiel dans l'évaluation de la conduite sur un marché numérique, le Bureau aurait besoin de compétences non seulement pour l'analyse économique de cette conduite, mais aussi pour la façon de faire respecter les lois et les valeurs de protection de la vie privée¹³³. Il en va de même pour la compétence dans le traitement des questions de concentration politique du pouvoir, d'équité du plein emploi, d'importance de la liberté d'expression, etc. C'est beaucoup demander à un même organisme que d'acquérir une expertise dans une telle gamme de domaines. Le défi est d'autant plus grand que les valeurs dans lesquelles le Bureau devrait se spécialiser sont incommensurables, ce qui ferait de ses décisions d'application de la loi l'expression à la fin de ses préférences en matière de politique publique¹³⁴.

Par ailleurs, les responsabilités de promotion de valeurs particulières pourraient être assignées à différents organismes de l'État. Le commissaire à la protection de la vie

¹³¹ Qui plus est, puisque l'accès aux données peut jouer un rôle essentiel dans la concurrence, dans certains cas, la protection des renseignements personnels pourrait nuire à la concurrence.

¹³² Pour une analyse des institutions canadiennes de la concurrence, voir Iacobucci et Trebilcock (2011).

¹³³ La décision prise par le Bureau dans l'affaire *Southam* de ne pas tenir compte de la diversité rédactionnelle peut témoigner d'une aversion à tenir compte des questions non économiques d'ordre politique.

¹³⁴ Voir, par exemple, Hunter (1987).

privée pourrait, par exemple, prendre en charge les questions d'atteintes à la vie privée, alors que le Bureau de la concurrence s'intéresserait à l'incidence économique d'une conduite potentiellement anticoncurrentielle. Il subsisterait à la fin la difficulté d'un arbitrage entre valeurs incommensurables – ce que nous examinerons plus en détail à la section suivante –, mais l'attribution des tâches de protection des différentes valeurs à une pluralité d'organismes permettrait à chacune de ces institutions de se donner une compétence spécifique et ciblée.

Cinquièmement, si les conflits sont inévitables entre des objectifs très différents, il importe tout autant de considérer que l'attention prêtée à l'efficacité permettra dans bien des cas de promouvoir accessoirement d'autres valeurs. Ainsi, des prix concurrentiels peuvent être synonymes d'efficacité et de distribution équitable. La *Loi sur la concurrence* peut également favoriser l'adoption de meilleures politiques de protection des renseignements personnels par les plateformes numériques ou encore une amélioration des caractéristiques écologiques des automobiles. Un accent mis sur l'efficacité est loin d'être systématiquement contraire aux autres valeurs.

Disons enfin que, si un grand nombre de valeurs peuvent présenter de l'intérêt pour la politique de la concurrence, certains objectifs invoqués par les observateurs et même par le législateur sont discutables. Comme cela a été mentionné auparavant, bien que la petite et moyenne entreprise joue un rôle essentiel dans l'économie canadienne, on ne sait pas exactement pourquoi les politiques sur la concurrence devraient promouvoir leurs intérêts, même si cela était inefficace du point de vue économique, surtout que les petites entreprises profitent souvent des conditions non concurrentielles.

En outre, certains observateurs estiment que c'est « mal d'être gros » en s'opposant aux grandes plateformes numériques simplement parce qu'elles sont de grande taille¹³⁵; il est néanmoins difficile de voir en quoi il est mauvais en soi d'être gros. Peut-être que le véritable objectif repose probablement sur des questions distributives, des visées d'expansion de l'emploi ou des questions politiques, mais non sur la protection des petites entreprises ou la condamnation de la grande entreprise à proprement parler. Les valeurs sous-jacentes devraient être prises au sérieux, mais non la singularisation arbitraire d'entités ou de pratiques données. En d'autres termes, si diverses valeurs sont en jeu dans la politique de la concurrence et son application, ce n'est pas dire que tout devrait être érigé en valeur digne d'attention.

Il existe à coup sûr des arguments contradictoires pour l'inclusion d'un éventail d'objectifs dans la *Loi sur la concurrence*. D'abord, certains objectifs peuvent gagner à ce que le gouvernement compte sur une diversité d'instruments pour les atteindre. Il est difficile de parvenir, par exemple, à une redistribution équitable sans créer de distorsions sur le marché avec les coûts économiques qui s'ensuivent. Des taux marginaux d'imposition élevés et progressifs aident les gouvernements à mobiliser les recettes à redistribuer, mais créent par là une désincitation au départ à la création de richesse. Ainsi, une diversité d'instruments gouvernementaux destinés à la redistribution, du moins en partie, peut comporter certains avantages en matière d'efficience; plutôt que de créer de fortes distorsions dans l'imposition du revenu, que l'on confie des objectifs de distribution à d'autres sphères de surveillance réglementaire et économique pourrait mener à de meilleurs résultats distributifs à moindre coût.

¹³⁵ Wu (2018); Bogus (2015).

De plus, comme une légitimité démocratique est clairement conférée à des valeurs comme la vie privée, l'équité économique et la diffusion du pouvoir politique, il sera nécessaire que, à un certain moment, la loi en vienne aux prises avec les défis liés à l'intérêt même et aux conflits possibles de valeurs plurielles et incommensurables. Désigner différents organismes comme principaux responsables de la promotion de certaines valeurs ne permet pas d'éviter la nécessité à la fin de trancher entre les différentes valeurs. Désigner un seul organisme, le Bureau, comme responsable de la promotion de toutes les valeurs d'intérêt, c'est reconnaître qu'il faudra un décideur pour ces valeurs à un certain stade, et c'est aussi simplement désigner le Bureau comme étant ce décideur. Si c'est là surcharger le Bureau avec d'épineux choix de politique publique, on ne peut éviter qu'un certain décideur ait à faire ces choix de toute manière.

Somme toute, il y a de solides arguments pour que la politique de la concurrence continue à mettre l'accent sur l'efficacité économique, surtout si on considère l'indétermination d'une loi de la concurrence par laquelle on pourrait tenter de prendre toutes les valeurs en compte dans chaque affaire¹³⁶. Mais il n'y a guère de raisons de rejeter l'intérêt conceptuel d'autres questions ou valeurs, et on peut donc penser que la politique de la concurrence devrait elle-même assurer cette prise en compte. À la prochaine section, nous présenterons les possibilités de réforme.

ii) Possibilités de réforme

Il est clair que la présente approche de la *Loi sur la concurrence* pour les objectifs de la politique de la concurrence pose des problèmes de taille. Les objectifs énoncés

¹³⁶ Shapiro (2018).

peuvent entrer en conflit, sont parfois difficiles à comprendre dans leur importance propre – pourquoi, par exemple, la protection de la petite et de la moyenne entreprise est-elle en soi un objectif valable? Ils pourraient aussi ne pas tout comprendre – pourquoi, par exemple, la protection des travailleurs est-elle négligée comme objectif alors que la protection des consommateurs et des petites entreprises est incluse?

L'avènement des marchés numériques a accru l'importance de réexaminer comment énoncer les objectifs de la *Loi*. La taille et l'importance des plateformes numériques ont attiré une réaction politique contre elles et les critiques ont demandé que la politique de la concurrence traduise une position plus musclée et plus politique envers elles. Ce phénomène politique rend à lui seul plus pressante la tâche de clarifier la *Loi*. Mais il faut dire que les marchés numériques ont des propriétés qui rendent également cette tâche plus importante. Ces marchés se prêtent à l'exercice d'un pouvoir de marché, ce qui augmente naturellement l'importance de la politique de la concurrence comme proposition générale, même sans tenir compte des traits distinctifs de ces mêmes marchés qui influent sur des aspects comme la protection de la vie privée et la liberté d'expression.

Par ailleurs, la question de la façon de réformer la *Loi* n'est pas aussi simple que la conclusion quant à la nécessité d'une réforme. Toutes sortes d'approches sont possibles, larges ou étroites. Dans cette section, nous examinerons les possibilités de réviser l'article de l'objet dans la *Loi sur la concurrence*. D'une part, cet article doit énoncer une diversité d'objectifs pour la politique de la concurrence et, d'autre part, il doit traduire la réalité pratique de ce qui fait en gros le statu quo en privilégiant l'efficacité économique. Diverses possibilités s'insèrent entre ces deux extrémités. Nous

proposerons, pour discussion, une possibilité intermédiaire : un article de l'objet focalisé sur l'efficacité économique, mais aussi des dispositions permettant un appel du Bureau ou d'un acteur privé au Cabinet pour que celui-ci permette ou interdise une certaine conduite, peut-être pour des raisons non économiques d'ordre politique. Nous regarderons tour à tour ces possibilités en les décrivant plus en détail et en exposant leurs avantages et leurs inconvénients.

a) L'équité comme objectif

Une possibilité serait de formuler une clause d'objet faisant de l'équité la finalité de la politique de la concurrence. L'article 1.1 pourrait s'énoncer ainsi : « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de promouvoir une société équitable et productive par la réalisation d'objectifs sociaux bénéfiques, notamment en matière d'efficacité, d'équité de répartition et d'équité politique. » Sur la question de l'objet fondamental de la *Loi*, les autorités et les décideurs judiciaires ont toute latitude de s'appuyer sur tel ou tel objectif de politique publique pour trancher un cas particulier. Ainsi, la défense des gains en efficacité à l'article 96 renvoie aux « effets anticoncurrentiels » et, tout comme la décision dans l'affaire *Supérieur Propane* a invoqué l'article 1.1 pour justifier l'applicabilité des questions distributives, une clause d'objet générale fondée sur l'équité justifierait l'inclusion d'une grande diversité d'objectifs et de valeurs de politique publique dans l'examen de l'article 96. Si une fusion menaçait la vie privée de quelque façon que ce soit, par exemple, cet aspect pourrait tomber du côté négatif au moment de mettre en balance les effets anticoncurrentiels et les avantages de cette fusion. En réalité, les décideurs pourraient

faire fond sur l'article 1.1 pour conclure que les préoccupations de perte d'emplois viennent annuler l'avantage de gains en efficience.

Avec un tel libellé, on éviterait certains des problèmes que posent les objectifs multiples de la clause d'objet comme elle est écrite. Dans ce cas, on ne distinguerait pas certains objectifs en omettant les autres qui semblent reposer sur les mêmes valeurs sous-jacentes. (Pourquoi des prix concurrentiels pour les consommateurs représentent-ils un objectif des dispositions actuelles contrairement aux salaires concurrentiels?) De même, on évite la spécificité inexplicite de certains objectifs fixés. (Pourquoi précisément la protection de la petite et moyenne entreprise est-elle visée par les dispositions actuelles?) Ce serait aussi un gage de souplesse. Avant l'avènement des marchés numériques, la protection des renseignements personnels importait bien moins comme question stratégique et sociale, ce qui ne devait pas empêcher qu'elle acquière tout son intérêt et son poids à l'ère numérique, et notamment peut-être pour la politique de la concurrence. Enfin, comme il est fait appel au large concept d'équité, un tel libellé invite expressément les autorités de la concurrence et les décideurs judiciaires à user de jugement dans leurs décisions sur des questions particulières. On ne se trouve pas à tenter de dissimuler des choix de politique sous un faux langage technocratique, mais on indique clairement que l'application de la *Loi* dépendra de l'évaluation que feront les décideurs judiciaires de ce qui est équitable dans telle ou telle circonstance.

Bien qu'une clause d'objet fondée sur l'« équité » évite de figer un ensemble à la fois trop complet et incomplet d'objectifs de politique publique dans l'énoncé législatif des finalités de la *Loi sur la concurrence*, elle comporte de nombreux inconvénients par comparaison à une optique axée sur l'efficience, comme cela été mentionné auparavant.

Par exemple, elle perpétue l'incertitude et l'indétermination juridique, laissant des questions fondamentales de politique publique au jugement des membres du Bureau et du Tribunal. De plus, même si l'efficacité économique joue toujours un rôle important dans les questions relatives aux politiques sur la concurrence, d'autres valeurs, comme la protection des renseignements personnels, ou encore la liberté d'expression, se manifestent parfois, et font donc en sorte que les politiques sur la concurrence deviennent un instrument peu fiable pour faire la promotion de ces objectifs parallèles. Qui plus est, le fait de se concentrer sur des valeurs autres que l'efficacité pourrait avoir des résultats néfastes; par exemple, on pourrait accepter la fusion anticoncurrentielle de fournisseurs de biens de luxe au motif que les consommateurs de ce marché sont plus à l'aise financièrement que les actionnaires. Sur le plan institutionnel, une approche fondée sur l'équité exige du Bureau et du Tribunal qu'ils deviennent experts pour toutes les valeurs de politique pouvant être liées à l'application de la politique de la concurrence, qu'il s'agisse d'efficacité économique, de protection de la vie privée ou des retombées sociales de la diffusion du pouvoir politique, pour ne citer que ces aspects. Un mandat aussi large est l'aboutissement logique d'une *Loi sur la concurrence* à vocation œcuménique; on évite la limitation arbitraire des objectifs de l'article 1.1 sous sa forme actuelle, mais en exposant à l'indétermination et en exigeant beaucoup de cette loi et de ses institutions.

b) Efficacité économique

À l'autre extrémité du spectre, on trouve une approche de la *Loi sur la concurrence* ayant pour seul objectif l'efficacité économique. L'article 1.1 s'énoncerait à

peu près ainsi : « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de promouvoir l'efficacité de l'économie canadienne. »

Avec ce libellé, on évite l'incertitude, l'imprévisibilité et l'indétermination associées à l'équité en tant qu'objectif. On donnerait suite au précédent clé sur la politique canadienne de la concurrence, *Supérieur Propane*, en précisant que, par « effets anticoncurrentiels » à l'article 96, on entend uniquement les pertes sèches en matière d'efficacité pour l'économie canadienne, et non l'effet sur l'équité de tout transfert. On se trouve à donner un mandat clair au Bureau et au Tribunal et, comme institutions, ceux-ci jouissent d'une plus grande spécificité dans l'expertise qui est attendue d'eux. Un autre avantage est de promouvoir la prévisibilité en laissant une grande partie de la jurisprudence et de la mémoire institutionnelle constituées au fil des ans depuis l'adoption de la *Loi sur la concurrence* en 1986 continuer à s'appliquer librement à quelques exceptions près, comme pour la jurisprudence portant sur la défense des gains en efficacité. Cela contraste avec une clause d'objet fondée sur l'« équité » qui pourrait donner lieu à des différends sur la pertinence de l'instruction des affaires du passé; une fois que l'« équité » au sens large devient expressément le fondement de la *Loi*, les plaignants peuvent avoir de solides motifs pour distinguer la jurisprudence et la pratique du passé inspirées par la finalité de l'efficacité.

Le modèle de l'efficacité n'implique pas que les objectifs autres n'ont pas à influencer la politique publique lorsque des questions de concurrence se posent. D'abord et avant tout, il existe une abondance d'instruments de politique pour atteindre des

objectifs hors efficience¹³⁷. Mentionnons, par exemple, les lois et les règlements au service de l'objectif de la protection de la vie privée. Une progressivité de l'impôt sur le revenu et des dépenses de l'État avance la cause de l'équité économique. Les limitations de dépenses politiques réduisent l'influence des entreprises dans le domaine politique. Et si pour l'instant il n'y a pas d'instrument efficace de politique pour un objectif quelconque, il ne reste qu'à en établir un. Si, par exemple, la liberté d'expression dans Internet pose un problème en raison de la domination d'une plateforme, il est possible de charger un organisme compétent de résoudre ce problème. Demander au Bureau de se pencher sur ces questions de manière ponctuelle créera de l'indétermination et mènera à un exercice imparfait de sa compétence.

Il y a un autre moyen apparenté pour que les questions hors efficience influent sur les résultats en matière de concurrence, à savoir la défense de la conduite réglementée. Comme nous l'avons mentionné dans le scénario du statu quo, la jurisprudence a établi que la politique de la concurrence doit être appliquée avec déférence à l'égard des autres régimes de réglementation¹³⁸. On peut en fait soutenir que la jurisprudence a reconnu une approche trop respectueuse de la législation et de la réglementation hors concurrence et que, dans ce cas, on a laissé se subordonner sans autre analyse l'intérêt des objectifs sociaux de la politique de la concurrence à l'intérêt des objectifs d'autres régimes législatifs et réglementaires¹³⁹.

¹³⁷ À noter en outre que le Bureau de la concurrence peut se concerter avec d'autres organismes de réglementation pour s'assurer que d'autres décisions en matière de réglementation tiennent compte de l'optique de la politique de la concurrence. Ainsi, le Bureau et le Groupe des politiques de Transports Canada ont conclu un protocole d'entente visant à garantir que les connaissances liées à la concurrence éclairent l'approche de Transports Canada à l'égard des fusions. Voir <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04096.html>.

¹³⁸ Voir, par exemple, Trebilcock (2004).

¹³⁹ Trebilcock (2004); Mysicka (2011).

Quel que soit l'arbitrage optimal entre la politique de la concurrence et ces différents régimes de réglementation, il est clair qu'un accent étroit sur l'efficacité dans cette politique n'implique pas en soi que les valeurs rivales seront sans influence. D'autres instruments de politique publique sont là pour promouvoir ces autres valeurs et la défense de la conduite réglementée contribue à garantir que les autres régimes de réglementation influenceront (peut-être indûment) les résultats de la politique de la concurrence.

Bien qu'une clause d'objet fondée sur l'efficacité crée de la clarté et cultive et encourage l'expertise institutionnelle en laissant, par d'autres instruments, une influence aux autres valeurs, elle n'est pas sans aussi présenter ses inconvénients. Certaines valeurs, en matière de diffusion du pouvoir politique par exemple, pourraient ne pas avoir d'instruments efficaces de politique pour leur promotion (du moins pour l'instant). De plus, la défense de la conduite réglementée implique que d'autres valeurs l'emporteront sur les valeurs d'efficacité dans la *Loi sur la concurrence*, mais pas nécessairement comme conséquence d'une mise en balance réfléchie des valeurs politiques. Une approche exigeant une pondération expresse des différentes valeurs en jeu tiendra compte du contexte comme ne peut le faire la défense existante de la conduite réglementée.

c) Efficacité économique avec regard du Cabinet

Dans le scénario du statu quo, l'efficacité économique tend à dominer la politique de la concurrence, les autres objectifs de politique publique ne jouant qu'occasionnellement un rôle central dans la jurisprudence (comme dans l'affaire *Supérieur Propane*), bien que gagnant de plus en plus en importance pour les

observateurs de cette politique. Dans une troisième version possible de la *Loi*, on peut continuer à insister sur l'efficacité économique, mais en créant un processus politique exprès pour tenir compte des autres objectifs de politique. Ainsi, on pourrait réviser l'article 1.1 de la *Loi* en y indiquant que l'efficacité économique en est le seul objectif. Toutefois, des dispositions distinctes établiraient un droit de regard du Cabinet sur toute décision. Ce droit de regard pourrait être fonction de motifs politiques hors efficacité. On trouve, par exemple, un tel droit de regard du Cabinet dans la *Loi sur les*

télécommunications au paragraphe 12(1) :

12.(1) Dans l'année qui suit la prise d'une décision par le Conseil, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite présentée dans les quatre-vingt-dix jours de cette prise, modifier ou analyser la décision ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience.

Voici quelles pourraient être les modifications à apporter précisément à la *Loi sur la concurrence*. L'article 1.1 s'énoncerait ainsi : « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de promouvoir l'efficacité de l'économie canadienne. » Des dispositions distinctes, peut-être dans un article 1.2, s'énonceraient ainsi :

1.2(1) Dans l'année qui suit une décision prise par le commissaire de la concurrence de ne pas contester une fusion en vertu de la *Loi sur la concurrence*, ou encore toute décision du Tribunal de la concurrence, le gouverneur en conseil peut, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite présentée dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date à laquelle cette décision a été rendue publique, modifier ou annuler celle-ci ou la renvoyer au commissaire ou au Tribunal pour réexamen en tout ou en partie.

1.2(2) Nonobstant l'objectif d'efficacité économique de la présente loi, le gouverneur en conseil peut tenir compte de tout objectif d'équité ou autre objectif social dans le réexamen d'une décision du commissaire ou du Tribunal.

Il convient de noter que ces dispositions visent la décision du commissaire de ne pas contester une fusion. Telle est la proposition parce qu'il n'existe aucun droit privé d'action en cas de fusion; la décision que prend le commissaire de ne pas contester une conduite est définitive pour les fusions dans le scénario du statu quo. Une exigence procédurale est une conséquence secondaire inévitable de ces dispositions : le commissaire doit rendre publique toute décision de ne pas contester une fusion. Il publie régulièrement des rapports de presse après avoir décidé de ne pas s'opposer à des situations potentiellement litigieuses, et il ne serait probablement pas déraisonnable d'exiger de lui qu'il fasse connaître par communiqué ou un autre moyen toute décision de ne pas contester une fusion. Il n'a pas à donner ses motifs, d'autant qu'un droit de regard du Cabinet serait normalement fondé sur des motifs de politique publique autres que l'efficacité que le commissaire n'aurait pas le mandat d'examiner.

Les détails des aspects procéduraux d'une telle proposition ne sont pas d'une importance capitale pour notre propos. Nous nous contenterons de dire qu'un recours auprès du Cabinet serait complexe sur le plan de la procédure, mais que l'approche du regard du Cabinet comporte d'autres lacunes plus flagrantes. L'élément à retenir est que le Bureau et le Tribunal seraient tenus de respecter l'objectif d'efficacité dans l'interprétation et l'application de la *Loi sur la concurrence* et qu'un organe politique, le Cabinet, serait expressément habilité à réexaminer les décisions des autorités de la concurrence pour tout motif jugé utile. En somme, le commissaire et le Tribunal mettraient l'accent sur l'efficacité, tandis que le Cabinet aurait toute latitude pour invoquer divers objectifs de politique publique pour modifier ou annuler une ordonnance. Le Cabinet pourrait vraisemblablement renvoyer aussi une affaire pour réexamen, mais

étant donné que le commissaire et le Tribunal sont les spécialistes de l'analyse d'efficacité, on s'attendrait à ce que le Cabinet intervienne pour des motifs plus vastes, sans rapport avec l'efficacité. Cela implique qu'il ne serait guère utile de renvoyer une affaire pour nouvel examen. Le Cabinet modifierait ou annulerait plutôt la décision du commissaire ou du Tribunal.

Ce traitement hybride des objectifs hors efficacité présente certains avantages par rapport à l'approche de la seule efficacité dans la seconde proposition et à l'approche fourre-tout dans la première. À l'instar de l'approche axée sur l'efficacité, sur le plan institutionnel, il permet au Bureau et au Tribunal de s'attacher à la politique de la concurrence et de s'y spécialiser dans l'optique du bien-être des consommateurs et de l'efficacité économique. Ajoutons que, comme dans le cas de l'approche de la seule efficacité, il y aura prévisibilité dans les décisions des autorités de la concurrence si les parties devant le commissaire ou le Tribunal comprennent que leur cause repose sur le critère de l'efficacité, et sur lui seul. Enfin, l'avantage principal de l'approche tient au fait que s'il est appelé à considérer une diversité d'objectifs de politique publique dans ses décisions, le Cabinet demeure un organe élu ayant à rendre des comptes politiques et est donc bien placé pour mener un tel examen à la différence d'une instance non élue comme le commissaire ou le Tribunal.

Ce traitement hybride présente par ailleurs des inconvénients importants, voire insurmontables. Les parties plaidant leur cause devant le Cabinet ne sauront pas quels facteurs pourraient entrer en ligne de compte et, partant, comment formuler leurs arguments au mieux. S'il est plus légitime d'assigner les décisions sur des valeurs fondamentales de politique à la classe politique qu'au commissaire de la concurrence ou

au Tribunal, le fait de laisser prédominer des considérations de politique imprévisibles et ponctuelles demeure un problème.

Dans le même ordre d'idées, assujettir les décisions en matière de concurrence à un droit de regard du Cabinet est une invite aux pressions politiques ou à la « recherche de rente » par des acteurs privés, ce qui sera coûteux et manifestement improductif sur le plan social. Les membres du Cabinet ont beau avoir à rendre des comptes à l'électorat à la fin, ils peuvent obéir à l'opportunisme politique plutôt qu'à des principes. Hunter a constaté au cours des années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence* qu'elle était expressément conçue pour conférer au directeur des enquêtes et recherches (l'ancien titre du commissaire) des pouvoirs d'application de la loi fondés sur des questions justiciables, et qu'une approche vaste sur le plan politique avait été écartée pour éviter les dangers du lobbying politique et l'incertitude associés à d'autres régimes dont l'orientation est plus politique, tels que celui de l'examen des investissements étrangers¹⁴⁰. Le droit de regard du Cabinet ferait renaître ces craintes.

Parmi les autres inconvénients figure le coût très important de l'ajout d'un niveau de procédure à l'examen des questions de concurrence, en plus du processus judiciaire. Le temps à prévoir pour le réexamen d'une décision du commissaire ou du Tribunal pose tout particulièrement un problème dans un dossier comme celui des fusions où le facteur temps peut jouer un grand rôle. Qui plus est, les parties ne sauraient pas exactement sur quels critères se fonderait le Cabinet dans le cadre de son examen. Outre que cela soulève le spectre de l'indétermination, cet état de choses ajouterait à la complexité, au coût et

¹⁴⁰ Hunter (1987); Hunter (2012).

aux délais, car les parties devront se renseigner sur les critères, puis préparer leur réponse en conséquence.

Il est utile de se pencher sur les types de recours au Cabinet qui existent à l'heure actuelle et de les contraster avec la politique de la concurrence. À l'heure actuelle, les recours au Cabinet à l'issue d'un processus juridictionnel, ou le droit du Cabinet de trancher des questions qui ressortiraient autrement à un organisme ou tribunal administratif, se limitent généralement à certains secteurs particuliers. Ainsi, la ministre des Finances exerce une surveillance considérable sur les banques canadiennes, et c'est elle qui a le dernier mot en matière de fusion de banques, et non le Bureau de la concurrence ni le Tribunal. Par ailleurs, les décisions du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) sont susceptibles d'appel devant le Cabinet. De plus, comme dans le cas du CRTC, le secteur dont il s'agit peut être assujéti à une loi qui traite de l'« intérêt public », un libellé général qui se prête davantage à une surveillance politique que des facteurs mieux définis et plus manifestement justiciables.

Le pouvoir des décideurs en matière de politique de la concurrence ne se limite pas à un secteur; il s'étend à l'ensemble de l'économie. Ils peuvent se prononcer aussi bien sur la fixation des prix par deux stations-service dans une petite ville que sur l'abus de position dominante par des entreprises de technologies multimilliardaires. Pourquoi le Cabinet serait-il bien placé pour examiner une fusion ayant bien peu d'importance à l'échelle nationale, comme celle de deux producteurs de ciment dans un marché rural?

Dans sa critique des recours actuels contre les décisions du CRTC, Ryan cite le juge Estey dans l'arrêt de la Cour suprême *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat* : « Certains peuvent considérer inhabituel et même inefficace que, dans une

société organisée, le gouverneur en conseil puisse infirmer la décision soigneusement pesée d'un organisme administratif, rendue au terme d'une audition publique complète au cours de laquelle on a fait valoir plusieurs points de vue¹⁴¹. » Le juge Estey souligne un argument important au sujet des appels contre le CRTC, argument qui vaut encore davantage en ce qui concerne un appel devant le Cabinet dans des affaires pouvant toucher n'importe quel secteur de l'économie canadienne.

d) Analyse

Dans cette section, nous avons exposé trois possibilités pour la fixation dans la *Loi* des objectifs de la politique de la concurrence, soit un vaste éventail d'objectifs d'équité, un objectif exclusif d'efficience et enfin, cette même finalité de l'efficience pour le Bureau et le Tribunal avec un droit de regard du Cabinet pour un nombre quelconque de motifs en matière d'équité. D'autres possibilités existent, mais ce que nous proposons comme catégories embrasse une bonne diversité de possibilités.

La tension fondamentale se situe entre la clarté et la certitude, d'une part, et le risque de marginaliser des valeurs socialement importantes, d'autre part. Un mandat exclusif d'efficience permet une clarté et une certitude maximales, peut-être au détriment d'une notion plus large de l'équité; il dépend de la promotion d'autres valeurs par d'autres instruments de politique publique, ainsi que de l'influence de ces instruments.

¹⁴¹ Ryan (2014), citant l'arrêt *Inuit Tapirisat* à la p. 756.

Quant à l'approche de l'équité, elle élargit la gamme des valeurs au détriment de la clarté et de la certitude.

Un droit de regard du Cabinet permet au Bureau et au Tribunal de fonctionner avec clarté et certitude, mais suscite plus d'incertitude du fait d'une reconnaissance plus large de l'équité au niveau du Cabinet, ouvre la voie au lobbying politique en vue de produire des résultats particuliers dans des cas particuliers, comporte un coût très considérable et problématique parce qu'il introduit des retards procéduraux dans des affaires où le temps compte comme celles des fusions, peut accaparer le Cabinet avec des questions dont l'importance nationale est très limitée, et compte sur le Cabinet pour encadrer des affaires dans l'ensemble de l'économie plutôt que dans des secteurs particuliers.

Le choix à opérer repose en grande partie sur l'importance relative de la clarté et de la certitude que permet la focalisation sur l'efficacité par rapport à l'importance de la pluralité. En fin de compte, le choix dépend à proprement parler des préférences de politique publique : la clarté, la certitude et la prévisibilité des normes juridiques sont-elles d'un plus grand intérêt social qu'une politique de la concurrence qui tient compte d'un éventail d'objectifs sociaux? Comme c'est aussi là une question de politique publique, il n'y a pas de choix optimal net en la matière.

Cela dit, je considère pour ma part que la possibilité à privilégier est clairement un accent de la *Loi sur la concurrence* sur l'efficacité plutôt que d'autres objectifs et une déférence à l'égard des autres instruments de politique pour les autres objectifs sociaux. C'est le prix à payer pour une telle focalisation, en ce sens que les autres valeurs ne seront pas intégrées à la loi et à la politique de la concurrence, d'où le risque qu'une

attention insuffisante soit prêtée à ces autres objectifs sociaux. Toutefois, il existe beaucoup d'autres arguments contraires : par exemple, la recherche de l'efficience peut souvent faire avancer d'autres objectifs de politique publique (par exemple, de bas prix peuvent être à la fois « équitables » et efficaces), et il existe d'autres instruments pour promouvoir d'autres valeurs et, s'ils n'existent pas, il peut s'en établir.

L'approche de l'efficience évite l'indétermination d'une approche fourre-tout. L'affaire *Supérieur Propane* illustre les lacunes de la prise en compte d'une plus grande pluralité de valeurs peut-être divergentes dans un même instrument juridique, car l'approche à l'égard des objectifs de politique pourra varier d'une affaire à l'autre et dépendra des préférences des décideurs judiciaires en matière de politique publique. C'est là un problème.

Avec l'approche intermédiaire assortie d'un droit de regard du Cabinet, on assigne à bon droit à un organe politiquement responsable le choix des objectifs de politique à privilégier. Cette approche présente toutefois des inconvénients insurmontables. L'indétermination demeure un risque parce qu'on ne sait au juste quelles valeurs d'équité prévaudront auprès du Cabinet, et on ajoute une couche de surveillance politique qui peut être influencée par le lobbying, sans oublier qu'on se trouve à ajouter fâcheusement des délais.

À vrai dire, l'option du droit de regard du Cabinet illustre bien les problèmes inévitables qui en résultent quand on tente d'englober un large éventail de valeurs incommensurables dans un cadre institutionnel adéquat. Si la politique de la concurrence devait mettre l'accent sur un large éventail d'objectifs, le mécanisme institutionnel auquel il convient d'attribuer la responsabilité de peser différents objectifs de politique publique

(une question d'ordre politique) est le Cabinet. Le Bureau et le Tribunal se concentreraient sur les questions économiques et juridiques, tandis que le Cabinet se pencherait sur les questions d'intérêt public plus vastes. Cependant, cette option comporte en définitive un degré d'incertitude néfaste, ainsi que des préoccupations telles que le lobbying politique et des coûts et des retards additionnels.

5. Conclusion

L'avènement des marchés numériques invite à une réévaluation de la politique de la concurrence au Canada. Cet exercice s'impose pour au moins deux raisons.

Premièrement, les marchés numériques exposent à l'exercice d'un pouvoir de marché, ce qui implique que la politique de la concurrence gagne en importance publique.

Deuxièmement, ils soulèvent diverses questions de politique publique : protection de la vie privée, concentration du pouvoir politique au sein d'entreprises numériques, inégalité économique, et ainsi de suite. C'est ainsi que la politique de la concurrence suscite un intérêt inhabituel dans l'histoire récente dans les domaines des affaires politiques et des affaires publiques.

Il existe en matière d'application de la loi des choix que le Bureau devrait considérer (et considère effectivement) dans le contexte des marchés numériques, notamment en mettant davantage l'accent sur l'empêchement de la concurrence ou la dégradation de la qualité des produits que sur les hausses de prix. Le Bureau, s'appuyant sur une idée semblable au Royaume-Uni, a aussi judicieusement établi la Direction générale de l'application numérique de la loi et du renseignement. La proposition britannique d'une unité des marchés numériques au sein du Bureau de la concurrence est

également digne d'intérêt. De plus, des modifications de clarification des dispositions sur les fusions et l'abus ne changeraient pas fondamentalement les normes, mais pourraient guider utilement les autorités de la concurrence lorsqu'elles examinent les agissements sur les marchés numériques. Par exemple, afin de déterminer si une fusion diminue sensiblement ou empêche la concurrence, l'alinéa 93f) pourrait préciser que le Tribunal peut tenir compte de la possibilité que la fusion élimine un concurrent potentiellement dynamique et efficace.

Pour notre part, nous laissons de côté l'application de la loi et les modifications visant à clarifier les dispositions législatives actuelles pour nous attacher aux modifications à prévoir à la *Loi sur la concurrence* qui concernent les dispositions de fond en matière de concurrence. Les modifications proposées appartiennent à deux catégories, les unes convenant à une optique économique et les autres dépendant des objectifs particuliers à donner à la politique canadienne de la concurrence.

Dans la première, l'article 45 n'interdit pas les complots entre acheteurs de produits et, entre autres, les accords entre employeurs de non-débauchage et de fixation des salaires. Même en oubliant l'aspect des questions distributives de la politique publique pour les travailleurs, lequel est absent de toute manière des dispositions à l'article 1.1, notre analyse de l'efficacité appelle des modifications de l'article 45 pour qu'il soit applicable aux accords entre acheteurs. Les accords de non-débauchage et de fixation des salaires créent les mêmes pertes sèches préjudiciables que les accords entre vendeurs et doivent faire l'objet d'un même traitement. L'examen civil de ces accords est possible à présent en vertu de l'article 90.1, mais n'a pas l'effet dissuasif qu'aurait une criminalisation des accords en question; s'il y avait criminalisation, non seulement la

responsabilité personnelle serait engagée en matière pénale, mais des amendes et des actions privées en dommages-intérêts seraient possibles en vertu de l'article 36.

L'article 45 dûment modifié devrait comprendre les accords entre acheteurs et donc les décourager.

Deux aspects de la défense des gains en efficience en cas de fusion sont à remarquer à l'article 96. D'abord, la multiplicité des objectifs d'économie et de politique à l'article 1.1 a mené dans l'affaire *Supérieur Propane* à une décision qui laisse pour l'essentiel la question de la façon d'évaluer les enjeux de l'efficience et de la distribution au choix subjectif du Tribunal. Cela pose un problème, et non seulement à cause de l'indétermination. Ce qui précisément doit être soupesé dans l'application de la défense des gains en efficience dépend du choix d'un objectif de la *Loi* (ou de plusieurs), ce sur quoi je reviendrai. Ensuite et quel que soit l'objectif retenu, on se doit de faire annuler par le législateur le précédent dans l'arrêt *Tervita* qui oblige le commissaire à quantifier les effets anticoncurrentiels, même lorsque les gains en efficience sont négligeables.

Il est recommandé d'apporter trois modifications aux dispositions en matière d'abus de position dominante. Premièrement, la *Loi* devrait dire clairement qu'un agissement anticoncurrentiel aux fins de l'article 79 n'a pas à produire un effet abusif, d'exclusion ou de mise au pas sur un concurrent. Un agissement qui profite à un concurrent, mais qui nuit à la concurrence, comme peut-être la pratique de l'acquisition de concurrents naissants, est également préjudiciable à la société et devrait faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 79. Deuxièmement, la *Loi* devrait préciser le lien entre les alinéas 79(1)b) et c). Dans l'affaire *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*, la conclusion a été qu'un agissement anticoncurrentiel au sens de l'alinéa 79(1)b) pouvait

être bon pour les consommateurs et ne pas nuire à la concurrence, l'analyse entière de la concurrence étant laissée à une évaluation d'une diminution sensible de la concurrence selon l'alinéa 79(1)c). Il est singulier d'affirmer qu'un agissement anticoncurrentiel n'a pas nécessairement à nuire à la concurrence. Il vaut mieux modifier et fusionner ces alinéas de sorte qu'une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui diminuent sensiblement la concurrence fasse l'objet d'une ordonnance. Troisièmement, on devrait majorer la sanction administrative pécuniaire maximale qui est aujourd'hui de 10 millions de dollars pour l'ordonnance initiale. Un tel maximum, joint à l'absence de droits privés à action en dommages-intérêts pour abus de position dominante, implique que les pénalités financières auront un effet dissuasif minimal sur les abus. Cela pose un problème, surtout sur les marchés numériques où la domination est un phénomène plus répandu. C'est aussi s'écarter d'autres administrations aux dispositions antitrust comme l'Union européenne où des amendes de milliards de dollars sont monnaie courante.

Les autres modifications concernent la révision des objectifs de la *Loi*. À l'heure actuelle, l'article 1.1 pourrait comprendre trop de choses et, en même temps, ne pas en comprendre assez. Dans son libellé actuel, la *Loi* énonce une suite d'objectifs potentiellement divergents, ce qui oblige les décideurs judiciaires à y aller de choix correspondant à des valeurs politiques, comme dans l'affaire *Supérieur Propane*. En ce sens, l'article 1.1 comprend trop de choses. Et il n'en comprendrait pas assez, en ce sens qu'il énonce certains objectifs, en matière de prix concurrentiels pour les consommateurs par exemple, tout en oubliant des objectifs analogues que sous-tendent les mêmes valeurs, en matière de salaires concurrentiels pour les travailleurs par exemple. Cela tient à une spécificité des objectifs énoncés qui amène à se poser l'épineuse question de savoir

pourquoi certains objectifs sont compris, notamment ceux relatifs à la protection de la petite et moyenne entreprise, comme objectifs autonomes de la *Loi*. La *Loi* ne tient pas non plus compte des préoccupations soulevées plus particulièrement à l'ère numérique en matière de protection de la vie privée, par exemple. Il convient de modifier l'article 1.1.

Nous exposons trois possibilités de réforme parmi toutes les options qui s'offrent. À une extrémité du spectre, la *Loi* pourrait avoir pour objet de promouvoir la concurrence pour que la société soit équitable et productive. À l'autre extrémité, elle pourrait viser à promouvoir la concurrence dans un souci d'efficacité économique. Dans le premier cas, on veille à ce que des objectifs sociaux d'intérêt puissent influencer sur l'application de la politique de la concurrence, mais on sacrifie la clarté, la détermination et la prévisibilité; on compte en définitive sur les décideurs judiciaires pour sopeser les objectifs de politique publique selon une perception individuelle de ce qui serait le mieux. Dans le second cas, on cultive la clarté et la prévisibilité et laisse la promotion de valeurs non économiques à d'autres régimes, d'où le risque d'une marginalisation d'autres valeurs sociales hors économie. Une proposition intermédiaire consiste à laisser la *Loi* privilégier l'efficacité économique et à confier un mandat en conséquence au Bureau et au Tribunal, tout en instituant un droit de regard pour le Cabinet. Si un droit de regard du Cabinet assigne à bon droit la responsabilité du choix des valeurs à un organe politiquement responsable, on peut créer en revanche de l'indétermination, un risque de recherche de rente et des coûts, notamment par des retards qui coûtent cher.

Le choix entre les possibilités est en soi une question de politique qui dépend de la valeur qu'on accorde à la détermination de la *Loi* par rapport à l'inclusion d'une multiplicité de valeurs. À mon avis, le choix de l'efficacité offre l'avantage de la clarté

juridique, sans négliger les autres valeurs : l'efficacité et d'autres valeurs pointent souvent dans la même direction, sinon d'autres instruments de politique et de droit sont là pour promouvoir les autres valeurs recherchées. Quel que soit le choix final, l'avènement des marchés numériques et les nouvelles préoccupations économiques et politiques suscitées relativement à la politique de la concurrence ont accru l'importance de modifier la *Loi* pour en préciser la finalité.

RÉFÉRENCES

Addy, George, John Bodrug et Charles Tingley. « Abuse of Dominance in Canada: Reflections on 25 Years of Section 79 Enforcement » (2012), 25, *Canadian Competition Law Record*, p. 276.

Ahmed, Kamil Gérard. « The Efficiency Defence and its Interpretation in Superior Propane: Reversed Robinhoodism at its Worst » (2006), 40, *Revue juridique Thémis*, p. 595.

Arceneaux, Kevin, Johanna Dunaway, Martin Johnson et Ryan J. Vander Wielen. « Strategic candidate entry and congressional elections in the era of Fox News » (2020), 64, *American Journal of Political Science*, p. 2.

Atkinson, Anthony B. « Inequality: What can be done » (2016), 40, *Practice*, p. 2.

Barnett, Jonathan, et coll. « Joint Submission of Antitrust Economists, Legal Scholars and Practitioners to the House Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets », 15 mai 2020.

Ben-Shahar, Omri. « Data Pollution » (2019), 11, *Journal of Legal Analysis*, p. 104.

Blyth, Toby. « The new consumer data right and the open banking regime » (2019), 71, *Governance Directions*, p. 11.

Bogus, Carl T. « The new road to serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust » (2015), 49, *University of Michigan Journal of Law Reform*, p. 1.

Bryan, Kevin, et Erik Hovenkamp. « Antitrust Limits on Startup Acquisitions » (2020), 56, *Review of Industrial Organization*, p. 615.

Buiten, Miriam Caroline. « Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law » (2020), 9, *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 270.

Bureau de la concurrence. « Déclaration du Bureau de la concurrence à propos de l'application de la *Loi sur la concurrence* relativement aux accords de non-débauchage, de fixation des salaires et autres accords entre acheteurs », 27 novembre 2020 : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2020/11/declaration-du-bureau-de-la-concurrence-a-propos-de-lapplication-de-la-loi-sur-la-concurrence-relativement-aux-accords-de-non-debauchage-de-fixation.html>.

Bureau de la concurrence. « Mégadonnées et innovation : conséquences sur la politique en matière de concurrence au Canada », document de travail, 2017.

Calvano, Emilio, et Michele Polo. « Market power, competition and innovation in digital markets: A survey » (2021), 54, *Information Economics and Policy*, p. 100853.

Casey, Anthony J., et Anthony Niblett. « The death of rules and standards » (2016), 92, *Indiana Law Journal*, p. 1401.

Cengiz, First. « The conflict between market competition and worker solidarity: moving from consumer to a citizen welfare standard in competition law » (2021), 41, *Legal Studies*, p. 1.

Chiasson, Matthew, et Paul Johnson. « Canada's (In)Efficiency Defence: Why Section 96 May Do More Harm Than Good for Economic Efficiency and Innovation » (2019), 32, *Canadian Competition Law Record*, p. 1.

Church, Jeffrey, et Neil Gandal. « Platform competition in telecommunications » (2004), consultable au SSRN 629206.

Clegg, Nick. « In Response to Oversight Board, Trump Suspended for Two Years; Will Only Be Reinstated if Conditions Permit », 4 juin 2021, Facebook : <https://about.fb.com/news/2021/06/facebook-response-to-oversight-board-recommendations-trump/>

Comité consultatif sur le système bancaire ouvert, « Rapport final – Comité consultatif sur le système bancaire ouvert » (2021) : <https://www.canada.ca/fr/ministere-finances/programmes/consultations/2021/rapport-final-comite-consultatif-systeme-bancaire-ouvert.html>

Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. « Un système bancaire ouvert, qu'est-ce que cela signifie? », juin 2019 : <https://sencanada.ca/fr/info-page/parl-42-1/BANC-systeme-bancaire-ouvert/>.

Commission européenne. « Antitrust: Commission fines car manufacturers €875 million for restricting competition in emission cleaning for new diesel passenger cars » 8 juillet 2021 : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3581.

Crampton, Paul S. « The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal » (1992), 21, *Canadian Business Law Journal*, p. 371.

Crane, Daniel. « The New Crisis in Antitrust (?) » (2020), 83, *Antitrust Law Journal*, p. 253.

Craswell, Richard. « Tying requirements in competitive markets: The consumer protection issues » (1982), 62, *Boston University Law Review*, p. 661.

Crémer, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye et Heike Schweister. *Competition Policy for the Digital Era* (Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2019).

Crilley, Rhys, et Marie Gillespie. « What to do about social media? Politics, populism and journalism » (2019), 20, *Journalism*, p. 1.

- Cunningham, Colleen, Florian Ederer et Song Ma. « Killer Acquisitions » (2021), 129, *Journal of Political Economy*, p. 649.
- Daly, Angela. « Beyond Hipster Antitrust: A Critical Perspective on the European Commission's Google Decision » (2017), 3, *European Competition & Regulatory Law Review*, p. 188.
- Dorsey, Elyse, Geoffrey Manne, Jan Rybnicek, Kristian Stout et Joshua Wright. « Consumer Welfare & the Rule of Law: The Case Against the New Populist Antitrust Movement » (2020), 47, *Pepperdine Law Review*, p. 861.
- Douglas, Erika. « Monopolization Remedies and Data Privacy » (2020), 24, *Virginia Journal of Law and Technology*, p. 1.
- Douglas, Erika. « The New Antitrust/Data Privacy Law Interface » (2021), 130, *Yale Law Journal Forum*.
- Ducci, Francesco. « Out-of-Market Efficiencies, Two-Sided Platforms and Consumer Welfare: A Legal and Economic Analysis » (2016), 12, *Journal of Competition Law and Economics*, p. 591.
- Ducci, Francesco, et Michael Trebilcock. « The Evolution of Canadian Competition Policy: A Retrospective » (2018), 60, *Canadian Business Law Journal*, p. 171.
- Ducci, Francesco, et Michael Trebilcock. « The Revival of Fairness Discourse in Competition Policy » (2019), 64, *Antitrust Bulletin*, p. 79.
- Ducci, Francesco. *Natural Monopolies in Digital Platform Markets* (2020, Cambridge University Press).
- Easterbrook, Frank. « Predatory Strategies and Counter-Strategies » (1981), 48, *University of Chicago Law Review*, p. 263.
- Farrell, Joseph, et Carl Shapiro. « The 2010 Merger Guidelines After 10 Years » (2021), 58, *Review of Industrial Organization*, p. 1.
- Filistrucchi, Lapo, et Tobias J. Klein. « Price competition in two-sided markets with heterogeneous consumers and network effects » (2013), consultable au SSRN 2336411.
- Financial Post Staff. « Competition Bureau Gets A Budget Boost, But Is It Enough to Make Companies Think Twice? », 23 mai 2021, *Financial Post* : <https://financialpost.com/news/economy/competition-bureau-gets-a-budget-boost-but-is-it-enough-to-make-companies-think-twice>.
- First, Harry. « American Express, the Rule of Reason, and the Goals of Antitrust » (2019), 98, *Nebraska Law Review*, p. 319.

- Gal, Michal S. « The Nielsen Case: Was Competition Restored-On the Anti-Competitive Effects of a Partial Enforcement of Competition Laws » (1998), 29, *Canadian Business Law Journal*, p. 17.
- Gandal, Neil, et Hanna Halaburda. « Can we predict the winner in a market with network effects? Competition in cryptocurrency market » (2016), *Games*, 7(3).
- Gans, Joshua « Enhancing competition with data and identity portability » (2018), *The Hamilton Project*, 1-28.
- Gerard, Damien, et Ioannis Lianos, dir. *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy* (2019), Cambridge University Press.
- Gifford, Daniel J. « Federalism, Efficiency, the Commerce Clause, and the Sherman Act: Why We Should Follow a Consistent Free-Market Policy » (1995), 44, *Emory Law Journal*, p. 1227.
- Ginsburg, Douglas, et Joshua Wright. « *Philadelphia National Bank*: Bad Economics, Bad Law, Good Riddance » (2015), 89, *Antitrust Law Journal*, p. 377.
- Glossop, Peter. « A New Approach to Wage-Fixing and Anti-Poaching Employer Deals », 9 juillet 2021, Institut C.D. Howe, Intelligence Memo.
- Goh, Tiong-Thye, Zhuo Xin et Dawei Jin. « Habit formation in social media consumption: a case of political engagement » (2019), 38, *Behaviour & Information Technology*, p. 3.
- Greenfield, Leon, Perry Lange et Nicole Callan. « Antitrust Populism and the Consumer Welfare Standard: What are We Actually Debating? » (2020), 83, *Antitrust Law Journal*, p. 393.
- Hawk, Barry E., et Giorgio A. Motta. « Oligopolies and collective dominance: A solution in search of a problem » (2008), dans *Treviso Conference on Antitrust Between EC Law and National Law*, huitième édition, Fordham Law Legal Studies Research Paper, n° 1301693.
- Hemphill, Scott, et Tim Wu. « Nascent Competitors » (2019), 168, *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1879.
- Hoppner, Thomas, et Philipp Westerhoff. « The EU's competition investigation into Amazon's Marketplace » (2018), consultable au SSRN 3495203.
- Hovenkamp, Herbert. « Antitrust and the Movement of Technology » (2012), 19, *George Mason Law Review*, p. 1119.
- Hunter, Lawson, Daniel Schwanen et William Watson. « Anti-Big Populism Threatens Canadian Economic Success », 26 mai 2021, *Financial Post* :

<https://financialpost.com/opinion/opinion-anti-big-populism-threatens-canadian-economic-success>.

Hunter, Lawson. « The Competition Act of 1986: A Land of Hope and Promise » (2012), *Canadian Competition Law Record*, p. 25.

Hunter, Lawson. « The New Competition Act Merger Provisions – Certainty or a Random Walk? » (1987), 8 *Canadian Competition Policy Record*, p. 1.

Iacobucci, Edward. « Abuse of Dominance and the Acquisition of Nascent Competitors », projet en cours, 2021.

Iacobucci, Edward. « The Lessons of Tervita » (2015), 57, *Revue canadienne du droit de commerce*, p. 217.

Iacobucci, Edward. « The *Superior Propane* Saga: The Efficiencies Defence in Canada », dans Barry Rodger, dir., *Landmark Cases in Competition Law: Around the World in Fourteen Stories* (Kluwer International, 2013).

Iacobucci, Edward, et Francesco Ducci. « Litigation against Google in Europe: Tying and the Single Monopoly Profit Theorem in Two-Sided Markets » (2018), 15, *European Law and Economics Review*, p. 42.

Iacobucci, Edward, et Michael Trebilcock. « Critical Reflections on the Institutional Design of Canadian Competition Policy » (2011), 24, *Revue canadienne du droit de commerce*, p. 39.

Iacobucci, Edward, et Michael Trebilcock. « Designing Competition Law Institutions: Values, Structure and Mandate » (2010), 41, *Loyola University Chicago Law Journal*, p. 455.

Iacobucci, Edward, et Michael Trebilcock. « Fairness as a Counterpoint to Efficiency in Competition Policy? », à paraître dans Nicolas Charbit et Sonia Ahmad, dir., *Liber Amicorum for Professor Eleanor Fox* (Concurrences, 2021).

Iacobucci, Edward, et Ralph Winter. « Abuse of Joint Dominance in Canadian Competition Policy » (2010), 60, *University of Toronto Law Journal*, p. 219.

Institut C.D. Howe, Competition Policy Council. « A New Competition Act for a New Government », 28 avril 2016 :

[https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique April 26 2016.pdf](https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique%20April%2026%202016.pdf).

Institut C.D. Howe, Competition Policy Council. « The Impact of the Supreme Court's New "Quantitative Evidence" Ruling on Business Mergers », 30 avril 2015 :

<https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/The%20Impact%20of%20the%20Supreme%20Court%E2%80%99s%20New%20%E2%80%9CQuantitative%E2%80%9D%20Evidence%E2%80%9D%200.pdf>.

Iskander, Marina. « A Critical Assessment of the Impact of Trademarks and the Newly Recognised ‘Modern Functions’ on Competition » (2018), consultable sur le site SSRN : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3493329>.

Johnson, Paul. « Let’s Keep Competition the Focus of Canada’s Competition Act », C.D. Howe Institute Intelligence Memos, 4 août 2021.

Kamepalli, Sai Krishna, Raghuram Rajan et Luigi Zingales. « Kill Zone » (2021), *NBER Working Paper No. 27146*.

Kaplow, Louis, et Steven Shavell. *Fairness Versus Welfare* (Harvard University Press, 2006).

Kerber, Wolfgang. « Updating Competition Policy for the Digital Economy? An Analysis of Recent Reports in Germany, UK, EU and Australia », document provisoire (2019).

Kerber, Wolfgang, et Karsten Zolna. « The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law » (20 septembre 2020) : <https://ssrn.com/abstract=3719098>.

Khan, Lina. « Sources of Tech Platform Power » (2018), 2, *Georgetown Law Technology Review*, p. 325.

Klein, Ofra, et Jasper Muis. « Online discontent: Comparing Western European far-right groups on Facebook » (2019), 21, *European Societies*, p. 4.

Kloosterhuis, Erik. « Defining non-economic activities in competition law » (2017), 13, *European Competition Journal*, p. 1.

Lamoreaux, Naomi R. « The problem of bigness: From Standard Oil to Google » (2019), 33, *Journal of Economic Perspectives*, p. 3.

Lancieri, Filippo, et Patricia Morita Sakowski. « Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports » (2021), 26, *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, p. 65.

Lande, Robert. « Resurrecting Incipency: From Von’s Grocery to Consumer Choice » (2001), 68, *Antitrust Law Journal*, p. 875.

Lianos, Ioannis. « The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication » (2014), CLES Research Paper, p. 6.

Manne, Geoffrey A., et William Rinehart. « The Market Realities that Undermined the FTC’s Antitrust Case Against Google » (2013), *Harvard Journal of Law and Technology Occasional Paper Series*, juillet.

Manne, Geoffrey A., et Joshue D. Wright. « Google and the limits of antitrust: The case

against the case against Google » (2011), 34, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, p. 171.

Mathewson, Frank, et Ralph Winter. « The Analysis of Efficiencies in *Superior Propane*: Correct Criterion Incorrectly Applied » (2000), 20, *Canadian Competition Record*, p. 88.

McGuirk, Rod. « Australia Passes Legislation Requiring Facebook, Google to Pay for News Content », 25 février 2021 : <https://globalnews.ca/news/7661644/australia-facebook-google-laws-pass/>

Moskowitz, Daniel J. « Local news, information, and the nationalization of US Elections » (2021), 115, *American Political Science Review*, p. 1.

Moss, Diana. « The Record of Weak U.S. Merger Antitrust Enforcement in Big Tech » (2019), American Antitrust Institute.

Murschetz, Paul Clemens. « State aid for independent news journalism in the public interest? A critical debate of government funding models and principles, the market failure paradigm, and policy efficacy » (2020), 8, *Digital Journalism*, p. 6.

Mysicka, Robert. « The Regulated Conduct Doctrine: Canadian Competition Law and the Politics of Undueness » (2011), *Canadian Competition Law Record*, p. 24.

Nader, Ralph. « 11 Ways Amazon is Crushing the Competition, In Order to Rule Over the Ways We Consume Virtually Everything », 15 juillet 2017, *Salon* : https://www.salon.com/2017/07/15/11-ways-amazon-is-crushing-the-competition-in-order-to-rule-over-the-ways-we-consume-virtually-everything_partner/.

Nocke, Volker, et Michael Whinston. « Concentration Screens for Horizontal Mergers » (2020), *NBER Working Paper 27533*.

OCDE. « Abus de position dominante sur les marchés numériques » (2020) : www.oecd.org/fr/daf/concurrence/abus-de-position-dominante-sur-les-marches-numeriques.htm.

Oinonen, Mika. « Diagnostics of Competition Law: Economic Theory and the Case of Alleged Discrimination against Small Market Companies in EU Merger Control » (2012), 35, *World Competition*, p. 4.

Pecman, John, Chris Margison et Robin Spillette. « No-poach and wagefixing agreements - A Canadian perspective » (2021), 17, *Competition Law International*, p. 1.

Peterson, Erik. « The role of the information environment in partisan voting » (2017), 79, *The Journal of Politics*, p. 4.

Petrov, Petar. « The European Commission Investigations Against Amazon: A Gatekeeper Saga », 18 décembre 2020, *Kluwer Competition Law Blog* :

<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/18/the-european-commission-investigations-against-amazon-a-gatekeeper-saga/>

Piraino Jr, Thomas A. « Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st century » (2007), 82, *Indiana Law Journal*, p. 345.

Polden, Donald J. « Restraints on Workers' Wages and Mobility: No-Poach Agreements and the Antitrust Laws » (2019), 59, *Santa Clara Law Review*, p. 579.

Pontual Ribeiro, Eduardo, et Svetlana Golovanova. « A Unified Presentation of Competition Analysis in Two-Sided Markets » (2020), 34, *Journal of Economic Surveys*, p. 3.

Roller, Lars-Hendrik, Johan Stennek et Frank Verboven. « Efficiency Gains from Mergers » (2000), *WZB Discussion Paper*, n° FS IV 00-09 : <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/51032/1/322768578.pdf>

Ross, Thomas. « Competitive effects and efficiencies: The Canadian Supreme Court's decision in Tervita » (2016), 2, *Competition Law and Policy Debate*, p. 54.

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

Rubinfeld, Daniel L., et Michal S. Gal. « Access barriers to big data » (2017), 59, *Arizona Law Review*, p. 59.

Ryan, Michael. « Executive Control of Administrative Action: 'Cabinet Appeals' and the CRTC » (2014), SSRN.

Salop, Steven. « Dominant Digital Platforms: Is Antitrust Up to the Task? » (2021), 130, *Yale Law Journal Forum*.

Sanderson, Margaret. « Competition Tribunal's Redetermination Decision in *Superior Propane*: Continued Lessons on the Value of the Total Surplus Standard » (2002), 21, *Canadian Competition Record*, p. 1.

Shapiro, Carl. « Antitrust in a Time of Populism » (2018), 61, *International Journal of Industrial Organization*, p. 714.

Shapiro, Carl. « Antitrust: What Went Wrong and How To Fix It » (2021), à paraître. *Antitrust Magazine*.

Shapiro, Carl. « Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets » (2019), 33, *Journal of Economic Perspectives*, p. 69.

Simpson, John, et Abraham L. Wickelgren. « Bundled discounts, leverage theory, and downstream competition » (2007), 9, *American Law and Economics Review*, p. 2.

- Sokol, Daniel. « Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit » (2018), 70, *Florida Law Review*, p. 1357.
- Stauber, Peter. « Facebook's abuse investigation in Germany and some thoughts on cooperation between Antitrust and Data Protection Authorities » (2019), 2, *CPI Antitrust Chronicle*, p. 2.
- Stawicki, Stanislaw P., Michael S. Firstenberg et Thomas J. Papadimos. « The growing role of social media in international health security: The good, the bad, and the ugly » (2020), *Global Health Security*, p. 341.
- Steuer, Richard. « Incipency » (2019), 21, *Loyola Consumer Law Review*, p. 155.
- Todd, Patrick F. « Out of the box: illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS » (2017), 13, *European Competition Journal*, p. 1.
- Trebilcock, Michael. « Abuse of Dominance: A Critique of Canada Pipe » (2007), Été, *Canadian Competition Record*, p. 1.
- Trebilcock, Michael. « Regulated Conduct and the Competition Act » (2004), 41, *Revue canadienne du droit de commerce*, p. 492.
- Trebilcock, Michael, Douglas Hartle, Robert Prichard et Donald Dewees. « The Choice of Governing Instrument » (1982), Conseil économique du Canada.
- Tucker, Catherine. « Digital data, platforms and the usual [antitrust] suspects: Network effects, switching costs, essential facility » (2019), 54, *Review of Industrial Organization*, p. 4.
- Vezzoso, Simonetta. « The dawn of pro-competition data regulation for gatekeepers in the EU » (2021), 17, *European Competition Journal*, p. 391.
- Wilson, Christine S., Thomas J. Klotz et Jeremy A. Sandford. « Recalibrating the dialogue on welfare standards: Reinserting the total welfare standard into the debate » (2018), 26, *George Mason Law Review*, p. 1435.
- Winter, Ralph. « *Tervita* and the Efficiency Defence in Canadian Merger Law » (2015), 28, *Revue canadienne du droit de commerce*, p. 145.
- Wright, Joshua, Elyse Dorsey, Jonathan Klick et Jan Rybnicek. « Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust » (2019), 51, *Arizona State Law Journal*, p. 293.
- Wu, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (New York: Columbia, 2018).
- Wu, Tim. *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires* (2010).

Yun, John M. « Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions » (2020), *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, p. 18.

Yun, John M. « Understanding Google's Search Platform and the Implications for Antitrust Analyses » (2018), 14, *Journal of Competition Law & Economics*, p. 2.

AFFAIRES

Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. c. Procureur général du Canada (1980), 54 C.C.C. (2^d) 373 (C.S.C.).

Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (USSC, 1993).

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée. 2006 CAF 233.

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Banque de Montréal et autres (1996), 68 C.P.R. (3^e) 527 (Trib. conc.). (« *Interac* »)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D&B Companies of Canada Ltd. (1996), 64 C.P.R. (3^e) 216 (Trib. conc.) (« *Nielsen* »).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd. (1992), 40 C.P.R. (3^e) 289 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co. (1990), 32 C.P.R. (3^e) 1 (Trib. conc.)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748.

Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc., [2000] CACT 15 (Trib. conc.); [2001] A.C.F. 455 (C.A.F.); *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.* [2002] CACT 10; *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane, Inc.* [2003] 3 C.F. 529.

Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated, 2013 Trib. conc. 10.

Commissaire de la concurrence c. Waste Services (CA) Inc. et Waste Management of Canada Incorporated CT-2009-003.

Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (1992), 41 C.P.R. (3^e) 289.

Federal Trade Commission v. Facebook, Inc. (2021) Memorandum Opinion 20-3590, Cour des États-Unis pour le District de Columbia.

Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., plainte, 2021, 1:20-cv-03590-JEB, Cour des États-Unis pour le District de Columbia.

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing [1989] 1 R.C.S. 641.

Ohio v. American Express Co. 585 U.S. 1 (2018).

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat, [1980] 2 R.C.S. 735.

Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence) (2015) CSC 3.

The Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence 2017 CAF 236.

United States et al. v. Google, plainte, 2020, 1:20-cv-03010. Cour des États-Unis pour le District de Columbia.

United States v. Microsoft Corp. 253 F.2d 34 (D.C. Cir. 2001).

United States v. Sabre Corp., action civile 1:19-cv-01548-LPS, Dkt. No. 277 (D. Del. 8 avril 2020).

United States v. Visa Inc. and Plaid Inc. plainte, 2020, 3:20-cv-07810. Cour des États-Unis pour le district nord de la Californie, section de San Francisco.

LOI

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34.