

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

THÈSE

PRÉSENTÉE

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DU DOCTORAT EN SCIENCES POLITIQUES

par

MICHÈLE RIOUX

DIMENSION INTERNATIONALE

DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DU CANADA:

DE LA CONCURRENCE À LA COMPÉTITIVITÉ

(LE CAS DES TÉLÉCOMMUNICATIONS)

(VOLUME I)

MAI 2000

AVANT-PROPOS

Les questions de concurrence sont maintenant au cœur des débats économiques et juridiques internationaux. Au début des années 90, lorsque cette étude fut amorcée, il y avait beaucoup moins d'attention portée à ces questions. Ainsi, le champ de cette étude a été élargi et enrichi considérablement et nous pensons que l'intérêt d'un programme de recherche sur la concurrence augmentera. Le développement des firmes multinationales transporte véritablement les problèmes de concurrence au niveau global alors que les cadres réglementaires de la concurrence sont caractérisés par une approche nationale. Ceci pose la question de l'environnement juridique des entreprises et, ultimement, celle de la capacité des sociétés de faire converger les pratiques corporatives avec les objectifs d'équité et de justice sociale, ainsi qu'avec les objectifs de l'intégration internationale. Nous avons cependant constaté que les préoccupations stratégiques prennent une importance accrue dans le processus d'internationalisation des politiques de la concurrence, ce qui soulève le problème des limites du droit économique international face au développement de positions dominantes souvent justifiées et encouragées par les gouvernements sous le couvert de la compétition internationale. Un droit international de la concurrence devrait tout autant prévenir les abus de positions dominantes et corriger de telles situations, que contenir les pratiques gouvernementales discriminatoires qui résultent des formes nouvelles que prend la concurrence systémique au sein d'une économie globalisée.

III

Nous tenons à remercier le Professeur Christian Deblock qui nous a forcé à repousser les limites et les obstacles qui ont surgi de cette étude. Nous reconnaissions aussi que la recherche se développe très rapidement depuis quelques années en ce qui a trait aux questions de concurrence, ce qui ne cesse d'élargir le champ de cette étude. Nous espérons que cette étude contribuera à éclairer certaines dimensions d'un programme de recherche en pleine expansion dont toutes les facettes n'ont pu être développées étant donné la nécessité de nous concentrer sur les éléments qui nous sont apparus plus importants.

RÉSUMÉ

Les politiques de la concurrence ont toujours suscité des débats d'ordre juridique, d'une part, et d'ordre économique, d'autre part. Depuis le début des années 80, ces débats sont considérablement affectés par la globalisation économique.

L'internationalisation des entreprises nécessite d'aborder les problèmes de concurrence à un niveau plus large que celui de la nation. Toutefois, comme il n'existe pas de règles communes ni d'institutions supranationales, c'est par les États nationaux et les règles qu'ils élaborent en commun que le problème est abordé. Cette étude porte essentiellement sur la nature et l'incidence du processus d'internationalisation des cadres réglementaires de la concurrence. Elle montrera que le développement de la dimension internationale de la politique de la concurrence du Canada lui confère un rôle stratégique qui vise tout autant à accroître la compétitivité des entreprises canadiennes au sein de l'économie mondiale qu'à créer un environnement juridique international stable et prévisible qui soit propice à leur développement.

Le Canada est un pays qui a toléré un très haut niveau de concentration économique. La petite taille du marché canadien et l'inefficacité de la politique de la concurrence sont deux éléments qui ont favorisé le processus de concentration au Canada. Dans les années 80, l'ensemble de la politique économique canadienne fut réorienté vers la libre concurrence et le libre-échange et l'adoption de la *Loi sur la concurrence* a complètement modifié la politique de la concurrence du Canada en mettant la priorité sur les objectifs d'efficacité et de compétitivité des entreprises canadiennes et en accordant un rôle accru à la concurrence internationale pour garantir l'existence d'une concurrence effective sur le marché canadien. Elle déborde aussi du cadre du marché national pour atteindre les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières. Par conséquent, on constate que la nouvelle politique de la concurrence comporte une dimension stratégique qui a des incidences non seulement au Canada mais aussi au niveau international.

À l'échelle de l'économie mondiale le problème reste entier puisque les instruments de coopération internationale sont nettement insuffisants face aux pratiques anticoncurrentielles des entreprises, mais aussi face à la concurrence systémique qui oppose les politiques de la concurrence élaborées et administrées par les États. En

outre, nous avons constaté que la convergence des approches nationales en matière de concurrence favorise l'utilisation stratégique des politiques de la concurrence et que ce type de convergence est incompatible avec le développement de règles et mécanismes réglementaires de la concurrence adaptés aux nouvelles conditions de la concurrence et aux nouvelles pratiques anticoncurrentielles.

Le secteur des télécommunications, que nous avons choisi pour situer le rôle de la politique de la concurrence dans un secteur spécifique, est certainement celui qui illustre le mieux combien il importe de passer d'une conception nationale à une conception globale de la concurrence et les limites d'un droit économique international fondé sur la libre concurrence et le libre-échange. Le nouveau régime international des télécommunications met en concurrence de nouvelles stratégies des entreprises et des États. En adoptant le modèle concurrentiel et d'accès au marché, les États ont créé un environnement de marché qui a paradoxalement favorisé un mouvement vers la concentration industrielle. Dans ce contexte, la politique de la concurrence joue un rôle stratégique important à travers lequel les États tentent de favoriser la performance des entreprises nationales dans une nouvelle industrie globale des télécommunications. C'est ce qui se dégage de notre étude de la politique de la concurrence du Canada dans le secteur des télécommunications.

TABLE DES MATIÈRES	
VOLUME I	
AVANT-PROPOS	II
RÉSUMÉ	IV
TABLE DES MATIÈRES	VI
LISTE DES TABLEAUX	X
LISTE DES GRAPHIQUES	XII
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE: LES DÉBATS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES SUR LA CONCURRENCE	6
CHAPITRE 1: LES DÉBATS ÉCONOMIQUES	9
A. Les piliers mythiques de l'ordre libéral	12
B. Critiques de l'orthodoxie et théories alternatives	23
C. Les débats économiques sur la concurrence depuis 1945	32
D. Vers les nouveaux débats sur la concurrence	51
E. Conclusion des débats économiques sur la concurrence	87
CHAPITRE 2. LES DÉBATS JURIDIQUES	91
A. Le droit national	93
B. Le droit économique international	99
C. Conclusion sur les débats juridiques sur la concurrence	180
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	182

DEUXIÈME PARTIE: INTERNATIONALISATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DU CANADA	185
INTRODUCTION	186
CHAPITRE 1: POLITIQUE ÉCONOMIQUE CANADIENNE: CHANGEMENT D'ORIENTATION	190
A. De la <i>Politique Nationale</i> à la <i>Troisième Option</i>	192
B. Revitalisation de l'économie canadienne: libre-échange et concurrence	196
CHAPITRE 2: CENT ANS D'HISTOIRE ET DE DÉBATS	207
A. Les origines de la politique de la concurrence du Canada	207
B. De la loi de 1889 à la loi de 1923 (et ses amendements ultérieurs)	211
C. Application de la politique de la concurrence de 1923	214
D. Les tentatives de réforme	219
E. Efficacité et libéralisation commerciale: les nouvelles dimensions du débat	225
CHAPITRE 3: LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DE 1986	231
A. Les objectifs de la politique de concurrence	232
B. Principes, administration et procédures d'application de la loi	233
C. Les infractions criminelles (les complots)	235
D. Les infractions civiles	241
E. Les alliances stratégiques et la propriété intellectuelle	253
F. Propriété intellectuelle	254
G. Le rôle pro-actif de la politique de la concurrence	256
H. Projet de loi C-20	261
I. Conclusion sur l'approche canadienne	265
CHAPITRE 4: L'APPLICATION DE LA LOI	269
A. Complots	270

B. Abus de position dominante	275
C. Fusionnements	281
D. Conclusion	318
CHAPITRE 5: LA CONCURRENCE SYSTÉMIQUE	322
A. Les États-Unis	325
B. Union Européenne	349
C. Japon	363
D. Conclusion	369
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	376
VOLUME II	
TROISIÈME PARTIE: LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS: RÉALITÉS ET PARADOXES	380
INTRODUCTION	381
CHAPITRE 1: DU MONOPOLE RÉGLEMENTÉ À LA CONCURRENCE	385
A. Abandon du modèle monopolistique	386
B. Déréglementation et libéralisation des télécommunications canadiennes	400
C. Le rôle des acteurs dans le processus de transition vers la concurrence	411
D. Conclusion	433

CHAPITRE 2: DYNAMIQUE CONCURRENTIELLE ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE	437
A. Les stratégies des entreprises dans un marché global des télécommunications	439
B. Structure et dynamique concurrentielle sur le marché canadien	450
C. Rôle et application de la politique de concurrence	474
D. La concurrence sur le marché américain des télécommunications	486
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	507
CONCLUSION	515
BIBLIOGRAPHIE	523
APPENDICE	562

LISTE DES TABLEAUX

Tableau I:	Matrice des déterminants de l'action des entreprises	47
Tableau II:	Mondialisation et implications pour les orientations de politique générale	82
Tableau III:	Complémentarités et conflits entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence	84
Tableau IV:	Quatre perspectives des débats juridiques	92
Tableau V:	Orientation nationale et instrumentalité stratégique	147
Tableau VI:	Rivalité stratégique et coopération en matière de concurrence	159
Tableau VII:	Accords bilatéraux en matière de concurrence	163
Tableau VIII:	Nombre de poursuites engagées et de condamnations obtenues, 1889 à 1986	218
Tableau IX:	Les 10 plus importantes transactions de fusions/acquisitions entre 1986 et 1997	285
Tableau X:	Répartition des fusionnements annoncés, par importance, 1994 et 1997	286
Tableau XI:	Fusions internationales dans le monde de 1993 à 1996	287
Tableau XII:	Examens des fusions, 1986-1997	293
Tableau XIII:	Liste des demandes du DER au Tribunal concernant des affaires de fusionnements, 1986-1998	294
Tableau XIV:	Sommaire des dispositions nationales visant les ententes	370
Tableau XV:	Sommaire des dispositions nationales visant les positions dominantes	371
Tableau XVI:	Sommaire des dispositions nationales visant les fusionnements	371

Tableau XVII: Les différents aspects de la déréglementation au Canada et aux États-Unis	401
Tableau XVIII: Principaux arguments de Stentor et des entreprises concurrentes dans le débat sur le rééquilibrage tarifaire	417
Tableau XIX: Entreprises de télécommunications dans le monde en 1996	441
Tableau XX: Entreprises de télécommunications dans le monde en 1999	442
Tableau XXI: Part de marché par types d'opérateurs, 1991 et 1995	453
Tableau XXII: Recettes, marché des services sans fil en 1996	454
Tableau XXIII: Le marché de la radiodiffusion, 1996	455
Tableau XXIV: Les équipementiers de télécommunications en 1997	463
Tableau XXV: Méga-fusionnements sur le marché canadien des télécommunications depuis 1998	470
Tableau XXVI: Fusionnements dans les télécommunications américaines de 1996 à juillet 1998	494

LISTE DES GRAPHIQUES

Graphique 1:	Nombre de fusionnements au Canada entre 1960 et 1993	282
Graphique 2:	Nombre de fusionnements annoncés au Canada, 1993-1997	283
Graphique 3:	Valeur des transactions annoncées, 1993-1997	284
Graphique 4:	Les acquisitions canadiennes aux États-Unis en pourcentage des acquisitions totales des entreprises canadiennes à l'étranger, 1993-1997	288
Graphique 5:	Nombre de transactions des entreprises étrangères au Canada, entre 1993 et 1997	289
Graphique 6:	Valeur des transactions annoncées par des entreprises étrangères au Canada, entre 1993 et 1997	290
Graphique 7:	Examen des fusionnements 1989-1997	292

INTRODUCTION

L'élément radicalement nouveau dans les débats actuels sur la concurrence est que si, jusqu'à tout récemment, il convenait d'aborder celle-ci dans une perspective différente selon que l'on se plaçait au niveau international ou au niveau national, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Certes, les deux espaces de concurrence n'étaient pas entièrement hermétiques l'un à l'autre, mais les débats étaient d'abord posés dans un cadre national, champ de la souveraineté des États, pour être ensuite posés à un autre niveau, le niveau international, le problème étant principalement de trouver une réponse élégante sinon efficace à la juxtaposition des régimes nationaux. Avec la globalisation des marchés, non seulement les frontières qui séparaient les deux espaces ont-elles éclaté, mais qui plus est, le débat sur la concurrence s'est lui-même trouvé élargi, pour tenir compte des nouvelles pratiques des acteurs, privés ou publics, tout d'abord, pour adapter le discours sur la concurrence à celui qui est tenu sur le libre-échange de même qu'à celui sur l'investissement étranger, ensuite.

Le problème est maintenant double. Il est tout d'abord d'ordre théorique, dans la mesure où aucun cadre théorique ne permet encore d'intégrer pleinement l'ensemble des dimensions de la concurrence dans un contexte international qui est certes marqué par la globalisation des marchés, mais également, d'un point de vue juridique comme d'un point de vue économique, par la division du monde en autant d'espaces distincts qu'il y a de pays souverains. De ce point de vue, si les nouveaux débats théoriques accordent de plus en plus d'importance aux dimensions internationales de la

concurrence, notamment lorsqu'il est question de "contestabilité" des marchés ou de "taille d'efficience", force est de constater que l'assouplissement des régimes nationaux de concurrence auquel ces débats conduisent, a, lui-même, pour conséquence de laisser sans réponse la question suivante : comment les marchés internationaux peuvent-ils être concurrentiels si les marchés nationaux ne le sont pas ? Ce problème théorique se double d'un second, qui lui est au demeurant lié, plus politique : comment établir des règles de concurrence à l'échelle internationale lorsque les pratiques anticoncurrentielles qui échappent de plus en plus aux lois nationales ne sont bien souvent que l'une des conséquences de la complaisance dont font preuve aujourd'hui les gouvernements envers les transnationales, étant eux-mêmes engagés dans des stratégies compétitives qui les poussent à la surenchère, autant lorsqu'il s'agit de promouvoir les intérêts nationaux sur les marchés étrangers que lorsqu'il s'agit d'attirer les investissements étrangers chez soi ?

La première partie de ce recherche porte sur les débats économiques et juridiques autour de la notion de concurrence. La réalisation d'un ordre économique libéral bute depuis toujours sur les imperfections des marchés et les comportements des acteurs, mais le processus de globalisation économique a fait resurgir les débats économiques, politiques et juridiques dans une toute nouvelle perspective. La distinction fondamentale qu'apporte la globalisation économique est de faire apparaître les liens de plus en plus étroits entre la concurrence interne et la concurrence externe dans la mesure où la concurrence interne affecte les échanges internationaux et, à l'inverse, la concurrence externe modifie les conditions de concurrence interne. Au niveau national, il devient alors nécessaire d'aborder la concurrence en prenant en compte la

concurrence à l'échelle de l'économie globale alors qu'au niveau multilatéral, les négociations commerciales ne peuvent être limitées aux questions frontalières.

Bien qu'il existe une certaine convergence entre les cadres réglementaires de la concurrence et un mouvement marqué vers l'intensification de la coopération internationale en matière de concurrence, le droit économique international n'est pas en mesure de résoudre les problèmes de concurrence que soulève la globalisation économique et d'empêcher la concurrence systémique opposant les cadres réglementaires nationaux. On suppose que l'émergence d'un ordre économique international découlera spontanément d'une loi naturelle ou encore de l'uniformisation des systèmes nationaux s'ajustant à "l'ordre naturel des choses"¹. En réalité, le droit économique international passe nécessairement par les États et le mouvement de convergence des approches nationales en matière de concurrence tend vers la généralisation de l'utilisation stratégique des politiques de la concurrence tandis la coopération internationale sert essentiellement à gérer une concurrence entre les systèmes nationaux. La dimension stratégique des politiques de la concurrence comporte deux éléments: 1) l'instrumentalité stratégique des cadres réglementaires de la concurrence; et 2) l'élément de contrepoids, ou le dilemme du prisonnier².

¹ Pour Smith, les différents marchés reflètent les différences de progrès de l'opulence chez différentes nations qui explorent des cheminements nationaux spécifiques par rapport à "l'ordre naturel des choses". Voir Faugères et al. (1997).

² L'instrumentalité stratégique s'explique par le rôle important que joue une politique de la concurrence dans le développement des formes d'organisation économique qui fondent les avantages compétitifs des entreprises et des nations. L'élément de contrepoids consiste à prendre des mesures contre les déséquilibres concurrentiels causés par les pratiques anticoncurrentielles des oligopoles étrangers qui ne sont pas soumis à des règles similaires de concurrence.

La deuxième partie portera sur l'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada. Dans les années quatre-vingt, non seulement la politique de la concurrence a-t-elle mis de plus en plus d'emphase sur les objectifs d'efficacité et sur le rôle de la concurrence internationale mais elle a également été modifiée en fonction de la nouvelle interface national/international et des nouveaux paramètres guidant les rapports entre l'État, le marché et les entreprises inhérents à la réorientation de la politique économique du Canada vers le rôle moteur du secteur privé et l'intégration de l'économie aux marchés internationaux. Il apparaît que la préoccupation des autorités responsables de la concurrence est de s'assurer que le cadre réglementaire ne fasse pas obstacle à l'efficacité et à la compétitivité internationale des entreprises nationales, l'ouverture du marché canadien garantissant la contestabilité du marché, c'est-à-dire un niveau de concurrence effective suffisant sur le marché domestique. Le rôle de la politique de la concurrence n'est plus tant de garantir les conditions de la concurrence sur le marché canadien, cette condition étant jugée remplie, mais de promouvoir l'efficacité et la compétitivité des entreprises canadiennes tant au Canada que sur les marchés internationaux.

Non seulement s'agit-il de s'ajuster en fonction de la croissance des activités transnationales mais de prendre toute la mesure des éléments qui agissent sur la compétitivité, et ceci en tenant compte des effets des cadres normatifs sur les performances des acteurs. A cet égard, il convient aussi de faire intervenir les effets des cadres normatifs étrangers ainsi que les cadres normatifs internationaux qui, eux aussi, ont un impact croissant sur les conditions de la concurrence. Comment opter pour une approche rigoureuse en matière de concurrence tout en évitant de soumettre les entreprises canadiennes à la concurrence de la part d'entreprises étrangères qui,

outre le fait qu’elles sont généralement plus puissantes, ne seraient pas assujetties aux mêmes règles du jeu? Car si l’approche canadienne est très souple, la convergence internationale découlant de la globalisation économique favorise des approches nationales plus sensibles aux considérations stratégiques qui justifient l’assouplissement de l’application interne et le renforcement de l’application externe des politiques de la concurrence.

La troisième partie aborde le secteur des télécommunications, un secteur très important dans les restructurations actuelles et qui subit de grandes transformations. Dans ce secteur clé de la globalisation, nous avons assisté au renversement complet du cadre réglementaire tant au niveau national qu’au niveau international et à l’émergence d’un nouveau régime international fondé sur un modèle d’accès au marché et de libre concurrence. Nous verrons que le recours au libre-échange et à la concurrence dans ce secteur se juxtapose à des stratégies pro-compétitives et que, dans ce contexte, les politiques de concurrence jouent un rôle stratégique grandissant qui les rapproche des politiques industrielles.

PREMIÈRE PARTIE

LES DÉBATS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES SUR LA CONCURRENCE

Les liens entre l'économie et l'environnement institutionnel n'ont pas été analysés en profondeur au sein de la pensée libérale car celle-ci, s'appuyant sur les mythes de la concurrence parfaite et de l'intérêt supérieur des États à coopérer en vue de la mise en place du libre-échange international, a plutôt été conduite à subordonner les institutions à la logique de fonctionnement des marchés. Les débats économiques et juridiques autour du concept de concurrence nous permettent de prendre toute la mesure de l'écart qui existe entre la théorie libérale et la réalité des rapports économiques et de reconnaître l'importance des institutions. Après avoir abordé les cadres théoriques économiques classiques et leurs limites, nous introduirons les nouveaux débats économiques sur la concurrence qui se développent autour de trois thèmes principaux: les pratiques des entreprises, celles des États, et les liens

stratégiques entre les pratiques des entreprises et celles des États dans la nouvelle économie. Nous aborderons ensuite, dans un deuxième chapitre, les débats juridiques sur la concurrence en mettant l’emphase sur les contraintes que subissent les lois nationales et les limites du droit économique international.

Les débats sur la concurrence se présentent aujourd’hui dans un contexte spatial et organisationnel marqué par l’émergence d’un marché de dimension globale qui affecte les stratégies des entreprises et celles des États. Que ce soit les acteurs qui s’ajuste à une soi-disant logique de système ou que ce soit les acteurs qui soit le moteur de la mondialisation, force est de constater que les comportements et les stratégies des entreprises et des États sont orientés dans une perspective de compétitivité à l’échelle d’une économie mondiale; les firmes déployant leurs réseaux transnationaux et les États ajustant les paramètres de leurs politiques économiques à cette nouvelle réalité³.

Si cette nouvelle perspective entraîne de nouveaux comportements et de nouvelles stratégies qui ont des effets sur les institutions existantes, elle fait aussi apparaître les institutions qui font défaut dans la mesure où il conviendrait que la globalisation économique soit accompagnée du passage d’une conception nationale de la concurrence à une conception globale. En effet, la pratique qui consiste à séparer les conditions internes et externes de la concurrence pose des problèmes pour les droits nationaux comme pour le droit international. Sur le plan national, les politiques de la concurrence prennent une dimension internationale puisqu’elles ne peuvent plus être

³ Pour une discussion des implications de la globalisation économique sur les indicateurs et les déterminants de la compétitivité des entreprises et des nations, voir Hatzichronoglou (1996).

appliquées en faisant abstraction des conditions externes de la concurrence et des effets qu'elles ont sur la compétitivité internationale des entreprises nationales. Sur le plan international, l'on ne peut plus aborder les règles qui encadrent les échanges internationaux sans faire intervenir les effets qu'ont les conditions internes de la concurrence non seulement sur le commerce mais aussi sur l'investissement international. Reste que le droit économique international est de moins en moins efficace en raison du passage obligé par les États et de l'internationalisation des entreprises et que la démarche qui consiste à construire un droit économique international à partir d'une coopération intergouvernementale peut paradoxalement alimenter le processus de monopolisation des marchés et les conflits internationaux.

Les croisements des débats économiques et juridiques sur la concurrence débouchent sur la reconnaissance d'un nouveau problème, celui d'une concurrence systémique entre les systèmes nationaux qui ne favorise nullement ce que les penseurs libéraux ont en tête lorsqu'il parle d'un ordre libéral mais qui s'impose parce qu'elle permet notamment aux États, et aux firmes qui sont de plus en plus impliquées dans le développement du droit économique international, non seulement de s'ajuster à la globalisation mais d'en affecter le déploiement aux travers de leurs stratégies compétitives.

CHAPITRE 1

LES DÉBATS ÉCONOMIQUES

La pensée économique libérale met l'emphase sur le marché comme régulateur de l'économie. Si elle a fait apparaître les acteurs économiques, la firme étant une boîte noire, comme étant soumis aux forces du marché, elle n'a pu véritablement faire abstraction de l'État-nation qu'en cherchant à en réduire la portée en recommandant le retrait de l'État des activités économiques. Ces deux tours de magie, elle l'a fait à deux niveaux; au niveau national et internationale, car même si le marché devait s'imposer à l'interne comme à l'externe, les frontières, si artificielles soient-elles, ne permettaient pas d'aborder l'économie dans une perspective d'un marché mondial. L'économie internationale s'est développée comme une annexe à la théorie économique qui reflétait essentiellement la même orientation et qui recommandait le libre-échange. Ainsi, une distinction théorique fondamentale s'est imposée entre l'économie nationale et l'économie internationale, et c'est cette même distinction qui constitue ce qui peut être considéré comme étant la problématique centrale des débats sur la concurrence.

Les écarts entre la théorie et la réalité ont provoqué d'importants débats qui ont remis en cause l'idée d'une économie fondée, au niveau national, sur la libre concurrence et, au niveau international, sur le libre-échange. Les pratiques de fixation des prix et de partage du marché et l'émergence de grandes entreprises ont fait

apparaître la nécessité de contrer les tentatives des acteurs économiques visant à empêcher la concurrence et motivé certains États à adopter des lois pour défendre les intérêts des consommateurs et des petits producteurs. Fondamentalement, il s'agit de déterminer si le pouvoir grandissant des entreprises et le processus de concentration économique doivent être contrés afin de rétablir les conditions structurelles de la concurrence, c'est-à-dire, les conditions nécessaires pour garantir la rivalité entre de multiples unités décisionnelles. En ce qui concerne les rapports économiques internationaux, la théorie orthodoxe de l'échange international a buté sur la résistance des États nationaux face au libre-échange et sur l'existence de puissants cartels internationaux, ce qui a favorisé l'émergence d'approches hétérodoxes plus nuancées face à la libéralisation des échanges qui ont notamment, à l'instar de la pensée keynésienne, fait reposer la réalisation d'un ordre libéral sur l'interventionnisme des États et la coopération internationale.

La rupture la plus significative dans les débats est cependant intervenue après la seconde guerre mondiale alors qu'un double phénomène a remis en cause la séparation de l'espace national et international pour transformer radicalement les liens État/marché/entreprise; il s'agit de la croissance de l'investissement international et l'intensification de la multinationalisation des entreprises. Si le concept de concurrence imparfaite avait permis de reconnaître le rôle des acteurs privés dans l'organisation et le fonctionnement des marchés, au niveau international, les firmes n'existaient pas en tant qu'acteurs. Les débats portaient essentiellement sur le comportements des États. La reconnaissance des firmes et de leur rôle dans l'organisation du commerce et de la production, a progressivement relégué le rôle du marché et des États à l'arrière plan. Le processus d'internationalisation des

entreprises a conforté certains économistes libéraux à concevoir la fin éminente de la division artificielle du monde. Néanmoins, les États ont resurgi en tant qu'acteur économique dans les débats sur l'économie industrielle, sur l'échange international et sur l'investissement international.

Les débats sur la concurrence doivent maintenant prendre en considération les imperfections du marché, les pratiques des firmes et les conditions de coexistence des États dans un espace marchand de dimension globale. Un constat se dégage des nouveaux débats sur le concurrence à l'effet que qu'il existe des liens étroits entre la conditions internes et externes de concurrence et que, faute de pouvoir aborder les problèmes de concurrence dans une perspective globale, les cadres réglementaires de la concurrence ne permettent pas de réduire les risques de collusion entre les États et les firmes.

Les politiques de la concurrence qui sont de plus en plus jugées importantes au niveau international dans la mise en place d'un cadre propice à la libéralisation des échanges sont, paradoxalement, remises en cause au niveau national par la globalisation économique. Elles sont orientées vers des objectifs de compétitivité et peuvent ainsi servir d'instruments stratégiques, ce qui n'est pas toujours compatible avec le contrôle de la concentration et l'élimination des pratiques anticoncurrentielles. Les débats sur le renforcement du droit économique international doivent tenir compte des limites de l'approche qui consiste à aborder les problèmes de concurrence à partir de la coopération intergouvernementale puisque les États nationaux se trouvent dans la situation paradoxale de faire à la fois partie du problème et de sa solution.

A. Les piliers mythiques de l'ordre libéral

Les économistes libéraux “ont cru que leur monde imaginaire était, non pas une introduction critique à leurs recherches, mais la projection d'un ordre auquel l'ordre existant était approximativement, et suffisamment, conforme” (Lippmann, 1938, p. 246). L'origine de cette confusion se trouve dans une conception de la liberté économique en dehors de tout cadre réglementaire, ce qui a mené les économistes libéraux à s'occuper principalement du problème du “laisser-faire”⁴. Ainsi, selon Lippmann, ces derniers ont été incapables de fournir des solutions pertinentes puisqu’ils refusaient de reconnaître que c'est “dans un ensemble juridique appartenant à l'histoire que le capitalisme s'est développé, et non pas dans le libre royaume de l'Utopie” (Lippman, 1938, p. 233).

La pensée libérale s'est plutôt efforcée à défendre l'idée du retrait des États de la sphère économique, tant au niveau des échanges à l'intérieur des économies nationales qu'au niveau des échanges internationaux, qu'à expliquer les situations concrètes des rapports économiques et de concurrence. En effet, elle a entretenu deux mythes, celui de la concurrence parfaite et du libre-échange, qui ont considérablement réduit sa portée explicative. Elle a aussi séparé les conditions internes et externes de la concurrence pour ensuite supposer leur complémentarité en faisant dépendre les

⁴ Lippman écrit ceci alors que se développent ce qu'il appelle les “collectivismes” en réaction, selon lui, au statisme de la pensée libérale dont il dénonce l'impuissance devant les perturbations et les frictions du développement du capitalisme.

bénéfices du libre-échange sur l’existence d’une concurrence parfaite au niveau des espaces nationaux, et vice-versa.

Les économistes classiques ont reconnu dans l’échange marchand l’existence d’un principe organisateur qui permettait de briser les contraintes, les inefficacités et les injustices économiques et sociales inhérentes au système de priviléges et de réglementation hérité du Moyen-Age. Ils défendaient l’idée qu’un système économique fondé sur l’échange marchand permettrait un progrès économique sans précédent et l’élargissement des libertés individuelles. Transposée sur le plan international, cette idée se traduisait par la défense du libre-échange; l’échange international devenait le moyen “par excellence” pour accroître les capacités de production et favoriser la spécialisation économique à l’échelle internationale et pour éviter un jeu à somme nulle entre les systèmes de préférences et des monopoles.

Malgré les débats autour de la nature des facteurs déterminant les avantages de l’échange international, les économistes classiques et néo-classiques s’entendaient pour défendre l’idée d’une division internationale du travail fondée sur l’échange international libéré d’entraves institutionnelles. Les États n’auraient aucun intérêt “rationnel” à modifier les termes de l’échange à travers des systèmes préférentiels et l'imposition de barrières commerciales. Au contraire, ils avaient avantage à promouvoir les échanges internationaux⁵. La paix par le commerce s’enracinait ainsi dans l’ordre de la raison.

⁵ Adam Smith propose un modèle basé sur les avantages absolus au niveau des coûts; un pays exportateur est celui qui produit une marchandise à un coût moindre que les autres pays. Cette vision des choses implique que les pays ne possédant pas d'avantages absolus n'ont aucun rôle à jouer sur le

Le libéralisme économique tente ainsi de séparer les sphères économique et politique; autrement dit, à dépolitiser la sphère économique pour “instituer” l’ordre du marché qui ne “devait pas être le fait des Etats-nations mais bien plutôt de leur non-ingérence dans les relations économiques internationales” (Carreau, Juillard, Flory, 1980, p. 5). L’État jouerait, en quelque sorte, le rôle d’un gendarme responsable de faire respecter les règles d’un commerce libre et de promouvoir les échanges pour garantir le libre fonctionnement des marchés; la primauté, en droit économique libéral, est ainsi accordée au marché. L’enracinement de cette grande utopie qui consiste à fonder l’organisation économique internationale et l’organisation politique, sociale et juridique sur les rapports marchands est certainement le fait le plus marquant du développement du capitalisme⁶. Toutefois, la validité de cette proposition dépend de la réalisation des effets escomptés des échanges marchands sur l’organisation interne des rapports socio-économiques et sur l’organisation des rapports d’interdépendance entre les nations.

plan international et cette lacune de la pensée libérale sera contournée par Ricardo qui élaborera un modèle fondé sur les avantages comparatifs pour permettre de généraliser les avantages du libre-échange à toutes les nations prenant part à l’échange. Son modèle montre comment il est plus avantageux pour un pays détenant un avantage absolu pour la production de plusieurs produits de délaisser la production de certaines marchandises qu’il importera de pays relativement plus efficaces. L’idée est que, selon les différences entre les techniques de production, deux nations puissent gagner à l’échange dans la mesure où, en sacrifiant la production d’un type de marchandises, elles obtiendront de chacune des marchandises des quantités plus importantes qu’en l’absence d’une spécialisation internationale. Le modèle néo-libéral HOS (Heckscher-Ohlin-Samuelson) délaissera les différences entre fonctions de production pour expliquer l’échange international par les avantages comparatifs découlant des différences de dotations factorielles.

⁶ Polanyi (1944) montra comment l’utopie d’une telle entreprise fut à l’origine d’une grande transformation en faisant référence à l’effondrement, entre 1900 et 1944, du système économique international qui avait triomphé au 19^e siècle. Il décrit l’effondrement de quatre institutions sur lesquelles est fondé le système international libéral, c’est-à-dire, le système d’équilibre des puissances, l’étalon-or international, le marché autorégulateur et l’État libéral.

Adam Smith (1776) considérait que l'octroi d'un droit exclusif à exercer un commerce ou une activité manufacturière était contraire au droit naturel et, par conséquent, à l'intérêt collectif. Son rejet des monopoles repose sur l'idée que la libre concurrence, cette "main invisible", permet d'établir le prix idéal d'une marchandise alors que les monopoles favorisent des prix plus élevés. Il annonçait, par cette proposition, la théorie de l'équilibre général qui sera développée plus de cent ans plus tard et qui postule la détermination des prix en fonction de la rencontre entre l'offre et la demande en situation de concurrence. Toutefois, Smith s'opposait principalement aux situations de monopoles associées à l'intervention étatique, c'est-à-dire aux monopoles qui bénéficiaient d'une sanction légale. Il entrevoyait par ailleurs, pour autant qu'ils ne soient pas le résultat d'un privilège concédé en vertu de la loi, l'émergence de monopoles dits « naturels » qu'il considérait justifiables dans certaines situations concurrentielles spécifiques. Liés à la découverte d'un marché nouveau ou à l'introduction de nouvelles méthodes et ne pouvant qu'être temporaires en raison de l'entrée éventuelle de rivaux, l'État pourrait concéder à ces monopoles un droit exclusif temporaire. Smith considérait normal que les gens du même métier se trouvent réunis pour conspirer contre le public, ou pour faire hausser les prix, et que si la loi ne pouvait rien pour les empêcher, elle ne devait pas faciliter ces assemblées. Conscient que les intérêts privés mènent au monopole et, donc, du danger de l'augmentation des prix au-delà du prix concurrentiel, il croit cependant que ce type de monopole ne peut exister très longtemps puisque les prix plus élevés provoqueraient l'entrée de nouveaux concurrents⁷.

⁷ Soulignons tout de suite que cette idée inspirera le développement de la théorie des marchés

L'argument central de Smith, comme celui de Ricardo, ne repose pas sur la notion de concurrence mais sur la division du travail⁸. La concurrence est une conséquence de la division du travail qui est limitée par l'étendue du marché, ce qui justifie le libre-échange. Ce n'est qu'à partir de la deuxième moitié du 19ième siècle que la concurrence deviendra le thème central de la pensée économique libérale alors que les efforts de modélisation mathématique transformeront l'économie politique en économie pure, faisant ainsi disparaître les institutions et les acteurs pour ne retenir que les lois du marché qui déterminent les prix et les quantités des marchandises⁹.

L'un des premiers à développer la modélisation mathématique de l'économie fut Cournot (1838) dans *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Bien qu'il soit aussi l'un des premiers à avoir contribué à l'étude des situations de concurrence imparfaite avec son analyse du duopole, Cournot a aussi confirmé l'idée de la supériorité de la concurrence sur le monopole. Il a démontré que

contestables qui argue que les situations monopolistiques ne sont pas irréconciliables avec l'existence de prix concurrentiel puisque les monopoles n'ont pas intérêt à adopter des prix au-delà du prix concurrentiels puisque ceci provoquerait l'entrée de concurrents sur le marché. Voir Baumol, Panzar, et Willig (1982).

⁸ La concurrence joue toutefois un rôle essentiel dans la fermeture du système. C'est elle qui permet de réconcilier l'intérêt privé et l'intérêt public, et ce faisant d'assimiler la richesse collective à la somme des richesses privées. Le premier grand critique de cette conception fut Lord Lauderdale (*An Inquiry into the Nature and Origin of Public Wealth and into the Means and Causes of its Increase*, 1804). Son oeuvre, fort originale, réabilitait l'économie nationale et redonnait au gouvernement un rôle dans le développement de la richesse nationale. Son influence fut très grande, à commencer aux États-Unis où elle servit à légitimer le protectionnisme. Lauderdale reste toutefois libre-échangiste, mais, au risque de faire un anachronisme, "à la List". List, lui-même, ne peut pas, soit dit en passant, ne pas s'être inspiré des théories de Lauderdale.

⁹ L'économie néo-classique s'appuiera sur les concepts d'utilité marginale et de rareté des facteurs. Le calcul à la marge s'intéresse à la dernière unité produite ou consommée. Au niveau de la production, il s'agit de déterminer l'impact de l'utilisation accrue des facteurs de production sur la production totale tandis qu'au niveau de la consommation, les économistes cherchent à établir l'effet de la consommation accrue sur le bien-être et la satisfaction des individus.

les prix d'équilibre sont plus bas lorsque le nombre de concurrents est élevé et qu'ils sont plus élevés lorsqu'il y a monopole. À la fin du 19ième siècle, de Jevons à Walras, la révolution marginaliste et l'émergence de la théorie néo-classique aboutira à la formulation mathématique de l'économie de marché perçue comme un mécanisme naturel dont la caractéristique première était d'assurer la meilleure allocation des ressources¹⁰. Avec la théorie de l'équilibre général en situation de concurrence pure et parfaite proposée par Walras et la contribution subséquente de Pareto qui a relié les prix d'équilibre en concurrence parfaite à l'optimum économique, la théorie néo-classique affirme les vertus du marché concurrentiel. Ces deux économistes ont fait "de la libre concurrence la pièce centrale de l'équilibre général des marchés" (Bienaymé, 1998, p. 14).

C'est néanmoins Alfred Marshall (1906) qui fera la contribution la plus importante permettant d'intégrer la pensée des classiques et des marginalistes. Son modèle d'équilibre partiel, plus nuancé, postule que si la demande reste un facteur décisif dans la détermination du prix, la quantité offerte détermine par ailleurs le coût de production qui, à son tour, détermine la valeur. Il remet en cause l'idée que, dans la courte période, la concurrence puisse permettre de maximiser l'efficience et le bien-être du consommateur. Chez Marshall, la concurrence est bénéfique lorsque toutes les forces correctrices ont eu le temps de jouer. En faisant la distinction entre les fonctions de production de coûts croissants et de coûts décroissants et en tenant compte des économies externes, Marshall "raisonne sur des situations de marché

¹⁰ Soulignons que l'expression économie politique est présente dans les deux titres mais qu'il s'agissait de présenter des théories économiques pures niant la tradition de l'économie politique des

hybrides plus proches de la réalité” (Bienaymé, 1998, p. 16). Si Marshall a renforcé la pensée économique orthodoxe, il a aussi jeté les bases d'une nouvelle économie qui se développera autour d'une nouvelle problématique de la concurrence.

Pour conclure sur la pensée économique libérale, la modélisation de l'économie à partir de l'hypothèse de concurrence parfaite ou de libre concurrence excluait le développement des monopoles et toutes formes de marchés intermédiaires. Pour les marginalistes, le monopole devient une possibilité économique engendrée par les conditions de l'offre prédéterminées par rapport à la lutte concurrentielle; c'est-à-dire par la rareté des marchandises et des facteurs. Le monopole constitue une sorte de don de la nature - un monopole naturel. La présence d'un seul opérateur s'explique donc par les conditions exogènes et le prix monopolistique n'exprime que la juste rémunération d'un bien rare. C'est aussi à la fin du siècle dernier que Spencer a présenté les monopoles privés comme la résultante d'un processus de sélection naturelle des entreprises les plus aptes à survivre et nié le rôle des institutions dans le processus de monopolisation. L'approche spencerienne justifie ainsi l'ordre social existant et l'élimination des entraves institutionnelles à la liberté économique. La concurrence se trouve donc à être assimilée à l'idée de la liberté économique qui, elle-même, est une condition inhérente au libre fonctionnement du marché.

Toutefois, les effets de l'échange marchand sur l'organisation économique des économies nationales et de l'économie internationale n'étaient pas exactement ceux que les économistes libéraux avaient à l'esprit en construisant leurs modèles

théoriques et mathématiques. Au Canada et aux États-Unis, le développement des monopoles a suscité de vifs débats qui ont abouti à l'émergence de cadres juridiques en vue de protéger la concurrence contre la monopolisation. L'État devait sévir contre les entreprises et les individus dont les pratiques faussaient la concurrence et prévenir la constitution de pouvoirs économiques dans la mesure où “faute de les contrôler, le pouvoir politique risquait d'être soumis aux puissances économiques” (Carreau, Juillard et Flory, 1980, p. 70).

C'est aussi à cette époque que les États nationaux tournent le dos au libre-échange. La puissance de l'idéologie libérale bute alors sur le repli des États-nations sur des politiques nationales orientées sur la sécurité nationale et le développement de leurs industries respectives. Certains économistes s'étaient fortement opposés au libre-échange, du moins dans les conditions dans lesquelles il était appliqué, c'est-à-dire dans le contexte d'inégalité dans le développement des nations; l'un des plus importants fut List (1841) qui, dans *The National System of Political Economy*, avait contesté les bénéfices du libre-échange pour défendre un certain protectionnisme dans le cas d'industries naissantes. En effet, il avait proposé que le système douanier pouvait être une arme défensive pour permettre le développement d'industries naissantes à l'abri de la concurrence étrangère, ce qui, à plus long terme, favoriserait le développement des conditions nécessaires au libre-échange.

Formellement, rien n'engageait les États à adopter le libre-échange. À moins d'accords contraires, les États, souverains et égaux sont libres d'encourager ou de restreindre la circulation du commerce à travers les frontières et d'appliquer des politiques économiques nationales. Pour qu'il existe un ordre économique libéral, encore fallait-il

que les États reconnaissent les bénéfices du libre-échange et qu'ils y adhèrent. C'est à cette tâche, celle de convaincre les autorités et l'opinion publique, que se consacreront, soit dit en passant, les économistes libéraux, Jean-Baptiste Say par exemple. Mais en pratique, c'est sous l'influence britannique, qu'un ordre international libéral se met en place au 19ième siècle. Les règles du jeu en étaient simples: 1) liberté contractuelle à l'intérieur et à l'extérieur des États-nations; 2) liberté des échanges commerciaux; 3) liberté des paiements et des transferts; et, 4) liberté des mouvements de capitaux internationaux. Sur le plan juridique, les principes de non-discrimination reposent sur la mise en oeuvre de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et de celle du traitement national inscrites dans de nombreux traités bilatéraux¹¹. Les concessions étaient cependant conditionnelles à l'existence d'une égalité commerciale et à la réciprocité absolue au niveau des concessions bilatérales octroyées pour éviter les déséquilibres des échanges entre deux pays; toute inégalité commerciale devait être compensée. L'importance attribuée à l'équilibre des échanges et le bilatéralisme généralisé sur le plan des accords économiques internationaux auront toutefois des conséquences désastreuses sur les relations internationales.

¹¹ La clause NPF apparaît au 12ième siècle lorsque Constantinople promet aux sujets des cités maritimes françaises le même traitement que celui qui était accordé aux sujets des villes italiennes (Venise, Pise, Gênes). Déjà, un traité entre l'Angleterre et la Bretagne (1486) assurait aux marchands des deux parties les avantages nés ou à naître en faveur de tous les marchands. La clause NPF apparaît dans le Traité d'Alliance et de Commerce entre la France et les États-Unis (1776). La clause est d'usage courant à partir du 17ième siècle pour être éliminée comme facteur de multilatéralisation des échanges entre la première guerre mondiale et la crise économique de 1929; la clause n'apparaîtra, et de façon limitée, que dans le cadre d'accords bilatéraux, notamment entre les États-Unis et l'Angleterre ainsi qu'entre la France et l'Allemagne.

L'ordre économique libéral fondé sur le libre-échange se soldera paradoxalement par l'exacerbation des nationalismes économiques et la crise économique des années 30 alors que les États, face à des problèmes économiques croissants sur le plan domestique, multiplieront les mesures protectionnistes. Les États tournèrent donc le dos à la concurrence externe. Ainsi, aux États-Unis, la Federal Trade Commission (1914) a-t-elle rendu illégales les pratiques de commerce déloyal et, en 1916, une extension de la loi Clayton s'est traduite par l'adoption de l'Antidumping Act pour protéger les entreprises américaines contre une concurrence étrangère jugée déloyale¹². En 1921, le Canada a aussi mis en place une législation contre le dumping. Les États tournèrent aussi le dos à la concurrence interne. En effet, la crise de l'économie mondiale des années 30 n'a pas seulement remis en cause le libre-échange, elle a aussi favorisé le relâchement des cadres réglementaires qui visent les pratiques restrictives privées et la concentration économique. Ceci est paradoxal puisqu'il s'avère encore plus pertinent d'appliquer les politiques de la concurrence pour limiter les pratiques anticoncurrentielles de producteurs qui sont à l'abri de la concurrence étrangère. Cette époque a toutefois été caractérisée par la juxtaposition des pratiques autarciques des États et des pratiques restrictives des entreprises qui bénéficièrent de la suspension des politiques de la concurrence, ou de l'inexistence de celles-ci. Fait notable, la Société des Nations estimait qu'entre 1927 et 1937, 42% du commerce mondial était le fait de cartels. C'est ici, qu'intervient le problème de l'interface entre concurrence

¹² Le texte de loi faisait un lien direct avec la politique de la concurrence; les mesures compensatoires du dumping devaient être fondées sur la preuve de l'intention de réduire ou de diminuer la concurrence sur le marché domestique. Ce lien fut brisé lors de l'adoption de l'Antidumping Act de 1921. Par la suite, les mécanismes antidumping vont refléter plus favorablement les intérêts protectionnistes des entreprises nationales en concurrence avec les produits importés. Voir Viner (1921).

interne et externe: comment adopter une politique commerciale de libre-échange si les entreprises adoptent des pratiques qui en détournent et en limitent les bénéfices? Si l'élimination des barrières tarifaires requiert un contexte d'échange international exempt de cartels et des espaces protégés, comment s'assurer de l'existence d'un tel contexte? Les trois conférences organisées par la Société des Nations, la dernière ayant eu lieu à Londres en 1933, n'ont pas réussi à limiter les politiques autarciques ni le développement de zones de préférence.

L'un des points tournants qui marqua la rupture définitive avec l'ordre économique libéral sera l'abolition par la Grande-Bretagne, en 1930, de l'étalon-or et la mise en place d'un système de taux de change flottants qui favorisa de fortes dévaluations des monnaies nationales et l'augmentation des tarifs douaniers, notamment aux États-Unis avec l'adoption, en 1930, de la loi Smooth-Hawley et en Europe¹³. Les aides à l'exportation et à la production nationale, les restrictions quantitatives des importations et les dévaluations monétaires sont autant de manifestations des tendances autarciques qui ont marqué le démantèlement de l'ordre économique libéral. Il faudra attendre la fin de la deuxième guerre mondiale pour que de nouvelles règles du jeu soient mises en place au niveau international par les États-Unis qui donneront de nouvelles bases au libéralisme économique¹⁴. Nous y reviendrons dans le deuxième chapitre.

¹³ La loi Smooth-Hawley a fait passer les droits d'importations de 38% entre 1922 et 1929 à 53% entre 1930 et 1933 (Van der Wee, 1990).

¹⁴ Les États-Unis, entre la signature du traité de Versailles en 1919 et la seconde guerre mondiale, avaient adopté une politique isolationniste. Ce comportement est d'ailleurs, selon Kindleberger

Il est clair que les pratiques des acteurs privés et des acteurs publics ne confortaient évidemment pas les modèles mathématiques de la pensée libérale qui ne faisaient qu'affirmer les vertus de la concurrence et du libre-échange sans réellement se poser la question de leur réalisation concrète. Ainsi, plusieurs économistes ont critiqué la pensée économique libérale et tenté de développer des théories alternatives qui rejettent, du moins en partie, la libre concurrence et le libre-échange.

B. Critiques de l'orthodoxie et théories alternatives.

Avec les problèmes qui sévissaient tant sur le plan national qu'international, un bon nombre d'économistes se sont mis à douter de la pertinence des modèles orthodoxes et à tenter de combler l'écart entre la théorie et la réalité. Ils refusaient de réduire l'économie à un simple raisonnement mathématique et rejetaient l'idée d'un équilibre économique automatique. Puisqu'il est impossible de couvrir l'ensemble des courants de pensée qui se sont opposés à l'orthodoxie économique, il convient de concentrer notre attention sur les contributions qui ont eu un impact sur la représentation de la concurrence.

(1973), un facteur qui a eu un effet désastreux sur la crise économique et les relations économiques internationales.

Le concept de concurrence n'a jamais été expliqué par les économistes libéraux¹⁵, mais Knight (1921) a défini certaines conditions pour permettre de cerner le concept de concurrence pure et parfaite sur lequel la pensée libérale est érigée. Les cinq conditions minimales sont l'atomicité, la libre entrée, l'homogénéité, la mobilité, la transparence¹⁶. Cependant, un an plus tard, Knight (1935) publia un article dans lequel il reconnaît que la libre concurrence ne correspond pas à la concurrence pure et parfaite et, par conséquent, à la liberté économique. Il souligna notamment que la concentration économique annulait l'atomicité du marché, que la mobilité des capitaux était limitée et que d'importants obstacles à l'entrée découlaient des ententes et des accords entre les entreprises. La concurrence n'était ni pure ni parfaite. Marshall avait amorcé une réflexion sur le processus concurrentiel. Dans la foulée de son modèle économique, s'inscriront plusieurs contributions qui formeront le corps d'une pensée économique hétérodoxe; notamment celle Keynes, mais aussi celles des économistes qui développeront l'analyse du processus concurrentiel.

Keynes est certainement l'économiste qui a eu le plus d'influence sur les débats économiques entre les deux guerres mondiales et sur l'ordre économique international

¹⁵ Marx avait d'ailleurs souligné le fait que les économistes fondaient leurs théories sur la concurrence alors qu'ils auraient dû se charger d'expliquer la concurrence. Soulignons que Marx ne s'oppose ni à la concurrence ni au libre-échange puisqu'il croit que le développement du capitalisme, en toute liberté, entraînera une révolution socialiste. Il refuse cependant la proposition que la concurrence coïncide avec la liberté individuelle, elle correspond à la libération du capital, ce qui est un progrès historique sur le système féodal.

¹⁶ L'atomicité implique un grand nombre de concurrents; la libre entrée signifie qu'il n'existe pas d'obstacles à la concurrence; l'homogénéité fait référence à la substitution possible entre les produits; la mobilité indique que les facteurs de production peuvent se déplacer d'un marché à l'autre au sein d'une économie nationale; et, la transparence implique l'intercommunication et l'information parfaite entre les individus.

qui fut mis en place après la seconde guerre mondiale¹⁷. Il a indiqué plusieurs failles des théories orthodoxes et rejeté les vertus de la libre concurrence et du libre-échange, pour mettre l'emphase sur la nécessité de faire intervenir la politique économique. Il redonna ainsi un rôle important à l'État tant au niveau national qu'international. Cependant, Keynes n'a pas complètement rejeté la théorie néo-classique, ce que plusieurs de ses collaborateurs directs ne manqueront pas de remarquer¹⁸.

Keynes ne tenait pas compte des réalités concrètes de la concurrence. Déjà, Sraffa (1926) avait souligné la nécessité d'abandonner la voie de la libre concurrence en raison du fait que les économies modernes étaient caractérisées par l'existence des monopoles. Pour Robinson, la faiblesse de la contribution de Keynes était justement de ne pas intégrer la concurrence imparfaite, ce que Kalecki (1935) faisait dans sa propre version de la théorie de la demande effective. Inspirée de la tradition marxiste, l'analyse des prix de Kalecki tenait compte des monopoles; les prix étaient déterminés “par l'ajout d'un taux de marge, dont la grandeur dépend du degré de monopole de l'entreprise ou de l'industrie considérée, au coût variable moyen, dont l'élément le plus important est le salaire monétaire, lui-même résultat du rapport de force entre employeurs et employés” (Beaud et Dostaler, 1993, p. 63).

¹⁷ Pour un compte rendu de l'influence de Keynes sur la pensée économique, voir Beaud et Dostaler (1993).

¹⁸ À Cambridge, Keynes avait plusieurs collaborateurs qui formaient un groupe appelé “Circus”. Parmi les plus importants de ces collaborateurs, on retrouve Richard Kahn, célèbre pour avoir introduit le concept du multiplicateur qui a permis à Keynes de développer un théorie de l'investissement dynamique, ainsi que James Meade, Joan Robinson et Piero Sraffa.

Robinson (1931), comme Chamberlin (1929), a proposé un modèle de concurrence imparfaite conjuguant concurrence et monopole¹⁹. Ces deux économistes ont donc contourné l'opposition traditionnelle “concurrence parfaite/monopole” et abordé des situations intermédiaires qui coïncident plus étroitement avec les conditions concrètes de concurrence. La concurrence imparfaite devient le cas général et non plus le cas d'exception. Le concept de concurrence imparfaite procède à partir de la différenciation du produit à travers la publicité et de la présence d'économies d'échelle pour expliquer que les entreprises, dotées de capacités excédentaires²⁰, exercent un pouvoir dans la détermination des prix et que, dans ce contexte, l'utilisation des ressources est sous-optimale. Les entreprises ont intérêt à coordonner leurs activités en fixant des prix plus élevés ou des quantités moins importantes qu'en situation de concurrence parfaite; selon Chamberlin, la coordination oligopolistique permet aux entreprises d'éviter une concurrence excessive et coûteuse et d'assurer la maximisation des profits. Ce type de coordination est d'ailleurs plus fréquent lorsque le niveau de concentration industrielle est élevé et qu'il existe d'importantes capacités excédentaires. Comme le résultat est sous-optimal, ceci soulève la question de l'acceptation institutionnelle des positions dominantes et, donc, de la nécessité de faire intervenir l'État²¹.

¹⁹ Robinson préfère l'expression “concurrence imparfaite” que nous trouvons plus adéquate que celle de Chamberlin, “concurrence monopolistique”. Malgré les différences méthodologiques, les deux auteurs s'entendent pour dire qu'en concurrence imparfaite, les acteurs privés sont incapables d'assurer l'efficacité et la stabilité des marchés.

²⁰ Dmitriev (1974) avait déjà montré, en 1902, que l'idée de la supériorité de la concurrence était fondée sur l'hypothèse de l'absence de capacité excédentaire. En tenant compte des capacités excédentaires, Dmitriev a montré que les entreprises avaient recours à la collusion pour éviter les guerres de prix et les dépenses en publicité et que si les prix de collusion étaient plus bas que ceux d'un monopole, l'économie subissait une perte économique en raison des coûts associés à la publicité.

Schumpeter (1942) s'est opposé à un interventionnisme qui aurait comme objectif d'orienter l'économie vers l'idéal de la concurrence parfaite. La concurrence atomistique est utopique et destructrice. Cet idéal est, selon lui, ni réalisable ni souhaitable en raison des liens entre le développement de la grande entreprise et l'innovation. Les modèles de concurrence imparfaite ont reconnu que la concurrence par les prix n'opère pas. Dans la perspective historique de Schumpeter, ceci ne signifie pas qu'il n'y ait pas concurrence. Schumpeter ne remet pas en cause la nécessité de la rivalité concurrentielle; il remarque toutefois que la concurrence se situe au niveau de l'innovation technologique et que celle-ci force un "monopole" à adopter un comportement "concurrentiel" et conforme aux objectifs de progrès économique; l'État ne devrait donc pas forcer les entreprises à opérer en concurrence parfaite. Il craignait surtout que le démantèlement de la grande entreprise ne fasse obstacle à l'efficacité et au progrès économique²². Loin d'être redoutable, la grande entreprise apparaît chez lui comme le moteur du progrès technique et du capitalisme moderne,

²¹ Il faut mentionner les travaux novateurs de Veblen et de Commons, "fondateur" avec Veblen de l'institutionnalisme en économie. Commons forma à l'université du Wisconsin de nombreux économistes qui jouèrent un rôle actif dans les débats sur la concurrence aux États-Unis, ainsi que dans la mise en place du New Deal. Par sa méthode, sa théorie de l'action individuelle et de l'action collective, et par son réformisme social, l'économie institutionnaliste se démarqua radicalement de l'économie néo-classique. Son influence a été considérable sur la législation américaine de la concurrence et d'une manière générale sur les institutions américaines de l'entre-deux-guerres. Les travaux de Galbraith, sa théorie de la technostructure et sa théorie du pouvoir compensateur s'inscrivent en droite ligne de ce courant de pensée. Nous n'aborderons pas ce courant de pensée, préférant nous limiter aux débats internes à la pensée libérale vu que c'est par rapport à ces dernières que se situent les discussions actuelles sur la concurrence. Pourtant, l'économie institutionnaliste pose beaucoup mieux que l'économie libérale le rapport des acteurs économiques aux institutions, ainsi que leurs interactions réciproques. Nous reviendrons sommairement sur les travaux de Galbraith un peu plus tard.

²² La corrélation entre la taille des firmes, les économies d'échelle et la propension à innover n'est pas positivement établie (Leibenstein, 1966). La grande firme est souvent inefficace, incapable de repérer les opportunités d'innovation, son pouvoir de marché réduit ses motivations à investir dans l'innovation et elle peut aussi avoir recours à des barrières à l'entrée stratégiques afin de bloquer

puisqu'elle utilise les profits "monopolistes" pour financer la R&D de façon plus intense que les petites firmes.

Alors que Schumpeter a tissé des liens entre la grande entreprise et l'innovation pour remettre en cause l'intervention étatique orientée sur les objectifs concurrentiels, Coase (1937) reliait l'intégration corporative et la réduction des coûts de transaction.

Selon Coase, aucune évidence empirique permet de supporter la validité d'une intervention étatique sur le plan de l'efficacité économique et il doute de la possibilité que l'État soit en mesure de remplir un tel mandat. Il ne rejette pas complètement l'intervention gouvernementale, mais il souligne qu'il est impossible de conclure que l'intervention gouvernementale produirait des résultats supérieurs à ceux du marché et qu'en présence de coûts de transaction, les options institutionnelles ne se limitent pas au marché et à l'intervention étatique puisqu'elles incluent la possibilité de l'organisation des activités économiques au sein de la firme (Coase, 1993).

Coase voyait la firme comme une institution qui se substitue au marché dans le but de réduire les coûts de transactions entre des unités économiques indépendantes. Une industrie concentrée s'explique donc par un phénomène d'internalisation des transactions. Dans cette perspective, l'impact de l'intégration corporative, surtout au niveau vertical, comporte des gains en efficacité économique (Coase, 1937).

L'environnement économique étant donné; les firmes réduisent les imperfections du

l'entrée de concurrents potentiels, ce qui justifie le rôle de l'État dans le progrès technologique et l'intervention de la politique de la concurrence (Arrow, 1962). Toutefois, Schumpeter inspire de nouvelles approches en économie industrielle qui justifient la concentration et les accords en supposant qu'ils entraîneront des bénéfices au niveau organisationnel et au niveau de la R&D. Cette question est

marché qui font obstacle à une organisation industrielle efficace. Autrement dit, les firmes répondent à des objectifs d'efficacité dans un contexte de marché imparfait et non pas à des considérations stratégiques en vue de s'imposer sur le marché et d'exploiter les imperfections de marché à leur avantage. L'importance de la contribution de Coase est d'avoir reconnu le “world of positive transactions costs” (Coase, 1992, p. 717) et de porter son attention sur le contexte institutionnel, et en particulier sur le système légal²³.

It makes little sense for economists to discuss the process of exchange without specifying the institutional setting within which the trading takes place since this affects the incentives to produce and the costs of transacting. (...) The process of transacting needs to be studied in real world setting. (Coase, 1992, p. 718)

Ainsi, en marge du modèle économique dominant, se sont développées de nouvelles théories qui ont remis en cause le concept de concurrence. C'est donc à partir des années 30, alors que les pratiques des États et des entreprises contredisaient les vertus de la libre concurrence et du libre-échange, que les critiques et les modèles alternatifs ont sorti l'économie de sa forme abstraite pour expliquer les réalités concrètes des marchés et le développement des entreprises.

Plusieurs questions restaient sans réponse. Comment aborder la concurrence tant sur le plan interne qu'externe et définir le rôle de l'État, actif ou passif, en ce qui concerne

au centre des débats actuels, voir Cantwell (1989); Cowling et Sugden (1987); Davies et Lyons (1990); Delapierre et Mytelka (1996); Pitofsky (1999).

²³ Selon Coase (1992), il est nécessaire de procéder à des études empiriques sur les facteurs qui affectent les coûts de transactions et, à cet effet, il déplore le manque de données disponibles sur les contrats et les activités des entreprises.

le mise en place des conditions nécessaires au bon fonctionnement de l'économie de marché? L'État doit-il intervenir face à l'émergence des monopoles et à la concentration économique? Doit-il adopter des politiques protectionnistes qui favoriseront un rattrapage international et un certain rééquilibrage des conditions de concurrence sur les marchés internationaux avant de libéraliser le commerce? Comment justifier le laissez-faire alors que la création de cartels et de trusts contredit le principe de liberté économique? La pensée libérale ne pouvait répondre à ces questions. Les débats distinguent toujours l'économie nationale de l'économie internationale, mais on assiste au développement de systèmes de pensée qui rompent avec certaines hypothèses de l'orthodoxie économique, dont celle de la concurrence parfaite.

Les travaux de Marshall ont ouvert un champ de recherche très fertile. Bien qu'il resta fidèle au paradigme néoclassique, "son concept d'économie d'échelle interne était destiné à faire un grand chemin" (Bienaymé, 1998, p. 95). Les travaux de Knight et de Keynes ont aussi ouvert certaines voies de dépassement. Les années 30 furent marquées par des débats économiques très importants et par le développement d'approches alternatives. Bien qu'ils aboutissent à des conclusions différentes, Chamberlin, Robinson, Schumpeter et Coase ont fait des contributions qui ont eu une influence marquée sur les débats ultérieurs. Mais l'influence de Keynes fut dominante et en raison des ambiguïtés de son approche, il a aussi laissé la porte ouverte à la synthèse néo-classique qui a intégré son oeuvre à l'intérieur d'une nouvelle orthodoxie

dont l'origine se trouve dans les travaux de Hicks à la fin des années 30²⁴. Cette nouvelle orthodoxie masquera malheureusement l'importance des analyses alternatives et elle sera d'ailleurs renforcée, dans les années 70, par l'école de Chicago qui regroupe des économistes qui se sont efforcés de renouveler les bases de la théorie néo-classique et d'affirmer, à l'instar de Hayek, que le marché libre est un mécanisme d'allocation efficace malgré la présence d'imperfections sur le marché. C'est en 1944, avec *La route vers la servitude*, que ce dernier avait remis en cause la tradition Walrasienne du marché pour défendre l'idée que le marché constituait un ordre spontané issu de la concurrence. Cette conception de la concurrence introduite par Hayek la représente en tant que processus d'apprentissage et de coordination de l'information qui ne peut être capturé par une formulation mathématique.

Les débats économiques sur la concurrence resurgiront après la seconde guerre mondiale, mais dans un contexte radicalement transformé par la multinationalisation des entreprises. Il convient maintenant de revenir sur les deux mythes de la pensée libérale en tenant compte de la disparition de la frontière entre concurrence interne et externe ainsi que des pratiques des entreprises et des États.

²⁴ Voir Beaud et Dostaler (1993), en particulier le chapitre sur la synthèse néoclassique.

C. Les débats économiques sur la concurrence depuis 1945.

Suite à la seconde guerre mondiale, les débats distingueront toujours la concurrence interne de la concurrence externe. Ainsi, les débats resteront orientés vers l'espace national jusqu'à ce que les économistes portent leur attention sur l'impact du développement des firmes multinationales sur les échanges internationaux. C'est alors que les débats sur la concurrence seront définitivement transportés sur le plan international pour aborder la question des pratiques des entreprises, celles des États et celle des nouveaux liens entre État-marché-firmes.

Nous abordons premièrement les débats sur la concurrence dans une perspective nationale puisque c'est à ce niveau, malgré le développement des pratiques transfrontalières, que les politiques de la concurrence sont toujours formulées et appliquées et que, jusqu'à tout récemment, les débats économiques sur la concurrence se sont développés dans le cadre national. Suite à la seconde guerre mondiale, plusieurs États ont pris des mesures en vue de renforcer la concurrence et de promouvoir des structures de marché et des pratiques corporatives concurrentielles. Cette attitude reflétait une certaine méfiance face à la concentration industrielle et aux pratiques restrictives des entreprises. Chose certaine, le développement de la grande entreprise, ce que Galbraith a nommé la technostucture, a obligé les économistes à se pencher sur la firme dans la mesure où elle ne pouvait être vue comme une entité simplement soumise aux forces de l'offre et de la demande²⁵. Les efforts pour

²⁵ Dans son livre *American Capitalism*, Galbraith (1952) avait souligné l'efficacité de l'économie américaine caractérisée par un degré élevé de concentration. À l'époque toutefois, Galbraith voyait dans les associations de consommateurs un contrepoids efficace à la grande entreprise. Cette thèse

construire une théorie alternative de la firme ont fait apparaître celle-ci en tant qu'institution qui détermine l'organisation des activités économiques et l'allocation des ressources. Les contributions les plus influentes ont mis l'emphase sur la structure de la firme et la complexité croissante de ses tâches (Chandler, 1962), les coûts de transactions reliés principalement à la négociation de contrats ou à la cueillette de l'information (Coase, 1937), les barrières à l'entrée (Bain, 1956) et l'autonomie des firmes face au marché (Byé 1958, 1970).

Nous sommes en pleine hétérodoxie puisque la firme n'est plus cette boîte noire d'intrants et d'extrants soumise aux forces du marché²⁶. Cependant, si ces approches "ont ouvert des brèches dans la forteresse de l'orthodoxie; (...) elles ont, par là même, suscité des travaux qui la renforcent" (Beaud et Dostaler, 1993, p. 194). Dans les années 70, l'émergence d'une nouvelle orthodoxie a défendu l'idée d'un retour au laisser-faire. Les débats économiques sont en effet marqués par une forte opposition entre deux courants. Le premier courant "souligne le rôle actif des agents économiques qui, au lieu de subir un ensemble de conditions préétablies, modifient celles-ci à leur avantage." (Jacquemin, 1989, p. 14). Dans la perspective de ce courant, les comportements stratégiques qui ont pour objectif de modifier les conditions d'action des rivaux actuels ou potentiels sont déterminants. Par contraste, le deuxième courant

provient directement de Commons. On retrouve également l'influence des thèses défendues par Berle et Means. En 1967, il sera plus pessimiste lorsqu'il suggère que le passage de la grande entreprise à une technosstructure qui contrôle et qui planifie le marché. Il prône alors un renouveau des politiques économiques et des réformes pour séparer le pouvoir de l'état et des entreprises privées (Galbraith, 1967).

²⁶ L'un des premiers à se pencher sur la théorie de la firme fut Simon (1947, 1991) qui a étudié les comportements des entreprises. Il a introduit le concept de rationalité limitée dans le processus décisionnel des firmes. La firme n'est pas maximisatrice, ses choix répondent à des objectifs et des contraintes multiples qui sont limités par une information incomplète.

considère que les structures des marchés et l'organisation des entreprises correspondent à un ordre dicté par les caractéristiques de l'environnement et “la compétition est perçue comme un ensemble d'interactions entre des agents qui considèrent comme donnés les comportements d'autrui et les conditions des échanges” (Jacquemin, 1989, p. 13). Voyons ces deux courants.

1. Premier courant: structure, stratégie et pouvoir de marché

Les auteurs que l'on peut raccrocher à ce premier courant partagent la méfiance de Robinson et de Chamberlin face à la concurrence imparfaite puisqu'ils reconnaissent que les entreprises détiennent le pouvoir d'exploiter les imperfections de marché et d'altérer - voire de suspendre - le jeu concurrentiel en leur faveur et au détriment de concurrents actuels ou potentiels. Les travaux de Bain (1956) sur les barrières à l'entrée ont contribué à renforcer la méfiance face à la concentration économique. Contrairement à Coase, Bain considérait que l'intégration corporative implique l'exercice d'un pouvoir de marché et l'existence de barrières à l'entrée.

Bain cherchait à expliquer les situations caractérisées par: 1) des prix au-dessus des coûts moyens de production; et, 2) l'absence d'entrée de nouvelles firmes. Il a conclu que les firmes rivales sont en position de désavantage face aux firmes établies en raison des barrières à l'entrée qui découlent de trois types d'avantages possibles:

- les avantages en terme de coûts absolus: c'est-à-dire la capacité des firmes établies de produire à un coût unitaire inférieur à celui des firmes non établies;

- les avantages dérivés de la différenciation des produits: autrement dit, les avantages de l'ordre de la préférence des consommateurs pour les produits des firmes établies qui, d'ailleurs, sont parfois protégés par un brevet;
- les avantages en terme d'économies d'échelle: les nouvelles firmes peuvent ne pas être en mesure de produire au niveau de production minimal nécessaire pour pénétrer l'industrie.

Dans les années 60, l'approche structuraliste de Bain a eu une influence très marquée sur la politique de la concurrence aux États-Unis et sur un grand nombre d'économistes qu'il convient de réunir sous l'appellation “école de Harvard”. La concentration industrielle entraînant une perte économique, il convenait d'appliquer une politique de la concurrence lorsqu'un certain niveau de concentration était atteint.

Les analyses récentes reconnaissent que les comportements stratégiques des firmes sont aussi en mesure de façonner les structures marchandes à leur avantage. Les travaux de Scherer (1993) sur les barrières à l'entrée ont introduit une dimension dynamique par le truchement d'une relation de causalité multidirectionnelle. Ceci signifie que les comportements des entreprises peuvent, par rétroaction, agir sur les structures des marchés, les conditions de bases du marché et la performance économique tout autant que les structures du marché affectent les comportements des entreprises et la performance des marchés. Les barrières à l'entrée permettent alors à une firme de restreindre les choix, les stratégies et la performance de ses concurrents,

actuels et potentiels. Les instruments stratégiques²⁷, ou les sources de pouvoir de marché d'une firme, sont divers: la publicité, la différenciation du produit, l'usage de marques et de brevets, l'existence de capacités excédentaires, l'intégration verticale qui réduit les coûts de la firme ou augmente les coûts des concurrents actuels et potentiels, la présence de coûts irrécupérables à la sortie, et la constitution de niches stratégiques (Caves et Porter, 1977). Ainsi, d'une part, une structure industrielle concentrée comporte le danger de voir se constituer des positions dominantes en raison des barrières à l'entrée et d'autre part, les entreprises sont en mesure d'influencer, par leurs comportements stratégiques, les structures industrielles, d'ériger des barrières à l'entrée et d'agir sur les structures industrielles. Ceci implique une séquence causale comportement/structure/performance alors que l'approche de Bain portait surtout sur la causalité structure/comportement/performance²⁸. L'approche de Bain condamne la concentration puisqu'elle génère des comportements abusifs et réduit l'efficience économique. Selon la relation comportement/structure/performance, les économistes se penchent sur les décisions et comportements des entreprises pour en dégager les effets sur les structures du marché et sur l'efficience. En comparaison, comme nous le verrons plus tard, l'école de Chicago aborde la problématique selon la séquence comportement/ performance/structure; les concentrations ne sont pas déterminantes, “l'efficience

²⁷ Sur ces instruments stratégiques et les sources de pouvoir de marché d'une firme, voir Encoua et al. (1986), Geroski et Jacquemin (1984); Bain (1986); Jacquemin (1986); Acocella (1992); Malcolmson (1984); et, Cowling et Sugden (1987).

²⁸ Cependant, il y a aussi chez Bain la notion de barrières stratégiques et non seulement une conception naturelle des barrières suivant la causalité séquentielle structuraliste traditionnelle et unidirectionnelle, soit conditions de base du marché/structure du marché/conduite des entreprises/performance.

économique modifie, selon cette école de pensée, les structures de marché et ces dernières ne sont pas censées déterminer mécaniquement ni les comportements ni les résultats (Bienaymé, 1998, p. 323).

En somme, le premier courant met l'accent sur les structures de marché, le pouvoir et les comportements stratégiques des entreprises. L'intérêt principal de ces approches est de reconnaître les asymétries entre les firmes dominantes et leurs concurrents. Les considérations de pouvoir et de domination situées dans un contexte de rivalité oligopolistique sont centrales; une firme dominante est une firme qui a su, à travers le temps, développer des avantages face à ses concurrents (Hay et Vickers, 1987).

Malgré l'efficacité économique qu'elles peuvent entraîner, les stratégies des entreprises visent premièrement à "vaincre", à empêcher et à réduire la concurrence. Ainsi, les avantages oligopolistiques que peuvent procurer l'amélioration de l'efficacité de l'entreprise doivent compter stratégiquement, c'est-à-dire qu'ils doivent permettre à une firme de défendre ou d'améliorer sa position sur le marché. Les gains en efficacité n'interviennent pas automatiquement comme la cause ou la conséquence d'une position dominante; ils découlent souvent de l'exercice d'un pouvoir de marché en vue de monopoliser les marchés. Le concept de concurrence ne peut donc correspondre à la notion de libre concurrence puisque la dynamique concurrentielle procède à partir de la négation de la concurrence; elle est, par définition, déloyale, pour reprendre Jacquemin,

Le jeu consiste à coopérer avec ses rivaux dans des domaines d'intérêt commun tout en maintenant la concurrence au stade du produit fini; à éléver des barrières crédibles contre les nouveaux joueurs susceptibles de pénétrer le marché; à contrôler des produits qui pourraient se présenter comme des substituts par rapport à l'activité propre; à se concentrer en vue d'accélérer le processus d'apprentissage; à modifier ses rapports de force à l'égard des fournisseurs comme à l'égard des clients; à accroître les

coûts de certains intrants pour les concurrents, au moyen de contrats à long terme ou par le contrôle d'opérations amont; à affecter les rapports de force en lançant des offensives stratégiques et en anticipant le changement. (Jacquemin, 1991, p.7)

Ce premier courant d'approches est donc généralement méfiant face à la possibilité de faire reposer l'organisation industrielle sur le marché et les firmes. La politique de la concurrence constitue, selon l'expression de Jacquemin, un “mécanisme de sélection” alternatif et complémentaire qui peut garantir la réduction des imperfections de marché et neutraliser les comportements stratégiques des acteurs qui visent à exploiter et à créer de telles imperfections.

Dès l'instant où les structures productives et d'organisation ne résultent pas d'une sorte de nécessité naturelle et où les relations de pouvoir dans un contexte de rareté sont placées au centre de la réflexion, on est également amené à étudier les instruments susceptibles d'assurer, au sein de nos économies décentralisées, une meilleure convergence entre intérêts particuliers et intérêt général. C'est notamment le rôle des politiques de concurrence et des politiques industrielles. (Jacquemin, 1985, p. 185.)

En général, ces approches prônent une politique de la concurrence fondée sur un bilan concurrentiel, ce qui signifie que l'application de la politique de la concurrence devrait seulement considérer les effets des pratiques des entreprises sur la concurrence. Les approches du deuxième courant nient la nécessité de faire intervenir la politique de la concurrence ou elles favorisent l'introduction des objectifs d'efficacité économique et de nouvelles méthodes pour appréhender la dynamique concurrentielle qui facilitent la justification des situations monopolistiques. Voyons les principes et les concepts de ces approches.

2. Deuxième courant: évolution et efficacité

Pour réinventer le fondement théorique du libre-échange et de la libre entreprise en présence d'imperfections de marché, il faut suivre la “longue trajectoire qui conduisait à justifier comme “naturelles”, dans le cadre de la théorie néo-classique, certaines conditions de monopole” (Bianchi, 1991, p. 20). Cette trajectoire “naturaliste” ou “évolutionniste” prend ses origines dans une certaine lecture de Smith et dans le darwinisme social de Spencer. Dans la perspective évolutionniste, la croissance de l'entreprise et les phénomènes de concentration économique sont perçus comme la conséquence de l'adaptation des entreprises face aux contraintes de l'environnement économique - tantôt en rapport avec les contraintes de développement technologique et technique, tantôt en rapport avec les diverses imperfections - dites “naturelles” - de marché. Il serait donc indésirable de limiter la concentration économique puisque ceci reviendrait, somme toute, à s'opposer au progrès économique et à punir les pratiques les mieux adaptées à l'évolution du contexte concurrentiel.

Nous avons déjà mentionné que Schumpeter a replacé la dynamique concurrentielle dans le contexte du développement historique du capitalisme et que Hayek a introduit les idées du marché en tant que processus de découverte et d'un ordre spontané. Leur influence se retrouve dans les approches du deuxième courant qui tentent de renouveler les fondements du laissez-faire et qui trouveront leur expression la plus radicale et influente dans les travaux de l'école de Chicago. Cependant, ce sont principalement les travaux de Coase qui constituent la source d'inspiration la plus importante en ce qui concerne les liens entre les firmes et le marché puisqu'ils ont permis de rompre avec la représentation de la firme comme une boîte noire et de reconnaître que l'utilisation des ressources est déterminée par les décisions

administratives prises au sein de la firme et non seulement par les transactions sur le marché.

Williamson (1975) a développé la théorie de Coase sur les coûts de transaction. Selon cet économiste, le marché échouerait en tant que principe organisateur des activités économiques en raison: 1) des externalités créées par l'opportunisme; 2) de la rationalité limitée des acteurs; 3) de l'incertitude; et, 4) du petit nombre d'intervenants dans une transaction. Il a aussi développé la notion de préférence entre marché externe et hiérarchies internes dans la coordination des transactions de la firme. Ce sont là les fondements des théories de l'internalisation qui s'intéressent particulièrement au processus d'internalisation des rapports marchands au sein des firmes.

Les théories de l'internalisation favorisent une approche en droit de la concurrence fondée sur un bilan économique intégrant les multiples conséquences des stratégies des entreprises pour relativiser les atteintes à la concurrence. Ainsi, la position de Williamson (1968, 1977, 1987) sur l'application des politiques de la concurrence consiste à proposer le remplacement du bilan concurrentiel par un bilan économique qui comparerait les effets anticoncurrentiels qui affectent le bien-être social et les gains en efficience. Dans la mesure où, dans un contexte de marché imparfait, la concurrence entre des unités indépendantes n'est pas un mécanisme qui peut assurer automatiquement l'efficacité économique, il semble raisonnable d'abandonner les objectifs concurrentiels et de considérer de manière positive les gains en efficacité qui résultent de l'intégration corporative. L'intervention corrective serait justifiable lorsque les effets sur l'efficacité ne compensent pas les pertes au niveau concurrentiel.

Les pratiques restrictives et les gains en efficience affectent, tous les deux, le bien-être social dans un sens et des proportions différentes selon le cas. Ceci signifie que la politique de la concurrence ne doit pas procéder à partir d'interdictions formelles (*per se*) mais qu'elle devrait plutôt adopter des mesures d'interdiction suivant la “règle de raison”. Selon cette méthode d'interprétation des lois, les juges doivent utiliser le droit de la concurrence en tenant compte des objectifs d'efficacité économique dans la mesure où ces derniers ne sont pas nécessairement maximisés par une plus grande concurrence sur le marché.

L'idéal-type de la concurrence, c'est-à-dire la rivalité entre une multiplicité d'entreprises indépendantes, n'est plus qu'un moyen pour atteindre des objectifs de progrès économique et d'organisation optimale. Ainsi, des considérations traditionnellement reliées à la politique industrielle s'infiltrent au sein des politiques de la concurrence au détriment de l'importance attribuée au bilan concurrentiel. Dans cette perspective théorique,

(...) les grandes organisations se voient reconnaître une plus grande efficacité, non seulement de tirer pleinement parti des économies de production, mais également de substituer des relations internes efficaces à des relations externes marquées par de mauvaises informations. La position de Williamson en matière de politique antitrust, et plus particulièrement vis-à-vis du caractère acceptable d'une fusion qui réduit la pluralité décisionnelle du système, se fonde sur la possibilité de comparer les pertes de bien-être social consécutives au passage d'une situation concurrentielle à une situation monopolistique avec les gains d'efficacité issus de la fusion de plusieurs unités en une seule unité de grande dimension. (Bianchi, 1991, p. 21)

L'attitude favorable envers la concentration économique s'est imposée durant les années 70 avec l'influence grandissante de l'école dite “de Chicago-UCLA” qui reliait concentration et efficacité au point de nier les effets anticoncurrentiels de la

concentration. Certains ont affirmé qu'il existait une correspondance automatique entre les structures réelles de marché et l'optimum de premier rang de la concurrence parfaite (McGee, 1974), tandis que d'autres ont considéré peu probable que les structures réelles ne constituent pas la forme la plus économique d'organiser ou d'allouer les ressources (Baumol et Fischer, 1978). La concentration industrielle ne pose donc aucun danger puisque les positions dominantes des entreprises reflètent leur efficacité supérieure et non l'exercice d'un pouvoir de marché ou l'existence de barrières à l'entrée (Demsetz 1973, 1982a et 1982b). En outre, la robustesse du processus concurrentiel est affirmée; même les ententes et la collusion entre entreprises sont jugées inoffensives en raison de la nature fragile, et donc temporaire, de ces arrangements qui requièrent une convergence d'intérêts corporatifs difficilement soutenable à long terme. Dans une optique qui peut être qualifiée de "spencerienne", puisqu'elle intègre l'idée que le pouvoir de monopole ou les profits anormaux sont le résultat d'une performance économique supérieure, le processus concurrentiel s'apparente à un mécanisme de sélection naturelle à travers lequel, dans un environnement économique donné, les plus aptes s'imposent. Puisque les liens entre la concentration et l'efficacité sont automatiques, il n'est plus nécessaire d'avoir recours au bilan économique; il ne s'agit que de suspendre l'application de la politique de la concurrence et de "laisser-faire". L'intervention publique peut, par ailleurs, provoquer les effets qu'elle tente de prévenir, c'est-à-dire, l'inefficacité et la réduction des innovations et de la concurrence. En réagissant à l'augmentation de la part de marché des entreprises, l'État provoquerait une résistance corporative à la suppression des coûts et à l'amélioration de la capacité productive en punissant les entreprises les plus performantes.

Le noyau dur de “Chicago” reste la conviction selon laquelle la concurrence, là où elle n'est pas entravée “institutionnellement”, est suffisante en elle-même pour garantir le progrès social, en laissant émerger les plus aptes à la survie. Ce qui transparaît dans cette position, défendue par Stigler, par Demsetz, mais aussi par de nombreux adeptes, anciens et nouveaux, ce n'est pas tant une influence smithienne, mais plutôt l'ancienne trace évolutionniste spencérienne et, à travers elle, une relecture de Smith tirée vers l'exclusion de toute intervention publique. (Bianchi, 1992, p. 12.)

D'un autre point de vue, une nouvelle conception de la dynamique concurrentielle fut introduite par la théorie dite de la “contestabilité” des marchés. Cette théorie a fait resurgir la question des barrières à l'entrée mais dans une perspective qui a supporté l'assouplissement du droit de la concurrence. Selon la théorie des marchés contestables, la concentration économique n'affecte pas le processus concurrentiel en raison du rôle de concurrence potentielle sur les marchés (Baumol et al, 1982). Un marché contestable est défini par: 1) la condition de Stigler (1982) selon laquelle l'absence de barrières à l'entrée serait déterminée par la similarité de conditions de coûts pour les firmes établies et les concurrents potentiels²⁹; et, 2) une situation où les concurrents potentiels ont la possibilité d'entrée et de sortie sans coûts irrécupérables. Le bilan concurrentiel ne doit donc pas être axé sur l'analyse des structures de marchés mais sur les possibilités d'entrée et de sortie. Paradoxalement, la théorie des marchés contestables a réintroduit la rivalité dans l'analyse des situations de concurrence imparfaite pour aboutir à une conception de la concurrence qui intègre le monopole. La concentration industrielle - voire l'absence de concurrence

²⁹ Contrairement à Bain, Stigler a une vision plus étroite des barrières à l'entrée; elles n'incluent pas, par exemple les économies d'échelle. Il ne considère que les barrières qui restreignent spécifiquement l'entrée de nouvelles firmes; elles doivent être distinctes de celles auxquelles ont fait face les firmes établies lors de leur entrée.

- n'est pas incompatible avec la contestabilité des marchés; il suffit de déterminer si la concurrence est possible et non qu'elle existe puisque dans un marché contestable, la possibilité d'entrée d'un concurrent a un effet disciplinaire sur les entreprises dominantes. Les firmes adoptent des prix qui coïncident au coût marginal de production pour éviter l'entrée de concurrents potentiels³⁰. La théorie des marchés contestables suggère ainsi la possibilité d'atteindre un optimum de premier rang malgré un niveau élevé de concentration économique.

L'impact normatif de ce deuxième courant d'idées est considérable puisque l'on en vient à justifier l'assouplissement des politiques de la concurrence face à la concentration économique pour les avantages qu'en tire la collectivité (Posner, 1974, 1976). Des idées très fortes sont ainsi avancées: d'une part, la politique de la concurrence doit être orientée vers les objectifs d'efficacité, ce qui implique la suspension de son application, ou du moins, l'inclusion d'un bilan économique pour permettre la défense d'efficacité et, d'autre part, l'analyse des effets sur la concurrence doit prendre en considération la contestabilité des marchés. Dans cette perspective, la politique de la concurrence n'a pas à avoir d'orientation structurelle; la tâche de l'État consiste à garantir que la concurrence sur le marché soit libre d'entraves institutionnelles. En outre, ce courant d'idées a aussi souligné le danger que l'intervention de la politique de la concurrence réduise la capacité d'adaptabilité des

³⁰ Il est intéressant de noter que la contribution de Baumol visait à défendre le maintien du monopole d'AT&T et que ce n'est que par la suite que la théorie des marchés contestables prit une orientation résolument néo-libérale. Pour Baumol, le monopole d'AT&T était acceptable; le problème était plutôt relié à la présence de concurrents sur des segments de marché concurrentiels, notamment sur le marché des services interurbains.

entreprises ou qu'elle serve certains intérêts corporatifs spécifiques en cherchant à défendre le processus concurrentiel, auquel cas celle-ci deviendrait à toutes fins pratiques contre-productive.

À partir des années 70, l'influence de l'école de Chicago s'est traduite par la réduction des interventions des États en matière de concurrence³¹. La globalisation des marchés a d'ailleurs renforcé la justification du processus de monopolisation de deux façons: 1) il est suggéré que les entreprises doivent atteindre des tailles d'efficience plus grande afin d'être compétitives au sein d'industries globales; et, 2) puisque les marchés pertinents s'élargissent, notamment en raison de la libéralisation des échanges, les dangers de la concentration industrielle sur le plan national sont perçus comme étant moins importants³². Ceci nous transporte véritablement dans les débats économiques actuels sur la concurrence. En effet, les débats économiques sur la concurrence ont dépassé l'espace national lorsque les économistes ont tenté d'expliquer le phénomène le plus marquant du développement du capitalisme au 20ième siècle, la firme multinationale. Avant d'aborder ces débats, une conclusion s'impose sur les deux courants d'idées et d'approches qui ont été présentés ci-dessus.

³¹ Voir Mueller (1986) pour une discussion critique de l'impact de l'école de Chicago.

³² Il faut souligner l'importance de la définition des aires de marché servant à évaluer le degré de concentration industrielle. Une définition très large des marchés pertinents, par produits et géographiquement, sous-estime probablement les dangers de monopolisation des marchés.

3. Conclusion sur les deux courants d'approches

Les deux courants d'approches se distinguent par l'importance accordée, d'une part, aux considérations d'efficacité des entreprises face à des conditions données ou, d'autre part, à la capacité des entreprises de répondre de façon stratégique aux pressions concurrentielles, “en partie par amplification des imperfections de cet environnement aux dépends des concurrents” (Jacquemin, 1989, p. 15). Le tableau I permet de catégoriser les comportements des entreprises.

Tableau I: Matrice des déterminants de l'action des entreprises		
	Efficacité	Stratégie
Production	facteur d'efficience productive	barrières à l'entrée
Organisation	recherche d'efficacité organisationnelle	modes d'organisation visant à agir sur les firmes rivales

Source: à partir de Jacquemin (1989)

La politique de la concurrence se retrouve ainsi dans une zone grise. En passant de l'idéal de la concurrence vers la notion de concurrence “praticable” ou “effective”, les critères d'acceptabilité des pratiques corporatives se sont considérablement élargis, ce qui rend l'analyse plus complexe. La concurrence n'est pas une fin en soi - la politique de la concurrence est en effet tout autant une politique qui limite le rôle de la concurrence et détermine le degré acceptable de “monopolisation” qu'une politique vouée à orienter la réalité économique vers l'idéal de la concurrence. Ainsi, certains diront justement que “l'objet de la politique de concurrence est la monopolisation, c'est-à-dire le processus de réduction de la multiplicité décisionnelle caractérisant le marché” (Bianchi, 1992, p. 22).

Bienaymé (1998) distingue quatre camps en ce qui a trait au rôle du droit de la concurrence. Les deux premiers sont favorables au droit de la concurrence.

L'approche structuraliste se méfie du pouvoir des entreprises et de la concentration économique et supporte un droit de la concurrence rigoureux essentiellement fondé sur les aspects concurrentiels. L'approche qui s'inspire des théories de l'internalisation propose un droit de la concurrence fondé sur un bilan économique dans la mesure où la concentration n'est pas automatiquement néfaste puisqu'elle peut être accompagnée de gains en efficience.

Les deux autres camps sont ouvertement hostiles au droit de la concurrence.

Premièrement, certaines approches, comme celle de Demsetz, affirment que le droit de la concurrence est “inutilement répressif et comme tel nuisible” (Bienaymé, 1998, p 324). La concentration correspond à une situation où certaines entreprises s'imposent avec une capacité de gestion et une efficience supérieure. Deuxièmement, les “industrialistes”, de Zysman à Thurow, favorisent plutôt l'utilisation d'une politique industrielle interventionniste et l'harmonisation des règles de concurrence au niveau international dans la mesure où la discipline concurrentielle imposée dans un pays peut être un désavantage pour les entreprises nationales en concurrence avec des entreprises étrangères.

Dans les années 60, l'approche structuraliste fut prédominante. L'influence de l'article de Coase par l'entremise de Williamson a remis en cause la priorité accordée aux considérations structurelles. Le droit de la concurrence allait progressivement intégrer les aspects d'efficience. À partir des années 80, l'influence de l'école de Chicago et de la théorie des marchés contestables a été phénoménale, surtout aux

États-Unis. Toutefois, les idées avancées ne sont pas validées par une démarche empirique et elles comportent des failles importantes au niveau théorique. En ce qui concerne la théorie des marchés contestables, aucune étude n'a permis de vérifier qu'un marché libre d'entraves institutionnelles est un marché contestable. Par ailleurs, le concept d'entrée et de sortie au sein d'une industrie qui sert à évaluer la concurrence potentielle est très ambigu. En ce qui concerne les théories de l'internalisation, leur argument central est circulaire: en effet, si une firme remplace le marché lorsqu'il existe des coûts de transactions, on déduit la présence de coûts de transactions par l'acte d'internalisation des entreprises. Aussi, les théories de l'internalisation reconnaissent la rationalité limitée des acteurs économiques tout en suggérant que la firme procède à une décision rationnelle entre l'option d'acheter et de vendre des produits intermédiaires et celle de contrôler elle-même la production des produits intermédiaires sur la base d'une comparaison entre les coûts de transaction sur le marché et ceux des échanges internes. Plus généralement, plusieurs études ont contesté le lien entre les entreprises de grande taille et une meilleure performance économique (Mueller, 1989; Jacquemin, 1986, 1989); elles ont montré que l'intégration horizontale est très importante, ce qui suggère que la concentration industrielle coïncide avec des objectifs stratégiques plutôt qu'avec des objectifs organisationnels. Mais la plus importante critique que l'on puisse faire à l'égard des théories favorables à la grande entreprise est qu'elles nient que l'objectif principal des entreprises s'inscrit dans le cadre de stratégies visant à protéger et à accroître leur part du marché. Toute conceptualisation de la concurrence doit, à notre avis, reconnaître que si les entreprises tentent de s'adapter au processus concurrentiel, elles visent aussi à le maîtriser.

Quel doit donc être le rôle du droit de la concurrence? Nous assistons, dans les années 90, à une certaine revitalisation de l'action antitrust. Toutefois, le préjugé favorable à la grande entreprise et aux analyses "cas par cas" restent prédominantes. La globalisation des marchés renforce ce préjugé. Il est suggéré que les entreprises doivent atteindre des tailles d'efficience plus grande afin d'être compétitives au sein d'industries globales et que, puisque les marchés pertinents s'élargissent, notamment en raison de la libéralisation des échanges, les dangers de la concentration industrielle sur le plan national sont peu importants. Certains ont d'ailleurs suggéré que la concurrence pouvait paradoxalement réduire la contestabilité des marchés (Davies, Lyons et al., 1996). Ainsi, pour favoriser la contestabilité des marchés dans un contexte de globalisation économique, il faudrait donc paradoxalement s'éloigner de marchés concurrentiels au niveau national et laisser libre cours à la concentration industrielle. Par ailleurs, non seulement les frontières géographiques deviennent plus fluides mais au niveau de la définition des produits concurrents, des modifications industrielles importantes viennent actuellement remettre en cause les catégories industrielles "traditionnelles" (Delapierre et Mytelka, 1997).

Les politiques de la concurrence mettent de plus en plus d'emphase l'impact des lois sur l'efficacité des entreprises et la contestabilité des marchés. D'un côté, il s'agit de ne pas faire obstacle aux restructurations, et de l'autre, de miser de plus en plus sur le rôle pro-actif des politiques économiques en vue de favoriser l'efficacité et la contestabilité des marchés (libre-échange, réduction des barrières à l'investissement international et déréglementation). Il est d'ailleurs significatif de constater que, depuis quelques années, le concept de contestabilité des marchés est maintenant utilisé pour évaluer les conditions d'entrée de la concurrence étrangère (Lawrence, 1996), ce qui

implique “a broader policy-focus, and draws attention to the role played by trade and investment policy, government regulation, technology policy, government procurement, corporate governance, standard setting and tax policies in achieving contestable markets” (CNUCED, 1997, p. 127). La signification de la contestabilité des marchés coïncide de plus en plus avec les possibilités d'accès au marché des entreprises étrangères.

En réalité, nous découvrons que l'orientation nationale des politiques de la concurrence n'est plus adéquate en raison de l'impact considérable des conditions de la concurrence qui prévalent en dehors des cadres nationaux de réglementation de la concurrence. Ceci nous amène sur le terrain des débats sur la concurrence dans une perspective globale. La fin du mythe de la concurrence parfaite dans l'espace national consiste à reconnaître l'écart entre la réalité de la concurrence dans les situations économiques concrètes et les modèles économiques orthodoxes. La concurrence, “loin d'être le régulateur suprême et idéal de l'activité, est devenue par un curieux retournement de situation, objet de régulation” (Bienaymé, 1998, p. 25). Les débats économiques ont porté sur le développement de nouvelles approches autour de la notion de concurrence imparfaite. Le constat que nous dégageons est que, d'une part, les entreprises tentent non seulement de s'adapter au processus concurrentiel, mais aussi de le maîtriser, et que d'autre part, l'influence des arguments néo-libéraux sur l'analyse du processus concurrentiel ont paradoxalement permis aux États, eux-mêmes, de justifier le processus de monopolisation. Nous retenons un concept de concurrence qui reconnaît le pouvoir des entreprises et l'importance de l'encadrement juridique et politique qui expose l'acceptabilité des pratiques corporatives et de la concentration des marchés.

Tournons-nous maintenant vers les débats actuels qui s'inscrivent dans une nouvelle perspective; celle d'une nouvelle économie caractérisée par l'émergence d'industries globales.

D. Vers les nouveaux débats sur la concurrence

Les débats actuels sur la concurrence portent de plus en plus sur l'impact de la globalisation économique. Il est significatif de constater que l'idée de la globalisation économique provoque une remise en cause du droit de la concurrence dans la plupart des pays industrialisés. Généralement, la centralité du droit de la concurrence sur l'arbitrage des intérêts des producteurs et des consommateurs est reléguée au second plan derrière les objectifs d'efficacité et de compétitivité des entreprises et l'on suppose que la concurrence internationale et le développement technologique garantissent la contestabilité des marchés. L'hypothèse de base tient principalement à cette idée que le libre-échange favorise la concurrence - ou plutôt, la contestabilité des marchés - et qu'ainsi, la meilleure politique pour favoriser une concurrence effective consiste à libéraliser les échanges. Cette hypothèse a toutefois fait l'objet de débat considérable.

Comment mettre en place le libre-échange alors que les hypothèses de base sont pulvérisées par la réalité des échanges internationaux? Le libre-échange peut-il trouver une justification malgré les imperfections du marché? Force est de constater que "le thème de la supériorité du libre-échange s'est imposé dans la littérature sur le commerce international à partir des postulats fondamentaux du paradigme classique et

néo-classique” (Bienaymé, 1998, p. 255). Mais les avantages comparés cédant désormais la place aux avantages compétitifs, la version classique de la thèse libre-échangiste est remise en cause. Le problème de fond est à la fois relié aux comportements des entreprises et aux incidences de la division de l'espace marchand en nations. Ces dimensions du problème sont étroitement liées mais la théorie orthodoxe de l'échange international se soucie surtout des pratiques des États.

Suite à la seconde guerre mondiale, l'ordre économique international, largement inspiré des idées keynésiennes, misera sur le développement d'une économie internationale fondée sur l'interventionnisme des États pour garantir les conditions nécessaires au développement des échanges internationaux et sur la mise en place d'institutions économiques internationales. L'expression de Mayall citée par Gilpin (1987), “Smith à l'extérieur et Keynes à l'intérieur”, capture l'essentiel du compromis de la communauté internationale; elle signifie que la mise en place d'un ordre international libéral dépendait de la possibilité qu'ont les États d'adopter des politiques macro-économiques au niveau national tout en laissant les marchés se développer sans contrôle (Deblock, 1992).

Le pari qu'a fait la communauté internationale fut de construire le système multilatéral sur la double hypothèse suivante: la cohérence d'un ordre issu de la juxtaposition des ordres nationaux et la robustesse du processus concurrentiel à l'échelle internationale face aux pratiques des acteurs privés. Toutefois, ce qui apparaîtra de plus en plus clairement est que le “nouvel ordre économique international ne peut passer ni par le seul jeu des marchés ni par le seul jeu des États” (Deblock et Hamel, 1994, p. 35). En

effet, les États ne sont pas les seuls acteurs sur la scène internationale et les marchés ne fonctionnent pas selon les hypothèses du modèle orthodoxe.

Les débats économiques tenteront premièrement d'expliquer le développement des firmes multinationales et d'en saisir l'impact au niveau des échanges internationaux et ils n'attribueront que peu d'importance aux États et à l'environnement institutionnel des entreprises. Cependant, dans les années 80, les débats seront réorientés vers les États-nations et les espaces nationaux. Plus récemment, les débats portent essentiellement sur l'interface État-marché-entreprise dans une perspective globale. Le constat que nous dégagerons de ces débats est que les firmes et les États détiennent, chacun à leur façon, un pouvoir de marché considérable sur lequel bute actuellement l'ordre économique international.

1. De la théorie de l'échange international aux théories de la firme multinationale (FMN).

La pensée libérale a longtemps affirmé les vertus du libre-échange. Toutefois les débats sur la théorie de l'échange international, et principalement ceux qui ont été soulevé par la multinationalisation des entreprises, ont remis en cause les arguments en faveur du libre-échange. Les échanges internationaux ne sont pas conformes aux prédictions de la théorie orthodoxe de l'échange international et l'écart entre la théorie et la réalité ne peut être exclusivement expliqué par les comportements irrationnels des États. Trois grands problèmes sont posés: 1) les échanges internationaux entre des nations peu différenciées au niveau des dotations factorielles sont très importants; 2) les échanges internationaux prennent souvent la forme de commerce intra-branche,

ce qui contredit la vision libérale de la spécialisation internationale; et, 3) le rôle des FMN est considérable, ce qui remet en cause l'idée que l'échange international est essentiellement un échange entre États.

Léontief (1953) a été l'un des premiers à se pencher sur les faiblesses de la théorie de l'échange international. Il avait constaté que la structure commerciale des États-Unis contredisait la théorie de l'échange international; les exportations américaines étaient intensives en travail et non en capital. Il expliqua ce paradoxe par les qualifications des travailleurs américains. Il a lancé un programme de recherche sur le contenu technologique des produits qui a permis l'émergence de modèles théoriques pour expliquer le développement de l'investissement international. Vernon (1966) suggérera ensuite que les firmes américaines pouvaient bénéficier, pour un temps donné, d'un avantage absolu vis-à-vis des firmes étrangères pour expliquer l'accumulation des excédents commerciaux américains vis-à-vis de l'Europe et le développement des investissements directs internationaux (IDI) américains en Europe. Le modèle de Vernon admet l'existence de différentes fonctions de production entre les entreprises en fonction de leur origines nationales³³. Il s'articule autour du concept micro-économique du cycle du produit et de l'écart technologique entre les nations pour expliquer le passage de la production nationale à l'exportation

³³ Pour cette raison certains auteurs, parmi lesquels, Michalet (1990) et Jacquemot (1990), qualifieront son modèle de néo-ricardien. Selon Ricardo, l'échange dépend des différences entre les fonctions de production (productivité du travail), tandis que le modèle HOS s'articule autour des différentes dotations en facteurs (fonctions de production étant similaires). Le modèle de Vernon procède à partir d'un bien néo-ricardien, au sens où il est intensif en technologie, qui devient, au cours du cycle du produit, un bien HOS lorsque la technologie se standardise.

d'un produit jusqu'à la localisation de la production à l'étranger en cinq étapes successives: innovation ou conception; lancement; standardisation; maturité; déclin.

- Innovation ou conception: Les variables macro-économiques telles que la structure de la demande, les efforts en R&D et la structure du marché permettent l'innovation ou la conception de nouveaux produits.
- Lancement: Compte tenu de la faible élasticité de la demande pour ce produit et le haut niveau des revenus, les coûts de production ne sont pas déterminants dans le pays innovateur.
- Standardisation: la production locale permet des gains d'économies d'échelle alors que le produit atteint une certaine maturité et l'exportation est possible.
- Maturité: les coûts de production deviennent une variable déterminante, et c'est au moment où les coûts à l'importation deviennent plus élevés que les coûts de production à l'étranger qu'il y a délocalisation de la production.
- Déclin: le pays innovateur importe ensuite le produit du pays "imitateur".

L'avance technologique dont profitent certaines firmes s'explique par les variables macro-économiques des pays exportateurs. Les avantages compétitifs des firmes sont dérivés de déterminants spécifiques à leur pays d'origine. L'exportation est remplacée par la licence et plus tard, par les IDI lorsque la demande à l'étranger se développe et que la standardisation de la production le permet; c'est ainsi qu'à la fin du cycle, un pays exportateur à l'origine peut devenir importateur.

L'intérêt de ce modèle est d'intégrer l'investissement international et de spécifier les facteurs de localisation qui influencent les avantages des entreprises sur le plan commercial et des IDI. Les déterminants de localisation mis en évidence par Vernon

permettent de mettre en lumière le rôle de l'environnement au sein duquel les entreprises se développent. Implicitement, son modèle introduit la firme dans la théorie du commerce international. Il faut souligner le mot “implicitement” puisque si la firme est plus qu'une boîte noire, Vernon explique toutefois les avantages d'une entreprise en fonction de son origine nationale.

La portée explicative de ce modèle sera considérablement réduite au cours des années 60 et 70. D'une part, en raison de l'érosion des différences entre les États-Unis, l'Europe et le Japon qui favoriseront le développement d'IDI croisés, l'hypothèse de l'écart technologique ne tiendra plus. D'autre part, ce modèle n'admettait pas que les pays d'accueil, puisqu'ils sont nécessairement imitateurs, puissent procéder à l'adaptation technologique ou à la production immédiate pour fin d'exportation, ce qui fut le cas de plusieurs pays. Vernon a proposé une seconde version de son modèle - le cycle oligopolistique - qui a accordé plus d'importance au pouvoir structurant des entreprises et qui a permis d'expliquer les croisements d'IDI et de prendre en considération les facteurs stratégiques. Ce nouveau modèle se résume comme suit: les États-Unis ayant perdu leur avantage compétitif, les firmes multinationales (FMN) ont recours à des barrières à l'entrée au niveau de la commercialisation et de la distribution. Pour développer son argument, il introduit trois types d'oligopoles successifs (innovateur, mûr et vieillissant): l'oligopole innovateur se caractérise par l'importance des coûts de production et de différenciation du produit; l'oligopole mûr, par le recours aux barrières à l'entrée, les économies d'échelle et la cartellisation; et, l'oligopole vieillissant, par la concurrence en fonction des prix.

Avec ce modèle, Vernon rompt définitivement avec les théories du commerce international qui s'intéressent aux produits échangés (cycle du produit) pour se concentrer plus spécifiquement sur la firme et les structures oligopolistiques (cycle oligopolistique): d'un monde composé de nations, on se tourne vers un monde composé de firmes. Les développements théoriques ultérieurs accorderont plus d'importance aux avantages spécifiques à la firme plutôt qu'aux avantages découlant de leur localisation. C'est Hymer (1968, 1976), sur la base des théories alternatives de la firme, qui a véritablement ouvert le débat relatif au rôle structurant de la FMN³⁴.

Alors que Vernon procédait à partir des insuffisances des théories de l'échange international, les travaux de Hymer découlaient de son insatisfaction vis-à-vis de la théorie orthodoxe de la firme. Hymer s'est posé la question suivante: étant donné que les firmes nationales ont un avantage sur leur marché et qu'il existe des barrières considérables aux échanges internationaux, comment se fait-il que certaines firmes puissent s'imposer à l'étranger? S'inspirant des travaux de Bain (1956) sur les barrières à l'entrée, et de ceux de Chandler (1962) sur les rapports entre les stratégies et l'organisation de la firme, Hymer a mis l'emphase sur les avantages monopolistiques (économies d'échelle, différenciation du produit, etc...) pour trouver une explication à la multinationalisation des entreprises. *Ex-ante*, les firmes nationales augmentent leur part de marché domestique par le biais de fusions ou par l'expansion interne pour ensuite développer leur opérations internationales lorsque les limites du marché domestique sont atteintes. L'investissement international n'apparaît plus

³⁴ Pour une discussion de la contribution de Hymer, voir Dunning et Rugman (1983); Del Monte et al. (1992); et, Pitelis et Sugden (1991).

comme un simple substitut aux échanges commerciaux, il s'agit d'un moyen d'exercer un contrôle direct sur la production et le fait d'y avoir recours doit nécessairement être expliqué en fonction de l'intérêt de l'exercice de ce contrôle direct.

Kindleberger et Caves ont aussi travaillé sur la notion d'avantages oligopolistiques des firmes multinationales³⁵. Ainsi, on invoque souvent la “tradition HKC”, c'est-à-dire Hymer-Kindleberger-Caves. Kindleberger (1970, 1973a et 1973b) a montré que les firmes développent des avantages spécifiques pour différencier leurs produits et desservir plusieurs marchés; elles peuvent aussi détenir un accès exclusif à certains facteurs; elles sont généralement capables de développer des économies d'échelle internes et externes; et, elles bénéficient souvent d'aides gouvernementales. Pour sa part, Caves (1977, 1982) a distingué quatre types de barrières à l'entrée: le coût du capital, les dépenses en R&D, les dépenses publiques et les économies d'échelles. En somme, la tradition HKC perçoit la multinationalisation en fonction du pouvoir de marché dont disposent les entreprises étrangères face à la concurrence locale. La reconnaissance des barrières à l'entrée érigées par les entreprises implique que l'optimum de Pareto n'est pas nécessairement atteint. Pour Hymer en particulier, l'internationalisation de la production, conséquence d'un processus d'intégration horizontale à travers lequel une firme accroît son pouvoir de monopole, n'est pas automatiquement compatible avec concurrence et efficacité économique. Il distingue l'efficacité des entreprises et celle de l'économie en général pour souligner que “the empirical evidence is not very helpful in deciding the degree to which large

international firms should be encouraged to reap the benefits on internal organization and exchange” (Hymer, 1971, p. 441)³⁶. Kindleberger et Caves partagent, de leur côté, une vision plus favorable aux FMN - les aspects stratégiques de rivalité-collusion sont nuancés par une prise en considération plus significative de l’efficacité des firmes multinationales³⁷.

Au début des années 70, les aspects stratégiques de la multinationalisation ont fait l’objet de plusieurs contributions de la part des économistes, notamment dans le cadre des travaux de Vernon sur le cycle de l’oligopole, ainsi que dans celui des travaux de Knickerbrocker (1973) ou de Graham (1978)³⁸. En général, ces travaux ont porté sur la nature défensive des stratégies des entreprises; autrement dit, sur le fait que les firmes visent à défendre leurs positions sur le marché plutôt qu’éliminer la concurrence, ce qui contribue à dissiper les inquiétudes face au pouvoir de marché des FMN. La dimension stratégique que l’on trouve dans l’oeuvre de Hymer est plus critique. Hymer considérait que la pénétration croisée des IDI était accompagnée

³⁵ Soulignons que ces deux auteurs préfèrent parler d’avantages oligopolistiques plutôt que d’avantages monopolistiques.

³⁶ Hymer définit la problématique en intégrant les dimensions sociales et politiques. Il note que “(...) the question of their efficiency (that of the multinational corporations) is a question of the efficiency of oligopolistic decision making, an area where much of welfare economics breaks down, especially the proposition that competition allocates resources efficiently and that there is a harmony between private profit maximisation and the general interest. Moreover, multinational corporations bring into high definition such social and political problems as want creation, alienation, domination, and the relationship or interface between corporations and national states (including the question of imperialism), which cannot be analyzed in purely “economic” terms” (Hymer, 1971, p. 441).

³⁷ Ces deux auteurs considèrent que les coûts de la monopolisation seront compensés par une plus grande efficacité dans la mesure où elle stimule la concurrence globale qui brise les monopoles domestiques et les barrières à la concurrence imposées par les gouvernements.

³⁸ Knickerbrocker, suivant les traces de Vernon, a expliqué l’entrée massive des IDI sur un marché en fonction d’une réaction défensive des firmes nationales concurrentes. Pour sa part, Graham a suggéré

d'une tendance vers l'interdépendance oligopolistique, voire vers la collusion entre les firmes³⁹. Certes, les firmes cherchent à préserver leurs positions relatives sur les marchés, et en ce sens, elles sont rivales, mais il existe aussi une tendance vers l'émergence d'une communauté d'intérêts à l'échelle mondiale qui favorise la collusion entre les firmes⁴⁰. L'extension des réseaux de collusion par les FMN tend vers le développement d'une structure globale de pouvoir libérée des contraintes macro-économiques nationales et des pouvoirs de régulation des États nationaux. Hymer a mis en lumière trois types de problèmes liés à la multinationalisation des entreprises: 1) la centralisation du pouvoir économique et le développement inégal; 2) l'unification des intérêts dominants déconnectés des formations sociales alors que s'accumulent les problèmes politiques, sociaux et économiques; et, 3) la rivalité oligopolistique et mercantiliste. La rivalité oligopolistique intéresse plus particulièrement notre discussion puisqu'elle fait intervenir les liens entre les pratiques des firmes et des États. Hymer prévoyait une lutte entre groupes américains, européens et japonais.

(...) the first round (the fifties and the sixties) went to the multinational corporation, the coming rounds (the seventies and eighties) will take quite a different course, as the arena shifts from economic integration to political battle. With the fall of the United States from its position of predominance, Europe and Japan may try to substitute some system for American hegemony. (Hymer, 1979, p. 93)

une dynamique de représailles pour expliquer les investissements croisés entre les firmes américaines et européennes qui recherchent un équilibre oligopolistique sur les deux marchés.

³⁹ L'approche de Hymer comporte une dimension stratégique importante malgré le fait que ce que l'on ait retenu de sa contribution est généralement son travail sur les avantages monopolistiques des entreprises, ce qui n'est qu'un aspect de la pensée de Hymer. Voir Pitelis et Sugden (1991) à ce sujet.

⁴⁰ Inspiré des travaux de Chandler (1962), Hymer trace des liens entre la structure des firmes multinationales et les nouveaux rapports de production et d'échanges. À la décentralisation décisionnelle se juxtapose une centralisation du contrôle et de la coordination des activités de la firme. La structure de la firme façonne ainsi la division internationale du travail.

L'équilibre serait atteint lorsque les FMN auront distribué leurs activités à l'échelle globale, ce qui aurait pour effet d'annuler l'importance de la localisation des entreprises pour le partage des marchés et assurerait une intégration économique fondée sur la coopération internationale. Jusqu'à ce moment, les intérêts privés liés au pouvoir des États-nations se livreraient une lutte oligopolistique intense. Il ajoute: Corporations argue that their freedom is limited by the outdated attempts of nations-states to control international exchange. (...) Defenders of the nation-state say that its sovereignty is limited by the ability of corporations to escape its regulations. (...) The conflict between corporation and nation-state takes place at the level of appearance. (Hymer, 1979, p. 141).

Nous reviendrons sur l'interface entre les États et les firmes à la fin de ce chapitre. Pour l'instant soulignons que les thèses de Hymer, et plus généralement l'approche HKC, ont été fortement critiquées par des économistes inspirés par la théorie de l'internalisation pour ne pas reconnaître les avantages spécifiques de la multinationalisation - plus spécifiquement les avantages associés à l'internalisation des activités transfrontalières⁴¹. Ainsi, à l'instar des débats entre les approches inspirées par les travaux de Coase et celle de l'école de Harvard, les débats sur la FMN confrontent les avantages oligopolistiques (O) aux avantages de l'internalisation (I).

⁴¹ Cependant, la tradition HKC prend en considération les avantages de type coasien. Par exemple, Hymer a utilisé un argument qui fait référence à l'internalisation pour expliquer la préférence pour un contrôle direct par la firme des activités basées à l'étranger. Par ailleurs, Caves a discuté des avantages spécifiques au contrôle de la firme sur les activités transfrontalières. Mais tout en admettant que les firmes font face à des impératifs sur le plan transactionnel, la tradition HKC préfère toutefois donner une plus grande importance aux avantages monopolistiques, à la recherche de profit et d'une meilleure position sur le marché des biens finis.

Les économistes du courant de l'internalisation, inspirés par les travaux de Coase et de Williamson, ont reproché à la tradition HKC de ne pas percevoir l'importance des imperfections naturelles qui limitent la performance des marchés internationaux et, par conséquent, de négliger les effets positifs de l'intégration corporative multinationale⁴². Selon eux, les FMN se substituent au marché international - elles le remplacent. Leur objectif n'est donc pas d'accroître leur pouvoir de marché, mais de réduire les coûts des opérations transfrontalières. Ainsi, ils accordent très peu d'importance aux avantages oligopolistiques. Certains auteurs, notamment Buckley (1992), admettront que les FMN sont capables de créer et d'exploiter les imperfections de marché mais, en règle générale, les hiérarchies institutionnelles qui se substituent au marché sont déterminées par des facteurs externes aux entreprises. Les imperfections du marché sont naturelles; elles sont inhérentes aux marchés puisque le monde néo-classique ne se réalise pas (Dunning et Rugman, 1985). Ainsi, la FMN n'est pas confrontée à ses rivales mais à une problématique de marché imparfait ou inexistant qui motive le processus de multinationalisation. La raison d'être des IDI se trouverait donc dans les avantages que peut dégager une firme de l'internalisation des transactions internationales et la FMN apparaît comme une institution de coordination hiérarchique des réseaux internationaux de production plutôt qu'un producteur qui opère sur le marché des biens finis.

En faisant abstraction des aspects stratégiques de la rivalité oligopolistique, les théories de l'internalisation ont contribué à justifier l'idée que les FMN organisent

⁴² Contributions importantes: Rugman (1981 et 1982), Buckley et Casson (1976 et 1985), Teece (1980).

l'économie mondiale de façon efficace et optimale. Ceci vient justifier le libre-échange sur de nouvelles bases micro-économiques, avec le résultat que l'efficacité d'un système économique mondial n'est plus fondée sur l'intégration des marchés par le libre-échange mais sur l'intégration corporative des grandes firmes multinationales. Elles sont teintées d'une normativité libérale qui suppose un lien positif et automatique entre la FMN, l'efficacité micro-économique et l'allocation optimale des ressources.

Ces théories ont le mérite d'avoir expliqué certaines réalités de l'intégration verticale mais plusieurs critiques leur ont été adressées, notamment par Cowling et Sugden (1987), Malcolmson (1984), Michalet (1976, 1985)⁴³. Certains ont souligné la circularité de l'argument puisque les déterminants des avantages à l'internalisation sont liés aux imperfections de marché et que l'existence de ces dernières est déterminée en fonction de l'internalisation des transactions. D'autres, comme Kojima (1978), ont rejeté l'importance excessive accordée aux coûts de transactions et à l'efficacité organisationnelle des FMN; à l'instar de Hymer, mais dans une perspective critique différente, Kojima est sceptique quant aux effets bénéfiques des activités des FMN, surtout en ce qui concerne l'échange international et les avantages comparatifs des nations. Kojima (1978), Dunning (1990, 1992, 1993), et Porter (1990) ont par ailleurs souligné que pour le même type d'activités, les avantages des FMN sont différents selon le pays d'origine, ce qui indique que les facteurs de localisation (L) ont leur importance.

⁴³ Voir Pitelis et Sugden (1991) et Del Monte et al. (1992).

D'autres économistes ont critiqué ces approches pour leur conception marshallienne des avantages spécifiques à la firme; autrement dit, pour avoir mis l'emphase sur les facteurs exogènes. La négation des facteurs endogènes rend ces théories moins dynamiques que celles qui s'inspirent de Schumpeter ou de Hymer. Certains, comme Dunning (1993a), ont suggéré que les avantages à la multinationalisation doivent être reliés aux avantages que la firme possède avant l'acte d'internalisation tandis que d'autres, notamment Malcolmson (1984), ont affirmé que l'internalisation des coûts de transaction n'est pas seulement compatible mais aussi requise pour l'exercice du pouvoir de marché des entreprises. En fait, la démonstration que la FMN se développe en rapport avec l'objectif de réduction des coûts ne permet pas de distinguer les facteurs d'efficience et de pouvoir de marché dans l'analyse des structures organisationnelles. Selon Cowling et Sugden (1987), la firme fait face à des défaillances de marché qui favorisent l'internalisation (ou l'externalisation stratégique⁴⁴) mais, en bout de ligne, la performance de la firme dépend de sa performance relative face aux firmes concurrentes sur le plan des produits finis qui s'exprime en parts de marché.

Le résultat de ces débats fut que certains économistes ont reconnu qu'il serait peu probable qu'une seule théorie puisse cerner la totalité du phénomène de multinationalisation. À partir de la fin des années 80, puisqu'il semblait pertinent d'aborder le phénomène de multinationalisation en prenant en considération plusieurs variables, de nouvelles approches ont favorisé un certain éclectisme dans l'analyse des

⁴⁴ En ce qui a trait à l'externalisation, Michalet (1985) a suggéré qu'elle constitue une option tout aussi importante que le contrôle hiérarchique dans les stratégies des firmes multinationales.

déterminants de la multinationalisation des entreprises⁴⁵. Dunning a certainement été l'auteur le plus influent de ce nouveau courant de pensée avec son approche éclectique - qu'il préfère appeler un paradigme - qui intègre l'échange international, les imperfections structurelles, les imperfections transactionnelles ainsi que les variables stratégiques. Il a distingué quatre conditions à l'activité multinationale: 1) une firme doit détenir certains avantages oligopolistiques par rapport aux firmes nationales situées sur le marché visé (au niveau de l'innovation, de la gestion, du système organisationnel, ou encore au niveau des avantages reliés à la gestion multinationale comme la taille, l'expérience de différents marchés, les relations intra-entreprises, ou encore la diversité des sources d'approvisionnement); 2) il doit exister des avantages à l'internalisation (I) spécifiques à la multinationalisation (le contrôle de certains intrants, la réduction des incertitudes, ou encore, le contrôle de la qualité); 3) certains facteurs de "localisation" (L) doivent justifier l'investissement à l'étranger (les barrières aux échanges, le cadre institutionnel, les facteurs de production, les prix des intrants, les coûts de transport et de communication et les lois sur l'investissement et sur la concurrence); et, 4) la décision de multinationalisation doit être conforme à la stratégie de l'entreprise et prendre en considération les stratégies des entreprises concurrentes.

⁴⁵ Il convient de mentionner les approches méso-économiques qui mettent l'emphase sur l'émergence d'industries globales (Cantwell, 1991) et aussi celle de Muchelli (1985, 1990a) qui insiste sur l'échange international et sur les aspects méso-économiques (industries-secteurs). Pour les ouvrages faisant le point sur les théories de la FMN, voir Jacquemot (1990), Bonin (1987), Bourguinat (1982), Del Monte et al. (1992) et Pitelis et Sudgen (1991).

Dans le “paradigme” de Dunning, les avantages (O,L,I) sont inter-reliés et s'influencent mutuellement, mais ils ont une importance hiérarchisée. Les avantages à l’internalisation sont décisifs, ce qui amène Dunning, bien qu’il prenne en considération les possibilités de monopolisation des marchés, à mettre l’accent sur les effets positifs des pratiques des FMN sur l’échange international et, par conséquent, à adopter une approche libre-échangiste. Toutefois, l’État-nation est réintégré l’analyse de la multinationalisation.

La croissance fulgurante des FMN a favorisé l’émergence de l’idée que, la mondialisation économique, dirigée par les firmes, réduirait le rôle des spécificités nationales et de l’État-nation. Jusqu’aux années 80, les spécificités nationales et leurs incidences sur la concurrence internationale ont suscité peu d’intérêt chez les chercheurs avec le résultat que la représentation du monde sous-jacente à tous les modèles en était une où les États apparaissent comme des entités artificielles vouées pour cette raison à disparaître au fur et à mesure que les FMN étendaient leurs réseaux. En cherchant à pallier aux défaillances de la théorie classique du commerce international - voire à lui substituer une théorie alternative - les théoriciens de la FMN sont, en quelque sorte, tombés dans le même piège que leurs prédécesseurs en évacuant l’État. Un retour de balancier théorique s’est opéré; après avoir longtemps ignoré les différences nationales comme facteur déterminant de la croissance et de la multinationalisation, un courant de pensée alternatif a fait son émergence. Au risque d’aller trop loin dans la direction opposée et de surévaluer l’importance de ce facteur, les théories récentes ont réinséré l’État-nation au sein de l’analyse.

2. Le retour de la nation: l'interface avec le développement des entreprises.

Selon Cantwell (1991), l'incapacité des théories de la FMN d'appréhender les facteurs de localisation et leur importance pour le développement de la firme s'explique de la façon suivante: les théories du pouvoir de marché et les approches de l'internalisation ont lié le développement des firmes à des modèles de division internationale du travail définie "*ex-post*", ce qui exclut l'interaction entre la croissance de la firme et la localisation de la production. Dans les années 90, les recherches ont néanmoins porté, de plus en plus, sur les facteurs de localisation. Pour reprendre Buckley,

Three developments suggest that location strategy is to become a major focus of enquiry in the near future. These are: (1) renewed attention to cultural elements which differentiate nations, (2) attention to the role of government in international business, and, (3) the increased role of strategic rivalry between multinationals. (Buckley, 1992, p. 735)

Kojima est sans doute l'un des premiers à avoir redonné une importance aux États-nations. Comme Hymer, Kojima (1978) doutait de l'efficacité d'une division internationale du travail déterminée par les FMN mais son approche s'inscrivait dans une vision néo-orthodoxe de l'échange international; il suggérait que les FMN pouvaient renforcer les avantages comparatifs de chaque unité nationale⁴⁶. Pour Kojima, le rôle du gouvernement consiste à faire respecter les bases de la

⁴⁶ Selon Kojima, le modèle de Vernon et les théories de la FMN sont reliés au modèle américain de multinationalisation qui a détruit les fondements de l'échange international et les bases d'une allocation optimale des ressources. Son approche consiste à réviser la théorie néo-classique de l'échange international - à la différence que son modèle ne peut que déboucher, paradoxalement, sur l'interventionnisme d'État. En utilisant le modèle HOS de l'échange international, Kojima suggère que les avantages comparatifs des États-nations sont déterminants. Cependant, le modèle japonais

spécialisation internationale en faisant en sorte que les FMN renforcent et améliorent les avantages comparatifs nationaux⁴⁷. Autrement, les FMN tendent à transformer les avantages comparatifs en avantages absous, ce qui a pour conséquence de détruire les bases de l'interdépendance et de l'intégration d'une économie mondiale.

Avec les travaux de Kojima (1978) et surtout de Porter (1986,1990) et de Reich (1993), l'importance accordée dans les débats aux particularismes nationaux ou régionaux et au rôle de l'État prendra un tour nouveau: l'environnement physique et institutionnel au sein duquel oeuvrent les FMN devient déterminant (Porter, 1990). La nécessité de réintroduire l'État-nation dans l'analyse vient de la constatation que, malgré l'homogénéisation de l'espace économique mondial, la fragmentation du monde en États-nations a une incidence significative sur les stratégies des entreprises. Dunning (1993a) et Porter (1990), les deux auteurs plus importants à s'intéresser aux facteurs de localisation dans le développement des avantages concurrentiels des firmes, considèrent que l'État, à travers certaines politiques systémiques et stratégiques, peut améliorer l'organisation de l'économie et la performance des entreprises⁴⁸. Ainsi, pour Porter, bien que les entreprises développent des stratégies globales, ces dernières sont influencées par les avantages comparatifs des nations, et

démontre comment les avantages comparatifs découlent souvent du développement de secteurs désavantagés selon le modèle HOS.

⁴⁷ Les IDI permettraient l'égalisation des prix des facteurs en améliorant la fonction de production du pays hôte, l'allocation des ressources, le développement et le transfert technologique. La notion de complémentarité entre commerce et IDI remplace celle de substitution qui caractérise le modèle de Vernon.

⁴⁸ Des politiques systémiques sont des politiques qui sont inscrites en interaction dans une stratégie de développement. Par ailleurs, les politiques stratégiques impliquent des politiques visant l'atteinte d'un objectif et l'élaboration de stratégies et d'actions.

vice-versa. Si la mondialisation aurait dû amoindrir le rôle du pays, en réalité, il semble plus important que jamais puisque les différences nationales en matière de structure économique, de valeurs, de culture, d'institutions et d'histoire contribuent au succès économique (Porter, 1990). L'interface entre les avantages compétitifs des entreprises et les avantages comparatifs des nations justifient, dans ce cas, un certain interventionnisme.

La nation, environnement de l'entreprise, constitue une sorte d'incubateur plus ou moins favorable au développement d'avantages concurrentiels. Selon le “diamant” ou le “losange de facteurs” de Porter, les stratégies des entreprises et les stratégies nationales interagissent à quatre niveaux: 1) celui des facteurs de production; 2) celui de la demande; 3) celui des industries en amont et apparentées; et, 4) celui de l'environnement concurrentiel (stratégie, structure et rivalité des entreprises)⁴⁹. Pour compléter son système, il fait intervenir le hasard et le rôle de l’État. Il consacre la grande partie de ses travaux à discuter le rôle de l’État dans le but d'éclairer l'orientation générale d'une politique économique qui tiendrait compte du “losange de facteurs” qui détermine les avantages concurrentiels des entreprises.

Dunning (1993) a aussi proposé sa propre vision de ce nouvel interventionnisme. Il a ainsi supporté une sorte de partenariat public-privé en vue de contrer les imperfections naturelles et structurelles du marché. Ceci constitue une rupture dans sa pensée puisqu'auparavant, comme Kindleberger (1969), il prédisait la fin de l’État-

⁴⁹ Le losange, ou le diamant, de Porter (1990) explique la position concurrentielle mondiale d'une industrie nationale.

nation en tant qu'unité économique et il accordait une importance décisive aux avantages à l'internalisation. Ayant constaté la persistance des différences internationales et leurs incidences significatives, il considère que les gouvernements ont la capacité d'influer sur la capacité des entreprises de faire face à la concurrence et sur la valorisation de leur territoire en tant que localisation potentielle pour les investisseurs étrangers. Il présente l'État comme un partenaire de l'entreprise dans la création et l'exploitation des avantages concurrentiels en raison des incertitudes, des externalités et des économies d'échelle qui sont autant d'imperfections qui caractérisent le marché international. Dunning insiste alors sur la nécessité d'élaborer des politiques systémiques fondées sur la symbiose des efforts des gouvernements et des entreprises pour atteindre une meilleure performance économique.

Dunning considère que l'État a un impact sur le développement de chaque type d'avantages concurrentiels. Au niveau des avantages spécifiques à la firme (O), les politiques gouvernementales peuvent influencer la taille des entreprises, la propension à l'innovation, l'accès au marché à travers leurs attitude face à la concentration industrielle, les fusions, l'intégration conglomérale, les alliances stratégiques et l'éducation. Au niveau des facteurs de localisation (L), le gouvernement peut jouer un rôle déterminant par les politiques qui s'appliquent aux alliances et aux fusions internationales. Au niveau des avantages à l'internalisation (I), les politiques de la concurrence peuvent favoriser l'intégration verticale lorsqu'elles tiennent compte des gains en efficacité. Dunning prend cependant plus au sérieux que Porter la possibilité de voir converger les stratégies des entreprises et celles des États dans une dynamique néo-mercantile qui aurait comme effet d'amplifier les pratiques anticoncurrentielles des acteurs économiques. C'est effectivement la problématique que le phénomène de

globalisation économique met en lumière; celle de la convergence des pratiques anticoncurrentielles des entreprises et de celles des États. Cette convergence est d'autant plus réelle que les travaux du *World Economic Forum* montrent que la “compétitivité” des nations est un facteur indéniable de la décision d’investir des FMN. La plupart des indicateurs qui entrent dans le calcul de l’indice composite entrent directement dans le champ d’intervention des États.

3. Convergence des stratégies des États et des entreprises: une nouvelle interface national/international à l’ère de la globalisation économique

Le terme “globalisation” est controversé. D’une part, il fait référence à la création d’une unité et, d’autre part, on constate des fractures et des inégalités qui font douter certains auteurs de la pertinence de percevoir ce phénomène dans le cadre d’une vision universaliste, ce qui, à notre avis, est tout à fait juste⁵⁰. Toutefois, ce terme “(...) although still fuzzy and ill-defined (term) denotes a new and more complex stage in the process of internationalisation (...) globalisation refers to the changes that took place during the 80s” (Hatzichronoglou, 1996, p. 7). McGrew et Lewis (1992) ont proposé deux éléments distincts du phénomène de globalisation économique: sur le plan spatial, il s’agit d’un ensemble de processus qui ont une portée mondiale, et d’autre part, de l’intensification des degrés d’interaction, d’interconnexion ou d’interdépendance entre les acteurs.

⁵⁰ Voir à ce sujet Boyer (1997) et Berger et Dore (1997).

Le concept de réseau de dimension mondiale est, à notre avis, l'élément le plus caractéristique qui se dégage des débats sur la globalisation économique. À ce sujet, Ruggie suggère ceci: “Globalization today is assuming various microeconomic forms of increasingly extensive, diverse, and integrated institutional webs forged within markets and among firms across the globe” (Ruggie, 1994, p. 516). La globalisation économique implique donc l'émergence de stratégies corporatives globales qui déploient des réseaux institutionnels sur la totalité de cette nouvelle aire de marché⁵¹.

Une première image s'installe alors, celle de l'intégration et de l'homogénéisation d'un espace de marché mondial. Certes, les FMN distribuent les mêmes produits dans le monde entier, et parallèlement du côté de la demande, les habitudes de consommation tendent à converger vers une seule et même structure de consommation. Ohmae (1985) avait introduit l'idée de l'existence d'une triade pour capturer l'interaction entre trois pôles économiques dont les liens d'interdépendance progressent continuellement; il faisait référence à une économie mondiale affectée par le rattrapage économique de l'Union Européenne et du Japon qui remettait en cause la position dominante des États-Unis à la fin de la seconde guerre mondiale. L'uniformisation économique apparaît aussi comme le résultat de la progression de l'industrialisation de certains pays en développement et de la fin de la guerre froide. Ces deux phénomènes ont modifié la division cardinale du monde économique opposant le Nord au Sud, et l'Ouest à l'Est. Par ailleurs, malgré ses nombreuses limites, le droit économique international a aussi permis de généraliser certains principes et certaines règles à

⁵¹ Un des premiers à mettre l'emphase sur cette nouvelle donnée est sans doute Levitt (1983). Il faut aussi souligner la contribution de Porter (1986) sur la notion de firme globale.

l'échelle de l'économie mondiale qui ont favorisé la croissance des échanges internationaux et le développement des opérations internationales des entreprises. Il a aussi supporté un mouvement de libéralisation des économies nationales; en effet, les États nationaux ont progressivement adopté des politiques économiques de libéralisation et d'ouverture négociée qui ont contribué à la globalisation économique.

Mais les fractures et les particularismes persistent. On ne peut négliger de prendre en considération les espaces protégés créés par les entreprises, la rivalité entre les trois pôles dominants de l'économie mondiale, la persistance des particularismes nationaux et l'importance de la réciprocité dans le processus de négociation de la libéralisation des échanges. En effet, on se saurait négliger de prendre en considération que les FMN sont de puissants oligopoles capables d'ériger des barrières et d'exploiter les imperfections de marché. En 1997, le *World Investment Report* préparé par le CNUCED (1997) s'est d'ailleurs penché sur les questions de concurrence et de structures des marchés soulevées par les activités des entreprises transnationales. Il est aussi impossible de dire que les liens d'interdépendance et l'uniformisation des structures économiques ont éliminé la rivalité entre les trois pôles de l'économie mondiale qui oppose des cultures économiques (incluant la culture d'affaires), politiques, juridiques et sociales, ce qui est illustré par le développement et l'intensification des régionalismes économiques à partir des années 80⁵².

⁵² Bien que l'article XXIV du GATT permette les ententes économiques régionales et qu'il reconnaisse qu'elles peuvent faire avancer des dossiers qui, sur le plan multilatéral, butent sur des résistances et des différences parfois insurmontables, les régionalismes constituent néanmoins un élément de fragmentation important de l'économie mondiale. Voir Deblock et Rioux (1992) et Brunelle et Deblock (1998).

En ce qui a trait aux particularismes nationaux, il apparaît que la globalisation économique se conjugue, jusqu'à maintenant du moins, avec leur persistance - voire leur renforcement. La globalisation économique n'élimine ni les États ni les particularismes nationaux et, à cet égard, la concurrence systémique entre les espaces nationaux peut être une tendance plus forte que celle de l'intégration dans une communauté "globale"⁵³. C'est d'ailleurs sur ce point que nous voulons insister dans cette étude en arguant que "Globalism is (then) characterized by multiple government and industrial strategies to cope with the rapidly changing contours of competition" (Zysman, 1995, p. 108). Dans un contexte de marché imparfait, les stratégies corporatives et celles des gouvernements peuvent exploiter les imperfections de marchés, ce qui contredit les fondements théoriques du libre-échange. Par conséquent, un grand nombre d'économistes ont porté leur attention sur l'impact des imperfections de marché sur les échanges internationaux et supporté l'adoption de politiques commerciales stratégiques. Pour reprendre Irwin, "in such markets, government promotion of a domestic firm could potentially affect the behaviour of foreign firms to the national advantage, such as by shifting profits to the domestic firm and thereby increasing national wealth" (Irwin, 1996, p. 207). L'idée centrale qui est à l'origine de ces nouvelles approches est que les économies d'échelle et la différenciation du produit et, plus généralement, la structure oligopolistique des marchés réduisent les gains que les nations et les firmes peuvent tirer du libre-échange.

⁵³ Ostry (1991) parle de frictions systémiques plutôt que de concurrence systémique. L'expression concurrence systémique implique que la convergence des espaces nationaux ne bute pas uniquement sur les frictions entre systèmes mais sur leur rivalité, ce qui permet de douter d'un mouvement véritable de convergence vers un espace véritablement global.

Les développements théoriques en économie industrielle ont provoqué une mutation profonde de la théorie du commerce international (Ravix, 1991). Krugman, en particulier, a souligné que dans un contexte où les rendements croissants empêchent la détermination des spécialisations internationales, le commerce devient un moyen d'étendre le marché et d'exploiter des économies d'échelle et non une résultante des différences internationales en dotations factorielles et des fonctions de productions (Krugman, 1979). En retrouvant les liens entre les domaines internes et externes, les économistes hétérodoxes ont relancé le débat sur le libre-échange. Puisque le modèle sous-jacent est celui de la concurrence imparfaite, les politiques stratégiques, tant sur le plan industriel que commercial, ont retrouvé leur place. Brander et Spencer (1985) ont suggéré que certaines mesures gouvernementales pouvaient être plus avantageuses que l'adhésion au libre-échange. Leur modèle a provoqué un débat autour du développement de politique commerciales stratégiques qui “like the terms of trade argument, illustrated the unilateral advantages of deviating from free trade to exploit one's trading partners” (Irwin, 1996, p. 216).

Krugman a toutefois argué que le libre-échange était toujours la politique commerciale la mieux indiquée puisque les efforts stratégiques peuvent être improductifs et coûteux tant sur le plan économique que sur le plan de la stabilité des relations économiques internationales (Krugman, 1994, 1996). Il a ainsi réintroduit l'idée d'un jeu à somme nulle. Le débat reste cependant ouvert, d'autant que le libre-échange entre les États-nations bute sur les pratiques des firmes qui traversent les espaces nationaux et que les politiques nationales, celles qui sont orientées sur les conditions et les structures internes de la concurrence, affectent les performances relatives des acteurs économiques. Pour Porter, qui s'appuie sur la nature “compétitive” des

avantages des entreprises dans la concurrence internationale, il n'y a aucun problème entre le rôle accru de l'État-nation et la conception libérale des échanges. Selon lui, il ne s'agit pas de retrouver les politiques protectionnistes "traditionnelles" mais plutôt d'encourager les firmes à développer et à faire avancer leurs positions compétitives vis-à-vis des firmes étrangères. De même, Dunning (1993a) considère qu'il est possible de réconcilier la tension entre interventionnisme et interdépendance si les États-nations et les FMN sont alliés dans la réduction des distorsions structurelles et des imperfections naturelles. Toutefois, Dunning est conscient que les gouvernements comme les firmes se font concurrence pour les mêmes ressources et que, par conséquent, ils se comportent en oligopoles⁵⁴. À cet égard, il écrit:

(...) governments, like firms competing for the same resources and capabilities, have begun to behave as strategic oligopolists in a variety of policy-related areas, especially trade. But, as in the corporate sector, competition among oligopolists can be destructive, unless the "rules of the game" are clearly defined and the "playing field" is reasonably leveled. (...) the existing international machinery for regulating cross-border commerce needs a complete overhaul to take account of the internationalization of production and the activities of global companies. (Dunning, 1993a, p. 588)

La question est donc de savoir si les stratégies corporatives et les stratégies des gouvernements convergent vers la réduction des imperfections de marchés ou, au contraire, si elles vont dans le sens de leur exploitation stratégique. Les avantages des firmes et des nations ne sont pas seulement compétitifs, ils sont aussi

⁵⁴ Il fait reposer la "raison d'être" des régionalismes, surtout en Europe, sur la nécessité de "protéger" les firmes de la région contre la concurrence "déloyale" qui exploite les imperfections structurelles. Ainsi, il justifie implicitement des politiques favorisant la concentration industrielle régionale pour défendre les intérêts des FMN européennes.

monopolistiques et, en ce sens, absous, ce qui rend les concepts de pouvoir et de rivalité-collusion stratégique des plus pertinents. Si l'on peut raisonnablement concevoir que la concurrence imparfaite entraîne le développement des pratiques restrictives de la part des firmes et des nations, on peut aussi douter des effets d'un nouveau type d'interventionnisme qui tente de conjuguer les stratégies des acteurs, le libre-échange et la coopération internationale. Que les États participent au développement des avantages des entreprises est donc assez problématique si ces avantages sont de nature monopolistiques et qu'ils contribuent à la formation d'espaces protégés tout aussi incompatibles avec la concurrence, l'efficacité économique et le progrès économique que les formes plus "traditionnelles" d'interventionnisme et de protectionnisme à l'intérieur du cadre national.

Au problème soulevé par les pratiques anticoncurrentielles des entreprises, s'ajoute donc celui des pratiques des États qui soutiennent les comportements anticoncurrentiels des acteurs privés. L'interface entre la concurrence oligopolistique entre les entreprises et la concurrence systémique entre les États-nations a d'ailleurs attiré l'attention des économistes, tout particulièrement de ceux qui s'intéressent à l'économie politique internationale. Soulignons, à cet égard, les travaux de Cerny (1990, 1997) qui s'articulent autour du concept d'État compétitif, et ceux de Stopford et Strange (1991) qui ont éclairé les liens entre la rivalité entre les firmes et la rivalité entre les États-nations en vue d'accroître leur participation aux marchés mondiaux; autrement dit, leurs parts de marché. Notre survol des débats économiques débouche

ainsi sur une représentation de la concurrence qui reconnaît le pouvoir des entreprises mais aussi celui des États au sein de l'économie mondiale.

Quelques nuances s'imposent. Le pouvoir des États est fondamentalement affecté par le développement de l'économie mondiale. Ainsi, il n'est pas pertinent d'adopter une approche centrée sur l'État comme l'ont fait les approches "réalistes" en relations internationales. Ces dernières ont mis l'emphase sur l'absence de contrainte au niveau international, qui génère un état d'anarchie, et sur la rivalité entre les États.

Largement inspiré de Morgenthau (1960), les approches réalistes considèrent que seul un État peut limiter l'exercice d'un autre État et, par conséquent, elles portent surtout leur attention sur les objectifs nationaux des États et sur le rôle de la balance de pouvoir pour réduire les conflits internationaux (Goldstein, 1994 et Bull, 1977).

Cette vision du monde, très influente en relations internationales après la seconde guerre mondiale, fut fortement critiquée⁵⁵. On remarqua justement qu'elle négligeait de tenir compte de l'impact du développement de l'économie mondiale sur l'interdépendance économique entre les États. Effectivement, la pensée réaliste, à l'exception de Gilpin (1987), n'a pas intégré la dimension économique en raison de l'importance qu'elle a accordé aux dimensions sécuritaires et militaires.

En faisant intervenir le concept d'interdépendance complexe, Keohane et Nye (1977) ont démontré l'importance de considérer l'interdépendance mutuelle entre les États pour comprendre les relations internationales. Ils ont motivé l'émergence d'un nouveau courant de pensée qui s'intéresse à l'impact du développement des

⁵⁵ Pour un résumé et une critique du réalisme en relations internationales, voir Vasquez (1983).

transactions internationales sur les relations internationales⁵⁶. Le concept d'interdépendance, ou de régimes internationaux, bien que les auteurs reconnaissent les asymétries entre les États, a permis de mettre l'emphase sur la nécessité de coopération entre les États; ces approches sont donc moins pessimistes que les approches réalistes.

Les débats autour d'une théorie des régimes ont cependant remis en cause l'idée que l'interdépendance favorise la coopération internationale. Gilpin, qui a développé une approche néo-réaliste, a argué que les asymétries de pouvoir confortent la thèse mercantiliste d'un jeu à somme nulle entre les États. Toutefois, la réintroduction de l'État dans l'analyse doit être intégrée dans un modèle plus large qui prend en considération le pouvoir et les structures économiques. C'est là que Strange (1970, 1988) intervient pour orienter les recherches sur les

(...) relations across national frontiers between social and political groups or economic enterprises on either side of a political frontier, or between any of these and the government of another state. Corporations, banks, religious leaders, universities and scientific communities are all participants in certain important kinds of transnational relations. (Strange, 1988, p. 21)

L'approche de Strange permet de situer les différents acteurs, les États, les firmes, les organisations internationales, et le pouvoir qu'ils exercent sur les structures globales de l'économie politique dont la caractéristique principale est la non-territorialité du pouvoir et le rôle de plus en plus important des FMN. Le programme de recherche porte alors sur l'étude du pouvoir des firmes, des États et des organisations

⁵⁶ Sur ce courant, voir Barry Jones et Willets (1984) ainsi que Rosenau et al. (1989).

internationales qui définissent le rôle et les règles de fonctionnement des marchés pour affecter les structures économiques. À ce sujet, Strange a introduit la notion de pouvoir structurel, qu'elle définit comme suit:

(...) the power to shape and determine the structures of the global political economy within which other states, their political institutions, their economic enterprises and their scientists and other professional people have to operate. This structural power means rather more than the power to set the agenda of discussion or to design the international regimes of rules and customs that are supposed to govern international economic relations (...) Structural power, in short, confers the power to decide how things shall be done. (Strange, 1988, p. 25)

Les États ont certes perdu une certaine marge de manœuvre pour maintenir l'autonomie des économies nationales mais ceci ne signifie pas qu'ils soient totalement soumis aux impératifs de gestion de l'interdépendance et de l'intégration internationale. La rivalité entre les États pour influencer leur insertion ainsi que la participation des entreprises nationales dans l'économie mondiale vont dans un tout autre sens (Stopford et Strange, 1991). Comme le souligne Bienaymé (1998), les États ont renoncé à la voie du protectionnisme, ce qui limite leur contrôle sur le marché national, mais ils doivent toujours assurer la cohésion de leur société puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure d'égale légitimité démocratique. Ils sont ainsi portés à agir sur les instruments qui leur restent, notamment les politiques de la concurrence. Pour reprendre Bienaymé, "la concurrence dans un monde divisé en nations place les États devant la difficulté de concilier les impératifs de la libre concurrence avec la compétitivité de leurs champions et avec la préservation de l'emploi sur le sol national" (Byenaymé, 1998, p. 289). Penchons-nous maintenant sur les débats économiques sur les nouvelles formes d'interventionnisme qui font apparaître l'instrumentalité stratégique des politiques de la concurrence.

4. Dimension stratégique des politiques de la concurrence

La concurrence “interne” et les politiques nationales ont de plus en plus de répercussions sur les entreprises et les États étrangers. Selon l’expression de Sherer (1994), il s’agit des effets de “spillover”, que l’on peut traduire par effets de “débordement” ou effets “extraterritoriaux”. Ainsi s’expliquent, par exemple, le fait que les États se préoccupent de plus en plus des incidences internationales des politiques intérieures des autres pays et de nombreux conflits entre les États autour de la notion de “level playing field” (OCDE, 1994c). Pour Ostry, “la nouvelle arène internationale se trouve désormais à l’intérieur des frontières” (Ostry, 1991, p. 97). Elle dit plus loin, “une première liste des politiques à envisager (...) doit comporter les points suivants: la politique de la concurrence, les politiques de recherche et de développement, la politique touchant l’investissement étranger et la réglementation des marchés financiers, dans la mesure où elle affecte la conduite des entreprises” (Ostry, 1991, p. 100). Les économistes, comme les organisations internationales, reconnaissent de plus en plus que les politiques internes ont des incidences significatives sur la performance relative des entreprises, sur l’insertion des économies nationales au sein de l’économie mondiale et sur les relations interétatiques. L’OCDE (1996g) propose un tableau, reproduit partiellement ci-dessous, qui présente les nouvelles politiques “industrielles” gouvernementales et les conflits internationaux résultant des mesures intérieures adoptées par les États.

Tableau II: Mondialisation et implications pour les orientations de politique générale			
<i>Caractéristiques de la mondialisation</i>	<i>Questions de fond</i>	<i>Action gouvernementale (intérieure)</i>	<i>Désaccords internationaux</i>
Développement de la concurrence: <i>sur le marché intérieur</i>	Compétitivité	Amélioration des fonctions de l'entreprise (stratégie, R&D, marchés)	Subventions
	Pénétration des importations	Restrictions des échanges/antidumping	Échanges encadrés
	Attirer les investissements à forte valeur ajoutée	Amélioration de l'environnement externe (compétences, institutions)	Différences entre les "systèmes nationaux"
	Compétitivité internationale	Données sur les exportations, financement/garanties IDI, données sur les coentreprises, financement	Subventions, normes différentes
Importance accrue de la R&D et de la technologie	Dépenses en R&D/promotion de la coopération internationale	Promotion de la collaboration en matière de R&D	Questions de concurrence, accès des entreprises étrangères
Légère mondialisation des PME	Sous-traitance/associations avec de grandes entreprises	Qualité, normes, infrastructures, promotion des réseaux	Problèmes de concurrence
Accroissement des investissements internationaux	Réalisation de bénéfices	Régime libéral d'investissement, subventions et encouragement de l'investissement à l'étranger	Concurrence entre les zones d'implantation
Accords de coopération	Réalisation de bénéfices	Promotion de la collaboration en R&D, relâchement de la législation sur la concurrence	Problèmes de concurrence

OCDE (1996g), p. 65. Sur la base des données de OCDE, DSTI.

Selon ce tableau, les nouvelles caractéristiques de la mondialisation (le développement de la concurrence, l'importance de la R&D, la mondialisation des PME, l'accroissement des IDI et des accords de coopération) soulèvent des questions de fond pour l'orientation des politiques gouvernementales. Les États, afin d'assurer la compétitivité internationale des entreprises nationales ont modifié l'orientation des politiques et développé des instruments qui visent à améliorer les avantages

concurrentiels des entreprises ou qui limitent l'accès des entreprises étrangères, ce qui a provoqué de nouveaux types de conflits internationaux. Ces mesures intérieures, en raison de leurs effets de débordement, peuvent contredire une politique commerciale libre-échangiste.

Le cas des politiques de la concurrence nous intéresse particulièrement.

Théoriquement, les objectifs des politiques commerciales et des politiques de la concurrence peuvent être complémentaires lorsqu'elles visent à renforcer la concurrence: la différence est que, traditionnellement, l'une s'adresse aux rapports entre les pays tandis que l'autre s'adresse aux rapports économiques à l'intérieur des pays. En réalité, elles se contredisent fréquemment. Comme le notent Jacquemin et Sapir (1991), "(...) not only trade and competition policy follow different roads, but also interact in a perverse way." (p. 167). L'OCDE s'intéresse d'ailleurs de plus en plus à l'interaction des politiques de la concurrence et des politiques commerciales.

Un manque de coordination entre politique de la concurrence et politique commerciale aboutit à poser des problèmes de mise en oeuvre pour l'une comme pour l'autre. Les objectifs de la politique de concurrence peuvent être compromis du fait de l'existence d'obstacles non tarifaires aux échanges mis en oeuvre pour protéger des industries nationales contre la concurrence des importations. Dans le même temps, une politique active de la concurrence peut être considérée comme insuffisamment sensible au sort des industries nationales confrontées à des flots d'importations et aux chocs qu'ils entraînent. (OCDE, 1993, p. 14)

La problématique consiste à réconcilier les deux champs politiques, l'un relevant de la politique extérieure et l'autre de la politique intérieure; l'un s'adressant aux intérêts et aux comportements des États et l'autre au fonctionnement du marché et aux

comportements des entreprises. Le tableau III illustre les complémentarités et les conflits entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence.

Tableau III: Complémentarités et conflits entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence		
	Politique commerciale	Politique de la concurrence
Complémentarités	lorsqu'elle vise à ouvrir les marchés et à réduire le soutien des entreprises nationales par le secteur public	lorsqu'elle vise à contrôler les pratiques anticoncurrentielles et à supprimer les barrières à l'entrée
Conflits	lorsqu'elle applique des mesures sélectives, accorde un traitement favorable ou différent aux entreprises étrangères, établit des cartels à l'exportation ou à l'importation	lorsqu'elle permet l'exemption des secteurs réglementés, l'exemption des cartels à l'exportation ou à l'importation et les aides publiques affectant les échanges

Source: OCDE (1994c, p.44)

Ce tableau indique que les objectifs de suppression des distorsions des échanges peuvent être détournés par l'application discriminatoire ou encore par la non-application de la politique de la concurrence. Il indique aussi la possibilité inverse lorsque les mesures commerciales ont pour effet de réduire la concurrence et de limiter l'accès au marché des entreprises étrangères. Les liens entre ces politiques révèlent que la distinction entre le commerce international et l'organisation industrielle - autrement dit, entre les rapports économiques internationaux et les conditions internes de concurrence - n'est plus adaptée à la réalité économique caractérisée par l'importance croissance des FMN et l'interface entre la compétitivité des firmes et des États. Par conséquent, les principes de non-discrimination du GATT-OMC fondés sur la clause de la *nation la plus favorisée* et celle du *traitement national* ne sont plus suffisants puisqu'ils supposent que la meilleure politique de la concurrence est le libre-échange (Jacquemin, 1995). Au contraire, il apparaît que le rôle de la politique de la concurrence est encore plus important dans le contexte de globalisation

économique. La CNUCED (1993a) a d'ailleurs souligné la nécessité que les États développent une approche au sein de laquelle la politique de la concurrence jouerait un rôle central dans l'orientation des politiques économiques qui affectent la concurrence.

An integrated approach is necessary in respect of all government policies directly or indirectly affecting competition in general and acquisitions of control in particular, including policies towards foreign trade, foreign investment, industrialization and structural adjustment, deregulation, privatization, consumer protection and financial market and firm structures and governance. Competition policy should both constitute a key element in the implementation of such policies and be implemented separately through competition law controls upon RBPs in a consistent and coherent manner. (CNUCED, 1993a, p. 6)

Une telle entreprise bute sur un obstacle de taille. La construction d'un ordre économique international à partir d'États nationaux s'avère être une tâche quasiment insurmontable puisque les approches en matière de contrôle des pratiques restrictives sont non seulement différentes mais aussi teintées par des préoccupations sécuritaires et stratégiques. Traditionnellement, on perçoit la politique de la concurrence comme une "anti-politique industrielle" et comme un complément au libre-échange, ce qui nie son instrumentalité stratégique. En réalité, une politique de la concurrence peut se rapprocher d'une politique industrielle et influencer la performance internationale des entreprises, au niveau de leur commerce ou de leur production à l'étranger. Selon Bellon (1986, 1993), le premier substitut à une politique industrielle se trouve dans la manipulation stratégique des politiques de la concurrence bien que ces dernières soient, avant tout et paradoxalement, des instruments réglementaires. Ainsi, la politique de la concurrence peut devenir un instrument stratégique fort puissant puisqu'elle 1) ne peut aborder le marché national comme s'il s'agissait d'un espace fermé, ce qui implique qu'elle accorde une importance accrue à la concurrence

internationale; et 2) évalue le pouvoir des groupes, leur efficacité, leurs pratiques, le progrès technique, ce qui implique qu'elle affecte les conditions de l'offre autant que celles de l'échange et les conditions de l'échange international aussi bien que celles du commerce intérieur. Bianchi pose le problème de la façon suivante:

(...) au moment où l'étendue du marché, c'est-à-dire l'interaction des entreprises, transcende les frontières nationales, la concurrence tend à être conçue comme conflit entre Nations, de sorte que la vigilance publique, quant à la multiplicité décisionnelle interne - condition d'une libre concurrence (...) - se voit sacrifiée à une vision centralisatrice qui oppose l'appareil productif national aux appareils productifs étrangers. Ainsi, aux époques d'intense confrontation entre Nations, la politique de concurrence cède traditionnellement la place à des politiques de réorganisation des rapports internes qui, non seulement admettent les positions dominantes, mais encore en légitiment l'existence en leur conférant le statut de "champions nationaux".
(Bianchi, 1991, p. 22-23)

Cette perspective permet de reconnaître que "les concurrences internationales sont monopolistiques et politiquement orientées" (Perroux, 1982, p. 411). Les politiques de la concurrence comportent une dimension stratégique défensive qui se traduit par la promotion des acteurs nationaux sur le marché national ou par le renforcement de la discipline imposée aux concurrents étrangers et une dimension stratégique offensive qui "se manifeste par son utilisation pour soutenir les activités d'entreprises nationales à l'étranger, qu'il s'agisse d'investissements ou d'exportations, et pour améliorer les conditions d'accès aux marchés tiers" (Jacquemin, 1993a, p. 277).

E. Conclusion des débats économiques sur la concurrence

Les débats économiques ont toujours été marqués par l'influence des mythes entretenus par la pensée libérale. Tant sur le plan national que sur le plan international, le développement de modèles alternatifs a tenté de rapprocher les modèles économiques de la réalité. Avant la seconde guerre mondiale, les débats ont remis en cause la libre concurrence et le libre-échange dans une perspective qui distinguait les conditions internes et externes de la concurrence. Les débats économiques qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale ont amené les économistes à considérer une problématique supplémentaire; celle de l'impossibilité d'aborder les questions de concurrence interne et de concurrence externe séparément en raison de la concurrence imparfaite. Ainsi, les débats économiques ont montré qu'il est de plus en plus difficile de séparer l'espace public de l'espace privé et de distinguer l'espace national de l'espace international.

Le processus de multinationalisation des entreprises a provoqué la réorientation des débats sur le rôle des firmes dans l'organisation économique mondiale. Mais si le rôle des États fut remis en question par ce phénomène, les économistes ont redécouvert leur importance à partir du début des années 80. Certains d'entre eux, d'inspiration libérale, ont cherché à renouveler les fondements du libre-échange et du laissez-faire en minimisant les dangers de la concentration industrielle, ce qui réduit la pertinence d'appliquer les politiques de la concurrence, et en soulignant, à l'instar de Krugman, les dangers de s'écartier du libre-échange et de mettre en oeuvre des politiques stratégiques. D'autres ont plutôt reconnu la possibilité d'une collusion stratégique

entre les États et les firmes en vue d'exploiter les imperfections du marché à leur avantage et nous avons choisi d'orienter notre recherche dans cette direction.

Que peut-on conclure de ces débats sur la concurrence dans une perspective globale?

Le libre-échange ne favorise pas automatiquement la concurrence de sorte que la meilleure politique pour favoriser une concurrence effective ne peut consister uniquement à libéraliser les échanges. Il est tout à fait possible que “free trade leads to the increasing dominance of the transnationals and can contribute to a higher level of concentration and degree of monopoly in each market” (Cowling, 1992, p. 157).

Cette possibilité découle non seulement des aspects stratégiques de la rivalité entre les firmes mais aussi des stratégies des États qui conjuguent une adhésion de principe au libre-échange tout en favorisant un partenariat avec les entreprises dans la conquête des marchés internationaux. Les nouveaux problèmes de concurrence posent essentiellement la question de l'émergence d'un droit de la concurrence au-delà des lois nationales existantes. En effet, il n'est plus possible de séparer les conditions externes et internes de la concurrence; la question du libre-échange pose dorénavant celle du contrôle des pratiques restrictives des entreprises privées, et vice-versa. En abordant les problèmes de concurrence à partir des lois nationales existantes, il est fort possible de voir les pratiques anticoncurrentielles se multipliées puisque les lois sont des instruments au service de la nation et qu'elles peuvent prendre la forme de politiques industrielles déguisées. La manipulation stratégique des politiques de la concurrence peut s'avérer être le premier substitut à une politique industrielle (Bellon, 1986 et 1993). De nombreux conflits commerciaux résultent de nouvelles politiques “industrielles” gouvernementales au sein desquelles les politiques de la concurrence jouent un rôle particulièrement significatif; ce qui n'est pas étranger au fait que les

États ont abandonné les stratégies commerciales traditionnelles fondées sur le protectionnisme et l'interventionnisme direct.

Le croisement des deux niveaux de débats sur la concurrence (national et international) soulève la possibilité de l'émergence de ce que l'on peut appeler "une économie stratégique" qui exploite les liens entre concurrence interne et externe. Les États font face à deux problématiques contradictoires; d'un côté, ils devraient prendre des mesures pour garantir une concurrence effective sur leur marché national pour respecter leur engagements face au libre-échange et, d'un autre côté, ils sont amenés à adopter des approches plus souples en matière de concurrence interne afin de favoriser la compétitivité des entreprises nationales au sein de l'économie mondiale en supposant par ailleurs que la contestabilité du marché national est assurée par la concurrence qui se joue au niveau d'une économie désormais mondiale. C'est ainsi que se développe une concurrence systémique opposant les règles nationales affectant les conditions de la concurrence; chaque État tient à la fois à donner le plus de marge de manœuvre aux entreprises nationales et à forcer les États étrangers à appliquer un cadre réglementaire rigoureux contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises étrangères. Au fur et à mesure que les politiques de la concurrence prennent une dimension internationale, l'emphase sur l'équilibre entre les intérêts des producteurs et l'intérêt des consommateurs, ou encore l'intérêt public, tend à être remplacée par une approche qui met l'accent sur les intérêts des producteurs nationaux dans le cadre de l'intensification de la concurrence internationale. Le problème que soulève la nouvelle interface entre les stratégies des États et des entreprises est que l'instrumentalité stratégique des politiques de la concurrence révèle "(...) la trace ancienne d'une reconnaissance publique du droit de monopolisation en échange de la

défense des intérêts nationaux, dans la période où les changements affectant les relations commerciales conduisent à transformer la concurrence en une rivalité entre nations” (Bianchi, 1991, p. 22).

Les débats économiques posent essentiellement la question de l’encadrement juridique de la concurrence. Mais cette question se pose maintenant à l’échelle d’un nouvel espace marchand caractérisé par le développement de réseaux économiques transnationaux essentiellement mis en place par les FMN et par la fragmentation internationale des règles sur la concurrence. Le droit économique international fait donc face à deux problèmes de taille, celui des pratiques transfrontalières des acteurs privés et de la concentration de l’économie mondiale, et celui, puisqu’il repose sur la juxtaposition des droits nationaux, de la nouvelle interface entre les stratégies des entreprises et des États qui transforme les politiques de la concurrence en politiques industrielles déguisées.

En procédant à partir du renvoi au droit national, le droit économique international laisse libre cours à l’internationalisation unilatérale des politiques nationales en matière de concurrence qui est profondément marquée par les considérations de stratégies économiques nationales. Par conséquent, le droit économique international se trouve face non seulement à l’inefficacité des politiques de la concurrence face aux pratiques des entreprises mais à un problème de concurrence systémique entre les systèmes de droits nationaux. Le paradoxe de la globalisation économique sur lequel il convient de se concentrer est justement cette non-coïncidence entre l’espace marchand et l’espace juridique au sein duquel les acteurs économiques opèrent. Il tient principalement à cette distinction que ni le GATT ni l’OMC n’a pu éliminer, celle qui

sépare la concurrence interne et la concurrence externe et qui suppose l'orientation essentiellement nationale des règles qui régissent les rapports économiques.

CHAPITRE 2

LES DÉBATS JURIDIQUES

L'écart entre les tentatives de reconstruction des piliers mythiques de la pensée libérale et la réalité de la dynamique concurrentielle indique que l'ordre économique ne peut être totalement spontané - il est à construire. En concurrence imparfaite, les conditions nécessaires pour s'assurer d'une conformité minimale entre le mythique et le concret requiert la mise en place de règles pour limiter les risques de monopolisation des marchés et les conflits internationaux en matière de concurrence. Le tableau IV distingue quatre perspectives des débats juridiques. La première (premier quadrant) consiste à adopter une attitude de laisser-faire en supposant que le marché et les firmes instituent un ordre libéral qui aurait une capacité autorégulatrice. À l'opposé de cette perspective (quatrième quadrant), ce sont les États qui imposent un ordre international fondé sur l'affirmation de leurs intérêts nationaux. On se trouve actuellement dans un contexte qui favorise le laisser-faire et l'utilisation stratégique des politiques nationales; les États acceptent le laisser-faire tout en refusant de se soumettre passivement à une hiérarchisation internationale dictée par le marché (deuxième quadrant). La problématique consiste à adopter une perspective qui correspond au troisième quadrant; c'est-à-dire à définir un cadre réglementaire adapté aux nouvelles pratiques des entreprises et des États.

Tableau IV: Quatre perspectives des débats juridiques		
	<i>droit international</i>	<i>intérêt national</i>
<i>laisser-faire</i>	1. ordre libéral, par les firmes	2. sécurité économique nationale, économie stratégique
<i>régulation</i>	3. droit économique international: contrôle des pratiques restrictives des entreprises et des nations	4. Ordre des nations

Dans ce chapitre, nous verrons, et c'est principalement ce que la globalisation économique fait apparaître, que le droit économique international ne peut plus être fondé sur la séparation des questions de concurrence interne et externe. La première section abordera brièvement l'impact de l'élargissement de l'espace marchand sur le droit national de la concurrence. La deuxième section portera sur la dimension internationale des débats sur la concurrence. Nous quitterons ensuite le terrain théorique pour entrer dans celui des faits afin de saisir les limites de l'ordre multilatéral et de situer les débats actuels sur la concurrence. Nous terminerons ce chapitre en introduisant les différentes formes de coopération internationale en matière de concurrence.

A. Le droit national

Dans le chapitre précédent, nous avons abordé plusieurs aspects du droit national de la concurrence et la deuxième partie de cette étude portera sur la politique de la concurrence du Canada et sur certains éléments des politiques de la concurrence étrangères. Ainsi, dans cette section, nous allons limiter notre discussion à certains principes généraux du droit de la concurrence et insister sur le fait que les débats juridiques intègrent des considérations économiques qui sont principalement reliées aux objectifs d'efficacité économique et de compétitivité internationale. Par conséquent, le renvoi du contrôle des pratiques anticoncurrentielles aux États-nations et à la coopération internationale à partir des systèmes de droits nationaux ne constitue donc pas une solution adéquate à la réduction des pratiques anticoncurrentielles puisque les politiques de la concurrence comportent une dimension stratégique de plus en plus marquée, ce qui implique une certaine collusion entre les États et les entreprises.

Les débats juridiques sur la concurrence se sont traditionnellement peu intéressés aux considérations économiques. Toutefois, il faut dire que les débats économiques ont teinté les débats juridiques de façon significative; le seul fait d'aborder la concurrence dans la perspective d'un absolu concurrentiel, d'un bilan économique ou de percevoir le marché comme seule sanction des comportements des acteurs économiques a de profondes incidences sur les débats juridiques. Ainsi, lorsque nous disons que les

considérations économiques n'ont “traditionnellement” pas intéressé les débats juridiques, c'est dans la perspective que l'absolu concurrentiel, c'est-à-dire la rivalité entre les unités économiques indépendantes, devait être protégé contre les tentatives des entreprises d'influencer les échanges et d'exercer un pouvoir économique qui serait incompatible avec la liberté économique et qui aurait des incidences sociales et politiques indésirables. Il est aussi significatif que les débats juridiques ont surtout porté sur la formulation et l'application d'un droit de la concurrence dans une perspective de la séparation des conditions internes et externes de la concurrence qui diffère fondamentalement de celle qui tient compte de la dimension globale de la concurrence. Les débats juridiques ont non seulement intégré l'analyse économique mais ils ont aussi été affectés par l'impact de l'élargissement de l'espace de marché des entreprises sur les débats économiques. Ce sont là deux aspects des débats actuels que nous allons faire ressortir.

1. Le débat juridique dans le cadre d'un espace économique national

Le droit de la concurrence est fondamentalement imprégné de l'idéal de la concurrence parfaite. Alors que, à la fin du 19ième siècle, les ententes et les monopoles venaient contredire l'idée que le marché constituait le principe organisateur de l'économie par excellence, un débat politique et juridique a motivé l'adoption de lois pour éviter que certains acteurs économiques s'accaparent d'un pouvoir économique pour détourner

les surplus économiques en empêchant la concurrence⁵⁷. Les débats étaient concentrés sur l’arbitrage entre les principes de liberté économique et d’équité, c’est-à-dire entre les intérêts des producteurs et des consommateurs, ou du public en général.

C’est ainsi qu’au Canada et aux États-Unis les accords de fixation des prix entre producteurs furent interdits tout comme les monopoles et les tentatives de monopolisation. Les pratiques visées ont graduellement été précisées; elles couvrent maintenant un grand éventail de pratiques corporatives: 1) les pratiques restrictives horizontales dont la fixation des prix, les restrictions de la production, le partage des marchés, les accords d’exclusivité, les trucages d’offres et le parallélisme conscient⁵⁸; et, 2) les pratiques restrictives verticales, notamment la vente exclusive, le refus de vendre, le maintien des prix, la discrimination par les prix, la prédatation, la vente liée et les prix de transfert.

En raison de certains objectifs spécifiques de la politique économique, certaines mesures et moyens de défense ont réduit la portée des lois sur la concurrence. Par exemple, la nécessité de prouver la réduction sensible de la concurrence au Canada et l’utilisation de la technique de la règle de raison aux États-Unis ont donné aux tribunaux la responsabilité de distinguer les “bonnes” des “mauvaises” ententes. Aussi, comme nous l’avons vu, les cartels à l’exportation ont généralement été

⁵⁷ On remarquera en passant que Veblen centre toute sa théorie des affaires sur l’idée selon laquelle la raison d’être des entreprises, nouveaux guerriers de l’ère moderne, est justement l’acaparement de ce surplus.

⁵⁸ Le parallélisme conscient signifie que les entreprises fixent des prix similaires sans accords explicites et formels.

exemptés de l'application des dispositions interdisant les ententes. Donc, au fur et à mesure que le droit de la concurrence s'est développé, de nombreux moyens de défense ont accentué sa nature discrétionnaire. Il faut mentionner que si le droit de la concurrence est imprégné de l'idéal de la concurrence parfaite, il s'adresse à des situations concrètes. Or, dans le contexte du développement de structures oligopolistiques, le droit de la concurrence s'est donc orienté sur la notion de concurrence effective. La marge de manœuvre des tribunaux dans l'interprétation et l'application des lois est donc très grande.

Lorsqu'il était question d'appliquer les politiques de la concurrence, il s'agissait avant tout de se rapprocher d'un modèle économique concurrentiel qui permettait d'atteindre un équilibre entre les producteurs et les consommateurs, ou encore, entre l'intérêt privé et l'intérêt public. Lorsque les débats économiques remettaient en cause l'idée de tendre vers la concurrence parfaite, ils suggéraient que les intérêts des consommateurs et l'intérêt public n'étaient pas menacés par la grande entreprise. En fait, les politiques de la concurrence n'étaient généralement pas formulées et appliquées en fonction des objectifs économiques. Les lois sur les monopoles et les fusionnements devaient être appliquées en rapport avec l'idée de favoriser une certaine multiplicité décisionnelle au sein des économies nationales. Il s'agissait avant tout d'empêcher la concentration économique et de limiter le pouvoir de marché des entreprises qui vont à l'encontre des intérêts des consommateurs et de la liberté économique sans prendre en considération les comportements des entreprises. On supposait généralement qu'à partir d'un certain seuil de concentration, les entreprises adoptaient des stratégies de collusion et des pratiques restrictives qui augmentaient les prix à la consommation et les coûts. Cette approche structuraliste fut d'ailleurs renforcée par l'influence de l'école de Harvard dans les années 50 et 60.

Toutefois, dans cette même période, les FMN vont se développer très rapidement et faire apparaître les limites du droit national. Les États vont progressivement perdre leur marge de manœuvre et reconnaître que leurs pouvoirs sur les entreprises sont considérablement affectés par l'intensification du processus d'internationalisation. Les États-Unis ne furent affectés que plus tard par ce phénomène. En Europe et au Canada, la pénétration des entreprises américaines a très vite semé des doutes sur la pertinence de s'attaquer à la concentration économique au sein des marchés nationaux alors que les entreprises nationales devaient faire face aux entreprises américaines.

2. La réorientation des politiques de la concurrence

C'est aux États-Unis, là où d'ailleurs l'approche structuraliste a été la plus influente, qu'ont été développées les analyses économiques qui ont remis en cause le droit de la concurrence. Ces analyses ont affirmé que la concurrence pouvait entraîner des capacités excédentaires et des déséconomies d'échelle et réduire la compétitivité des entreprises nationales face aux entreprises étrangères. Ainsi, dans cette perspective, la concentration économique n'est pas nécessairement indésirable; elle peut d'ailleurs être le résultat du processus concurrentiel (Demsetz, 1973). Par ailleurs, la théorie des marchés contestables a aussi suggéré que la concurrence n'était pas automatiquement absente des industries très concentrées.

L'impact de ces idées sur les débats juridiques a été considérable. De plus en plus, les tribunaux ont considéré que les structures de marché n'étaient plus déterminantes dans l'application des lois, et que la coopération entre les entreprises et la concentration pouvaient être compatibles avec les objectifs du droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence “structuraliste” a donc progressivement cédé la place à un droit de la concurrence “comportementaliste” qui est beaucoup plus favorable à la grande entreprise et qui met l’accent sur la contestabilité des marchés plutôt que sur la concurrence. Les tribunaux ont, de plus en plus, porté leur attention sur les objectifs d’efficacité et de progrès économique et adopté de nouvelles techniques pour évaluer les formes diverses de la concurrence. Cette application, au “cas par cas”, des politiques de la concurrence a requis des analyses économiques de plus en plus fines pour évaluer les gains en efficacité et les conditions de la concurrence, ou la contestabilité des marchés.

Le rôle des politique de la concurrence est donc plus complexe que l’arbitrage des intérêts des producteurs et des consommateurs. Il est de plus en plus question d’évaluer l’impact que peut avoir l’application des lois sur l’efficacité économique et la contestabilité des marchés. Il s’agit de ne pas faire obstacle aux restructurations et de compter plus en plus sur le rôle pro-actif des politiques économiques pour favoriser la contestabilité des marchés (libre-échange, réduction des barrières à l’investissement international et déréglementation).

Comme nous le verrons dans notre étude du cas canadien (deuxième partie), l’internationalisation des politiques de la concurrence comporte une dimension stratégique importante qui alimente la concurrence systémique entre les lois nationales. L’internationalisation des politiques de la concurrence favorise leur assouplissement et leur rôle pro-actif. En contraste, elle favorise aussi le renforcement des lois nationales face aux pratiques étrangères et à l’application des lois étrangères. L’arbitrage des intérêts des producteurs et des consommateurs cède devant les objectifs d’efficacité et de compétitivité des entreprises tandis que l’on

suppose que la concurrence internationale et l'impact du développement technologique sur les industries garantissent la contestabilité des marchés. L'arbitrage entre les producteurs nationaux et les producteurs étrangers prenant une importance accrue, l'internationalisation du droit national de la concurrence soulève la question de l'émergence d'un ordre de droit privé et d'un ordre de droit public internationaux. C'est nécessairement au niveau international, voire global, que les problèmes de concurrence doivent être abordés. Les États reconnaissent d'ailleurs l'importance de développer la coopération internationale en matière de concurrence. Depuis une dizaine d'années, la coopération s'est considérablement accrue afin d'améliorer l'efficacité du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, de limiter les disputes commerciales, ou d'éviter les conflits de lois et de juridictions. Chose certaine, le droit de la concurrence ne peut plus être considéré strictement en tant que droit national. Il est désormais entré dans le domaine du droit international.

B. Le droit économique international

La grande illusion de l'ordre d'après-guerre fut de miser sur l'interdépendance économique croissante entre les nations comme moyen d'intégration international. Les deux éléments théoriques qui ont suggéré un tel scénario sont: 1) la concurrence parfaite au sein des unités économiques nationales parfaitement délimitées; et, 2) la coopération internationale entre les États nationaux orientée vers la libéralisation des échanges. Le projet libéral rencontre toutefois deux obstacles majeurs: 1) les prétentions monopolistiques des entreprises compliquent le projet de fonder l'émergence d'une véritable communauté à l'échelle mondiale sur les mécanismes du

marché; et, 2) la fragmentation de la communauté internationale en États souverains qui implique la construction d'un monde à partir des États comme s'il était possible de former un tout en juxtaposant les unités "indépendantes" et "souveraines". L'ordre économique international d'après-guerre a permis de solutionner les problèmes économiques qui ont culminé dans les années 30, mais en mettant surtout l'accent sur les règles qui devaient réduire le comportement stratégique des États. Il n'a que marginalement abordé le problème des pratiques des entreprises.

Le compromis établi par l'ordre économique international fut de fonder l'intégration économique internationale sur des mesures qui permettraient d'assurer la stabilité des économies nationales. Ainsi, sur le plan international, où les institutions de Bretton Woods furent mises en place, les États pourraient s'engager dans le libre-échange. Les négociations internationales ont surtout porté sur les pratiques des États. En effet, peu d'efforts ont été faits pour préserver la concurrence interne ou pour aborder les problèmes de concurrence qui découlaient des pratiques des FMN dans la mesure où ce sont les autorités nationales qui demeuraient compétentes en la matière, et que les États nationaux, tout en s'engageant à respecter et à faire progresser certains principes de libéralisation des échanges internationaux, continuaient de résister aux tentatives de réduction de leur souveraineté sur le plan juridique et politique.

Avant d'aborder l'ordre économique d'après-guerre et ses limites, il convient de se pencher sur une question d'ordre théorique: existe-t-il un cadre réglementaire des pratiques économiques internationales et transfrontalières constituant un véritable droit économique international? La réponse à cette question est non seulement multiple, mais aussi très controversée. Il est impossible de nier l'existence d'un ensemble de principes et de règles - une sorte de *lex mercatoria* - ainsi que celle

d'institutions qui gouvernent les comportements et les activités des opérateurs économiques. Toutefois, il est tout aussi impossible de conclure à l'existence d'un ensemble cohérent de règles juridiques adéquates en matière de concurrence. L'une des limites principales du droit économique est qu'il soit fondé sur la distinction entre les domaines national et international. Il en résulte une grande diversité de règles et de mécanismes souvent irréconciliables. En très grande partie, le droit international a été développé en tant que droit de coordination des systèmes juridiques nationaux, ce qui implique que son efficacité et sa force reposent sur la possibilité de coordonner des ordres multiples et ce, jusqu'à l'harmonisation des cadres réglementaires - voire une éventuelle convergence vers un cadre unique à l'échelle supranationale.

Le libre-échange se présente, dans la pensée libérale, comme le moteur de l'intégration internationale. Ainsi, les particularismes nationaux prennent peu de place dans la vision libérale; ils font en quelque sorte partie du passé. En réalité, la rivalité économique internationale met paradoxalement en concurrence les différents ordres juridiques. En raison de la fragmentation des ordres juridiques, le droit économique international est caractérisé par la tension entre l'espace protégé juridiquement par les États et celui qui traverse et relie économiquement des activités économiques sans égard pour les frontières des États-nations. La non-coïncidence entre l'espace marchand et l'aire de juridiction délimitée par les frontières territoriales des États-nations est le point d'accrochage du droit économique international. Il convient de revenir sur la séparation des ordres juridiques internes et externes qui marque les débats juridiques depuis fort longtemps et qui, dans les débats juridiques actuels sur la concurrence, apparaît comme l'un des problèmes les plus difficiles à résoudre.

1. Séparation des ordres et gouvernance internationale.

La problématique de coordination des ordres internes et externes n'est pas nouvelle et elle n'est pas spécifique au droit économique. La séparation des ordres est inscrite dans les principes du droit international public - souveraineté et indépendance. Issu des usages, des pratiques et des politiques développés en Europe Occidentale, le système moderne de droit international, tel que nous le connaissons, est le produit d'une évolution de près de 400 ans. Historiquement, son émergence peut s'expliquer par la nécessité de combler les limites du droit interne qui ne peut traverser les frontières de juridiction nationale sans provoquer des conflits entre les États - il découle en quelque sorte de la nécessité d'assurer la coexistence, la cohabitation voire l'intégration de la communauté internationale. Ceci n'implique cependant pas la primauté du droit international par rapport aux systèmes de droits nationaux ni l'existence de règles universelles se substituant à celles qui sont inscrites dans les systèmes de droit interne. La problématique consiste donc à déterminer les principes organisateurs d'une communauté d'États sans remettre en cause la souveraineté de chacun des États. La problématique du droit économique international est encore plus large puisqu'elle requiert aussi la mise en place de règles pour les acteurs privés.

Les tentatives des juristes de développer une conception de droit naturel gouvernant les rapports entre les nations constituent une des premières réponses à la question des principes généraux du droit international. Vittoria (1480-1546) et Suarez (1548-1608) considéraient que l'obligation des États envers le droit international émanait de la nécessité de créer une communauté d'États régie par un système de droit qui permettait la cohabitation des entités souveraines, un droit dont la source se trouvait dans un ordre divin. Mais comment éviter que ce droit international soit mis au

service des intérêts particuliers dont les priviléges seraient sacralisés par cette loi “universelle” et “divine”, et dont la mise en oeuvre reposait effectivement sur les États libres de la définir au gré des circonstances et en fonction de leurs intérêts? Dans un esprit plus réaliste, Grotius (1593-1645) a accordé une importance considérable au rôle des États mais ce n'est qu'au 18ième siècle que la conception du droit naturel cédera progressivement la place à une conception de droit positif qui repose essentiellement sur l'autorité et la sanction des États⁵⁹. Comme le soulignera Vattel (1714-1768), les États ne se dépouillent pas de leur souveraineté comme les individus le font au sein d'une société⁶⁰. Le droit international passe donc nécessairement par les États; la force du droit international repose sur la volonté des États de respecter les principes du droit international.

Doit-on, comme Austin (1885) alors conclure à la primauté du droit interne et considérer le droit international tout au plus comme une force morale. L'école normativiste, de Kelsen à Verdross, a suggéré que le simple fait que le droit interne intègre des règles de droit international suffit à conforter l'idée de la supériorité du droit international en raison de la hiérarchisation des normes; les normes nationales reflètent les normes du droit international, celles-ci sont donc supérieures. Mais pour assurer la conformité des règles et des politiques nationales avec les principes et les règles de droit international, il faut inévitablement faire intervenir la volonté des États.

⁵⁹ Le hollandais Cornelius Van Bynkershoek (1673-1743) fut l'un des premiers juristes à penser le droit international à partir des comportements et des pratiques des États.

⁶⁰ Puisqu'il est inconcevable de transposer le principe de contractualisme liant les individus à une société en raison du fait que les États possèdent une souveraineté absolue au sein d'une communauté de fait et non contraignante, Vattel caractérisait la société des États comme une entité spécifique. Au sein de cette entité spécifique formée d'États égaux et souverains, aucune norme supérieure n'existe sans qu'elle n'émane des engagements volontaires des États les uns envers les autres.

Le débat est sans issue véritable. La solution de Rousseau (1983) fut de contourner le débat qui oppose l'ordre interne et l'ordre international en présentant le droit international comme un droit de coordination des deux ordres. Dans ce cas, le principe de primauté du droit international n'est limité que par son mode de sanction. Malgré la finesse de cette perspective, si les États ne renoncent pas à une part importante de leur pouvoir de juridiction pour permettre la coordination - voire une éventuelle convergence - des ordres juridiques nationaux, le problème reste entier.

Dans la perspective du droit économique international, le problème de fragmentation des ordres est encore plus significatif. Lorsqu'il s'agit des rapports économiques internationaux, la conciliation des différences internationales et la cohabitation des ordres multiples sont d'autant plus importantes puisque l'espace économique traverse les sphères de juridiction nationale. Cependant, la communauté internationale a généralement supposé l'existence d'un ordre "spontané" - non pas un ordre divin mais un ordre du marché - qui discipline les acteurs économiques et favorise l'interdépendance et la coopération entre les États.

En droit économique, jusqu'en 1950, les juristes ne remettaient pas en cause l'idée que seul l'État avait l'autorité pour gouverner les contrats économiques, tant sur le plan domestique qu'international. Le développement de l'intégration économique internationale et l'importance des FMN ont toutefois amené certains juristes, l'un des premiers étant Jessup (1956), à entrevoir l'émergence d'un ordre issu des pratiques des acteurs privés qui se développe indépendamment des systèmes de droit

nationaux⁶¹. Ce nouveau système de règles privées constituerait un système anational, supranational, ou encore, une *lex mercatoria*. Dans la perspective des approches autonomistes qui considèrent ce système en tant qu'ordre spontané, la *lex mercatoria* serait fondée sur trois piliers: les pratiques des agents privés, les conventions internationales et les principes généraux du droit.

En contraste, les approches positivistes accordent un rôle central aux États dans le développement de la *lex mercatoria*. Schmitthoff est l'un des principaux architectes de cette conception de la *lex mercatoria*⁶². Son approche historique suggère que, dans la période actuelle, nous redécouvrons le caractère international du droit commercial alors que la tendance générale est de s'éloigner des restrictions des droits nationaux pour se rapprocher d'une conception universelle du droit du commerce international. Selon Schmitthoff, ceci correspond à la troisième période d'un processus historique qui serait caractérisée par la juxtaposition des deux périodes précédentes. La première période fait référence aux origines pré-nationales de la *lex mercatoria* lorsqu'est apparu, à l'époque médiévale, un système de règles supportant les activités des marchands⁶³. La deuxième période coïncide avec la consolidation des États et l'unification des lois. Dans la troisième période, Schmitthoff suggère le retour à des principes de droit économique international alors que les États acceptent de céder leur autorité en faveur de nouvelles règles de gouvernance des échanges internationaux. Ainsi, il argue que l'autonomie de la *lex mercatoria* ne peut prévaloir qu'à travers les mesures prises par les États; la *lex mercatoria* n'est donc pas un ordre spontané

⁶¹ Pour une discussion des origines de ce débat, voir De Ly (1992).

⁶² Pour une lecture de Schmitthoff, voir Chia-Jui Ceng (dir.) (1988).

⁶³ Pour une discussion du droit du commerce à l'époque médiévale, voir Berman et Kaufman (1978).

puisqu'elle dérive son autonomie des États, ce qui indique qu'elle est fondée sur le droit national. Cette approche nous apparaît juste.

Les acteurs privés mettent en place certaines règles et les États ont, en grande majorité, adopté des mesures favorables au laisser-faire, ce qui a contribué à transférer une partie de leur pouvoir aux acteurs privés et aux organisations internationales.

Toutefois, l'émergence et l'acceptation globale de certains principes économiques de base de l'économie capitaliste ne constituent pas pour autant un système de droit qui permet de légitimer certaines pratiques et d'en interdire certaines autres. La définition de la *lex mercatoria* semble si arbitraire et diffuse qu'il est préférable d'y voir des principes marchands plutôt qu'une loi (De Ly, 1992). Quels sont effectivement les principes généraux de droit qui gouverneraient la communauté internationale “apart from those which are so general to be useless, are common to legal systems?” (Mustill, 1987, p. 156). En réalité, l'acceptation de ce que qu'on pourrait nommer une *lex mercatoria*, qui représente, en fait, une doctrine de laisser-faire, varie énormément selon les États. Les différences et les particularismes traduisent d'ailleurs l'importance d'autres considérations nationales par rapport à celle du principe de liberté économique; pour reprendre Mustill, “in very many parts of the world it is considered that the exercise of free consent by individual parties must be subordinated to broader economic and political considerations bearing on international trade” (Mustill, 1987, p. 181).

Il nous apparaît donc erroné de considérer qu'une *lex mercatoria* puisse représenter un système de règles efficaces pour le contrôle des pratiques anticoncurrentielles;

cette idée négligeant de reconnaître que le laisser-faire est une doctrine qui bute en réalité sur les prétentions monopolistes des entreprises et sur les incidences de la fragmentation de l'économie mondiale en systèmes nationaux. Force est de constater que d'une idée abstraite d'une *lex mercatoria*, l'on débouche inévitablement sur les droits nationaux. Paradoxalement, la réalisation d'une *lex mercatoria* régissant effectivement les pratiques des entreprises et des États, doit nécessairement passer par les États. La sanction de cette loi repose aussi sur l'appareil coercitif des États et, bien que certains aient affirmé qu'une loi puisse exister en l'absence des pouvoirs de sanction légale puisque les individus rationnels reconnaissent la nécessité d'honorer les contrats, les débats restent ouverts⁶⁴.

La gouvernance des échanges internationaux est donc un sujet controversé. On ne pourrait conclure à la “fin de l'histoire” sur la base de l'émergence et de l'acceptation globale de certains principes économiques de base de l'économie capitaliste. Il est impossible de conclure à l'existence d'un ordre spontané émanant du marché, ni à l'engagement total des États à mettre en place le laisser-faire. La mise en oeuvre de cette loi suprême et universelle - c'est-à-dire de l'ordre du marché - bute sur les conditions concrètes de la concurrence ainsi que sur les comportements des États et sur ceux des entreprises.

La question qui nous intéresse est de voir comment le droit économique international aborde le croisement du droit public et du droit privé, ce qui nécessite de tenir compte non seulement des nouvelles pratiques des États mais des pratiques des entreprises.

⁶⁴ Voir, en droit général, Hart (1961); en droit international, Kelsen (1961, 1970); et, sur les normes, Kratochvil (1989).

La communauté internationale a, en quelque sorte, fait un double pari, celui de l'émergence d'un ordre spontané - une sorte de lex mercatoria - juxtaposé à celui de la progression d'un processus de convergence internationale permettant d'entrevoir l'émergence d'un droit international découlant de la juxtaposition des droits nationaux. Cette approche constitue en réalité la principale faille du droit économique international puisqu'elle sous-estime les pratiques restrictives des entreprises et qu'elle néglige de reconnaître l'importance des États et celle des politiques de la concurrence dans le cadre du déploiement de leurs nouvelles stratégies économiques. Ceci nous transporte au cœur des débats juridiques autour du projet d'instituer un ordre économique libéral hors de la portée des pouvoirs arbitraires et mercantiles des États et des entreprises. Nous quittons donc la discussion théorique puisqu'il convient d'aborder le développement et les limites de l'ordre économique international d'après-guerre pour comprendre les débats juridiques actuels sur le contrôle des pratiques restrictives au niveau international.

2. De la Charte de La Havane au cycle de l'Uruguay⁶⁵

L'ordre économique international d'après-guerre a tenté de faire un compromis entre le projet libéral d'intégration économique internationale et la souveraineté et l'indépendance des États. Au cœur de cette approche, il y avait l'idée que pour réaliser l'intégration économique internationale, les États devaient conserver le contrôle des politiques économiques nationales et que certaines institutions

⁶⁵ Nous préférons utiliser le mot "cycle" par rapport aux mots "round" ou "ronde".

internationales devaient réduire les risques de déséquilibres monétaires et commerciaux. C'est donc sur la base de la gestion interne des économies nationales que le droit économique international allait généraliser certains principes économiques de base.

L'émergence de l'ordre d'après-guerre trouve ses origines dans l'adoption du Reciprocal Trade Agreement Act aux États-Unis en 1934. Cette loi a permis à Roosevelt de renverser les effets de la loi Hawley-Smoot en négociant des réductions tarifaires avec les États qui accordaient un traitement réciproque aux exportations américaines. L'élévation des tarifs permise par la loi Hawley-Smooth, qui pouvait atteindre 50%, était perçue comme un facteur qui avait aggravé la crise économique. Le Reciprocal Trade Agreement Act a permis aux États-Unis de conclure de multiples accords bilatéraux. Les principes contenus dans cette loi sont similaires à ceux qui seront adoptés dans les accords du GATT: 1) une clause de la nation la plus favorisée (NPF) inconditionnelle; 2) le principe de non-discrimination; 3) l'octroi d'un traitement loyal et équitable au commerce américain par les monopoles publics d'achat étrangers; et, 4) une clause échappatoire si les obligations internationales causaient préjudice à la production ou à des producteurs nationaux.

L'élément le plus important de la coopération économique internationale suite à la seconde guerre mondiale fut le remplacement graduel de l'approche bilatérale par une approche multilatérale. Les négociations entre les États-Unis et le Royaume-Uni

furent centrales dans la construction de l'ordre d'après-guerre⁶⁶, mais, à partir de la fin de la seconde guerre mondiale, pour reprendre Van Der Wee,

À la Pax Britannica se substituait la Pax Americana. Les États-Unis veilleraient à ce que toutes les parties respectent les règles du jeu, concevant à cet effet un cadre institutionnel spécifique qui contribuerait à l'édification du nouvel ordre libéral mondial et en garantirait le fonctionnement harmonieux. (Van Der Wee, 1990, p. 295).

L'Organisation des Nations Unies (ONU) fut mise en place et les accords de Bretton Woods, inspirés de Keynes et de White, ont mis en place un système monétaire fondé sur des taux de change fixes et sur la convertibilité en or des monnaies nationales. En 1945, la prorogation du Reciprocal Trade Agreement Act a permis aux États-Unis de continuer à promouvoir les réductions tarifaires et la liberté du commerce. En même temps, les États-Unis ont mis un terme à l'accord prêt-bail de 1942 et ils refuseront d'accorder des prêts au gouvernement britannique jusqu'à ce qu'il s'engage à démanteler le Systèmes de préférences impériales et à adhérer au libre-échange. En vue d'instaurer un code de bonne conduite conforme aux principes de liberté commerciale, de non-discrimination et de réciprocité, les États-Unis ont proposé de tenir une conférence internationale en vue de créer l'Organisation Internationale du Commerce (OIC) et d'élaborer une charte qui consacreraient les principes d'un nouvel ordre économique mondial d'inspiration libérale mieux connue sous le nom de la Charte de La Havane.

⁶⁶ En 1941, Roosevelt obtient de Churchill un égal accès au commerce et aux matières premières à travers la Charte de l'Atlantique. En 1942, les deux pays signent un accord d'aide mutuelle (Mutual Aid Agreement) qui précède le célèbre accord financier de 1945.

La Charte de La Havane mettait de l'avant une réglementation nouvelle en matière de services, d'investissements et de barrières non-tarifaires. L'un des aspects importants de la Charte était la création de l'OIC qui aurait été dotée de pouvoirs de sanction contre les contrevenants aux dispositions de la Charte. Le chapitre 5 de la Charte abordait spécifiquement les pratiques commerciales restrictives. L'article 46 de la Charte définissait la politique générale en matière de pratiques commerciales restrictives des entreprises qui limitaient l'accès aux marchés et favorisaient le contrôle monopolistique. Les articles 47 à 54 définissaient les procédures et les mécanismes d'enquêtes, les termes de référence en vue de formaliser les efforts d'ajustement des politiques nationales, les procédures de consultation et de plainte, et le rôle de l'OIC dans la mise en oeuvre de la Charte. Étaient visées spécifiquement les pratiques suivantes: la fixation des prix, le partage des marchés, les pratiques discriminatoires, la mise en oeuvre de quotas de production, les restrictions en matière de développement technique et d'utilisation restrictive de brevets, de marques déposées et autres droits de propriété intellectuelle ainsi que toutes pratiques que l'organisation jugerait restrictives sur la base d'une majorité de 2/3 des États membres.

Si elle avait été ratifiée, “each member nation would have been obligated to ensure that the private and state-owned commercial enterprises within its jurisdiction did not engage in cartelization, the suppression of technology, or other restraints in international competition” (Scherer, 1994, p. 90). Certes, la Charte n'abordait que les pratiques de dimension internationale sans tenir compte des liens entre les conditions internes et externes de la concurrence. Elle confortait ainsi l'idée de la séparation des domaines économiques national et international. En effet, la Charte n'éliminait pas la distinction entre droit national et droit international - un projet trop ambitieux. La ratification de la Charte n'aurait pas mis en oeuvre un cadre réglementaire commun, les

dispositions prévues en matière de concurrence misaient sur une démarche de coopération internationale liant les États signataires à l'élimination des pratiques restrictives jugées incompatibles avec les objectifs de la Charte. Le contrôle des pratiques restrictives conservait donc une orientation nationale et l'approche intergouvernementale reposait sur la volonté des États de réduire les pratiques commerciales restrictives. Ainsi, la Charte n'aurait établi qu'une "soft law", "c'est-à-dire des dispositions appliquées par les États sur une base purement volontaire et ne portant que sur des principes de transparence, consultation et conciliation entre les gouvernements (Messerlin, 1995, p. 718). Cependant, en vertu de la Charte de La Havane, les États signataires s'engageaient tout de même à prendre des mesures en vue de favoriser la concurrence et d'éliminer les pratiques commerciales restrictives qui avaient un impact sur les échanges internationaux.

En 1948, suite à de nombreux compromis, la Charte fut signée mais elle ne fut jamais ratifiée⁶⁷. Ne pouvant survivre sans l'inclusion d'un acteur aussi important que les États-Unis, le projet fut abandonné par la communauté internationale qui s'est repliée sur l'accord sur les tarifs douaniers signé lors de la Conférence de Genève. Cet accord constituait le chapitre IV de la Charte qui avait été détaché, remanié et complété pour mettre en oeuvre un accord temporaire qui devait éventuellement être remplacé par la Charte de La Havane au moment de sa ratification.

⁶⁷ La proposition américaine avait rencontré certaines réserves du côté européen. Une série d'exceptions allait compromettre la proposition initiale; les européens envisageaient difficilement l'élimination des mesures de protection alors que les économies européennes étaient dévastées et affaiblies par la guerre. Même la Grande-Bretagne avait remis en cause l'abolition du Système de Préférences Impériales en 1947. Suite aux élections américaines de 1950, le nouveau Sénat républicain s'est opposé à la ratification de la Charte, la considérant comme insuffisamment libre-échangiste.

Cet accord, le fameux Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), rassemblait 123 accords commerciaux bilatéraux conclus par les États-Unis dans un document unique. Ainsi, le GATT généralisait les concessions bilatérales à tous les pays signataires et il introduisait certains principes de la Charte de La Havane. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1948 et avec les dispositions du Tokyo Round qui lui ont été ajoutées, cet accord a constitué l'essentiel des règles de droit économique international interétatique jusqu'à la fin du cycle de l'Uruguay. Voyons ce qu'il en est.

Le GATT a d'abord permis de faire accepter le principe de non-discrimination par la mise en oeuvre de la clause NPF - pièce centrale de l'accord. Cette clause implique l'obligation d'égaliser la situation du bénéficiaire de la clause avec celle de tout pays tiers plus favorisé. Ainsi, un État profite automatiquement des avantages obtenus du pays concédant par des partenaires plus avisés. Son contenu varie et n'implique pas le traitement national qui est généralement plus favorable que la clause NPF, ce qui permet aux États de distinguer les conditions internes et externes de la concurrence. Concrètement, cette clause devait avoir pour effet de permettre aux sujets de l'État bénéficiaire de lutter dans des conditions formelles de concurrence égales à celles qui étaient concédées aux sujets des autres pays bénéficiaires de la clause sur le marché de l'État concédant. En plus de la "multilatéralisation" de la clause, le GATT prévoyait son extension par une liste de concessions annexée à l'accord. Il garantissait aussi l'inconditionnalité de la clause, ce qui signifie que la clause NPF aurait un caractère automatique. Ainsi, contrairement aux pratiques prévalant entre les deux guerres, son application ne pouvait dépendre de conditions commerciales ou non commerciales particulières. Le principe de non-discrimination était aussi mis en oeuvre par la clause du traitement national. En vertu de cette clause, les États devaient concéder le même

traitement en matière d'imposition et de règlements intérieurs aux produits importés et aux produits intérieurs.

Au principe de non discrimination s'ajoutait le principe de réciprocité pour résoudre le problème suivant: puisque la clause NPF implique la concession automatique des avantages que d'autres États auront obtenus, les États n'ont que peu d'intérêt à faire des concessions. Le GATT prévoyait donc que les États signataires fassent des concessions en vue de démanteler les obstacles aux échanges; il a interdit les restrictions quantitatives et condamné les barrières non tarifaires ainsi que les zones de libre-échange et des unions douanières. Il a condamné plus spécifiquement les mesures de protection douanière par le truchement de l'article XXIII, mais une approche plus réaliste est prévue à l'article XXVIII - celle de négociations régulières en vue de l'abaissement général et progressif des droits de douanes sur la base du principe de réciprocité.

Le GATT accorde toutefois une grande marge de manœuvre aux États. Premièrement, les États disposent d'un recours à des mesures de rétorsion légalisées dans les cas de dumping (article VI) et des aides étatiques (articles XVI) qui peuvent aboutir à l'imposition de droits compensateurs. Nous insisterons plus loin sur le code antidumping qui nous intéresse tout particulièrement. Par ailleurs, dans certaines circonstances, il est possible de justifier des pratiques condamnées par le GATT en invoquant les clauses d'exception et de dérogation. Par exemple:

- Les États ne sont liés par l'accord que dans la mesure où l'accord ne contredit pas la législation nationale.

- L’article XIX prévoit une dérogation de l’application de certaines dispositions de l’accord dans le cas de préjudice à la production nationale.
- L’article XII permet de prendre en considération la balance des paiements.
- Les articles XX et XXI font allusion aux motifs de sécurité nationale.
- Des dispositions permettent les accords de restrictions volontaires des exportations.
- L’article XXIV permet d’entrevoir la compatibilité entre les dispositions de l’accord général et les zones de libre-échange ou les unions douanières.
- L’article XXVI aborde la question litigieuse du traitement préférentiel pour les pays en développement.

Le GATT a certainement permis la croissance des échanges internationaux et la réduction des disputes en matière de commerce international. À partir du cycle Kennedy, la réduction des droits de douanes fut négociée suivant une approche véritablement multilatérale et linéaire⁶⁸. Ainsi, le principe de réciprocité a véritablement pris une dimension globale alors que tous les pays signataires s’engageaient à appliquer les réductions tarifaires de façon inconditionnelle sur la base des principes des avantages mutuels et de la réciprocité globale. Juxtaposée aux effets du Trade Expansion Act adopté par les États-Unis en 1962, cette nouvelle approche a

⁶⁸ La linéarité implique que l’on réduise les tarifs par un montant uniforme et pour une grande catégorie de produits. Lors des premières conférences du GATT, les négociations se déroulaient bilatéralement “pays par pays” et “produits par produits”. Les négociations étaient organisées suivant la règle du principal fournisseur et les concessions étaient ensuite étendues aux autres pays. Cette méthode fut utilisée jusqu’au cycle Kennedy (1963-1967).

permis une réduction substantielle des tarifs. Selon les estimations du GATT, le cycle Kennedy (1963-1967) et le cycle de Tokyo (1973-1979) ont favorisé des réductions moyennes de tarifs douaniers de 35% et de 34% respectivement. Néanmoins, les limites du GATT face aux nouvelles réalités de l'économie mondiale sont apparues très rapidement.

Dès la fin du cycle Kennedy, l'on constate que la réduction importante des tarifs douaniers s'accompagnait de l'accroissement des barrières non tarifaires (BNT) et depuis le cycle de Tokyo, les négociations porteront de plus en plus sur ce type de barrières⁶⁹. Par ailleurs, en raison des pressions protectionnistes contre la concurrence étrangère jugée "déloyale" et de l'insatisfaction grandissante face au GATT, les États-Unis ont progressivement adopté des mesures unilatérales de plus en plus agressives. Ces mesures unilatérales ont véritablement réduit la crédibilité des accords multilatéraux et miné le processus de coopération économique internationale⁷⁰. Se sont aussi développées des formes de commerce administré qui s'écartent des principes du multilatéralisme, de la nation la plus favorisée, et du

⁶⁹ Selon les estimations du FMI et du GATT, la proportion des importations affectées par les BNT passe de 25% en 1966 à 48% en 1986. Le GATT recense 855 BNT en 1970 et plus de 1000 en 1988. Ces chiffres sont sous-évalués puisque les catégories de BNT retenues ne sont pas exhaustives - en général, elles sont limitées aux mesures publiques affectant le commerce (l'imposition à l'importation, les limitations spécifiques, les normes techniques, les formalités douanières et administratives et la participation des États au commerce). Il est certain aussi qu'il faut considérer que l'accroissement des BNT s'explique en partie par le fait qu'elles sont devenues plus apparentes en raison de la diminution des barrières tarifaires.

⁷⁰ En 1974, dans le but de discipliner certains pays dont les pratiques étaient jugées déloyales, ils ont adopté le Trade Act, qui incluait le célèbre article 301. En 1984, ils adoptèrent le Trade and Tariff Act qui contient des dispositions relatives à l'investissement international et à la propriété intellectuelle. En 1988, le Trade and Competitiveness Act a introduit le Super 301 (article 310) et le Special 301 (article 337) qui ont comme effet de faciliter et d'élargir les recours contre la concurrence étrangère. En outre, une liste prioritaire de concurrents déloyaux fut constituée; les plus importants étant le Japon, le Brésil et l'Inde.

traitement national. Néanmoins, l'article XIX du GATT permet des mesures temporaires en cas de préjudice à la production nationale et certains économistes justifient le commerce administré en soulignant, qu'en concurrence imparfaite, il a des effets positifs sur les relations économiques internationales et les échanges internationaux.

In practice, managed trade models can improve on the free trade model, not as it exists in the textbooks but as it actually operates in a world of nation-states. Pure free trade is improbable, and different nations are likely to operate their domestic economies according to fundamentally different rules and structures. (...) At present, in the mind of free traders, the ideal of 'multilateralism' is irrevocably yoked to the ideal of "liberal", for both historical and ideological reasons. (Kuttner, 1989, 44)

Bien que le commerce administré puisse résoudre des conflits commerciaux liés aux pratiques commerciales restrictives, il constitue aussi une source supplémentaire d'obstacles aux échanges et à la concurrence. En effet, les formes de commerce administré ne favorisent pas toujours le rétablissement de conditions commerciales acceptables ou souhaitables, d'autant que

(...) les autolimitations des exportations sont le plus souvent *de facto* à l'abri des enquêtes antitrust au niveau national. Par ailleurs, en application du principe de l'obligation imposée par un État souverain, les limitations des exportations expressément encouragées par les pouvoirs publics du pays exportateur sont, elles aussi, à l'abri des poursuites dans un certain nombre de pays. En revanche, les restrictions des exportations purement "privées", une fois connues, peuvent être attaquées par les autorités chargées de la concurrence. En outre, il n'existe pas de raisons évidentes pour exempter totalement de la politique de concurrence les autolimitations "publiques". (OCDE, 1993, p. 105)

À ces mesures unilatérales et à ces formes de commerce administré se sont ajoutées les mesures antidumping. Les recours aux mesures antidumping ont

augmenté considérablement dans les années 70 et “depuis les années quatre-vingt, les actions antidumping prennent le relais des limitations volontaires des exportations et deviennent le cœur des politiques anticoncurrentielles (Messerlin, 1995, p. 719)⁷¹.

Les pays qui font un usage fréquent de mesures antidumping sont l’Australie, le Canada, l’Union Européenne et les États-Unis mais les pays en développement, notamment le Mexique, deviennent des utilisateurs importants dans les années 90⁷².

Il n’existe pas de régime multilatéral en matière de dumping; le GATT propose plutôt un ensemble de principes directeurs qui guide les procédures antidumping propres à chaque État⁷³. L’approche consiste à permettre aux États lésés de prendre des mesures de rétorsions légalisées qui compensent, corrigent ou neutralisent les effets des pratiques de dumping des entreprises exportatrices. Les dispositions en matière de dumping font l’objet de l’article VI du GATT et du Code antidumping de 1967 qui fut révisé lors du cycle de Tokyo. Selon la définition qu’en donne l’article VI du GATT, le dumping est une pratique qui permet “l’introduction des produits d’un pays sur le marché d’un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale”. Le Code antidumping a précisé cette définition en ajoutant que le prix d’un produit importé est inférieur à sa valeur normale quand “le prix à l’exportation de ce produit,

⁷¹ Les secteurs les plus touchés sont les produits chimiques, les métaux, la machinerie, le textile, l’électronique et le ciment.

⁷² L’arrivée de nouveaux utilisateurs s’explique par trois facteurs principaux: ces mesures constituent un instrument de protection se substituant aux barrières tarifaires qui ont été démantelées; la libéralisation commerciale a provoqué l’augmentation des pressions protectionnistes; et, les mesures antidumping ne contredisent pas les obligations multilatérales.

⁷³ Les signataires du Code antidumping s’engagent à rendre leur réglementation nationale conforme aux dispositions du Code. Depuis l’entrée en vigueur du Code de 1979 (1er janvier 1980), les politiques antidumping font l’objet d’un contrôle par le comité antidumping du GATT, du moins en ce qui concerne les 23 parties contractantes au Code antidumping (Australie, Autriche, Brésil, Canada,

lorsqu'il est exporté d'un pays vers un autre, est inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire destiné à la consommation dans le pays exportateur”.

Selon le Code antidumping, la partie plaignante doit fournir trois éléments de preuve⁷⁴. Elle doit établir: 1) l'existence de dumping en prouvant que les prix à l'importation d'un produit sont inférieurs à sa valeur normale; 2) l'existence d'un préjudice important directement relié au dumping en démontrant que le volume des importations a un effet sur les prix de produits similaires sur le marché intérieur et que les importations ont un impact préjudiciable sur les producteurs nationaux de ces produits; et, 3) un lien de causalité entre le dumping et le préjudice⁷⁵. Si la plainte est reçue, à moins que le pays exportateur consente à relever les prix, il pourra subir l'imposition de droits compensateurs⁷⁶.

La réglementation antidumping du GATT comporte plusieurs lacunes, du moins avant les améliorations apportées par le GATT-1994. Certains critères sont imprécis et la réglementation est essentiellement axée sur la défense des intérêts des producteurs nationaux contre la concurrence étrangère, ce qui a comme conséquence de

Corée, Egypte, Espagne, États-Unis, Finlande, Hongkong, Inde, Japon, Norvège, Pakistan, Pologne, Roumanie, Singapour, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Yougoslavie (ex-) et la CEE).

⁷⁴ Les critères de représentativité et de recevabilité d'une plainte varient d'un pays à l'autre. Le Code antidumping requiert qu'une plainte doit venir d'une partie représentative de la branche de production nationale, c'est-à-dire par l'ensemble des producteurs nationaux de produits similaires ou par un nombre suffisants de producteurs dont la production représente une partie majeure de la production totale de ce produit (25%).

⁷⁵ Suite à la révision du Code en 1979, le dumping peut n'être qu'un des éléments causant le préjudice. Le préjudice peut aussi découler des pratiques commerciales restrictives des producteurs.

⁷⁶ Ces droits doivent être inférieurs ou équivalents à la marge de dumping et être appliqués pour une durée qui n'excède pas le temps nécessaire pour neutraliser les effets du dumping.

favoriser les pratiques anticoncurrentielles et d'ignorer les intérêts des consommateurs (Carreau, Flory et Juillard, 1990). L'accord de l'Uruguay a considérablement amélioré le système antidumping⁷⁷. L'accord comprend les aspects suivants: clarification des règles servant à déterminer le préjudice, amélioration des procédures, définition d'une marge de dumping (2%) et une clause "sunset" limitant l'application des mesures à 5 ans⁷⁸. Néanmoins, ces améliorations, quoique substantielles, n'impliquent aucun rapprochement des mesures antidumping et des règles de la concurrence ce qui, pour certains, serait nécessaire pour éviter le détournement des mesures antidumping vers des objectifs protectionnistes. La comparaison entre l'application des mesures antidumping appliquées aux entreprises étrangères et celle des politiques de la concurrence aux entreprises domestiques revèle la divergence des approches. Si les politiques de la concurrence s'opposent à la prédatation, puisqu'elles interviennent lorsque la discrimination par les prix menace le processus concurrentiel, les mesures antidumping ne requièrent pas d'établir la prédatation; toute entreprise étrangère qui exporte à un prix moindre que le prix qui prévaut sur le marché national est une cible potentielle. À cet égard, si la marge de dumping qui fut établie par l'accord de l'Uruguay est de 2%, il est significatif que plusieurs mesures antidumping aient été appliquées sur la base de marges inférieures (Leidy, 1995).

⁷⁷ Un compromis a été atteint entre les pays qui s'opposaient aux mesures antidumping, notamment le Japon et les pays en développement, et ceux qui voulaient en renforcer le rôle, dont l'Union Européenne et les États-Unis.

⁷⁸ En réalité, les mesures antidumping ne sont que rarement transitoires, ce qui justifie l'adoption d'une "sunset clause". Avant l'inclusion de cette clause dans la réglementation du GATT, seule l'Australie respectait le caractère transitoire des mesures antidumping. Les États-Unis, qui n'avaient pas adopté une telle clause avant l'accord de l'Uruguay, appliquaient des mesures antidumping sur des périodes très longues. Des 268 mesures antidumping en vigueur en juin 1993, 61 dataient d'avant 1984 et certaines depuis les années 60. Au Canada, 11 des 74 mesures antidumping en vigueur en juin 1993 avaient précédemment été appliquées avant 1984.

Il découle de ceci que les mesures antidumping s'opposent à la concurrence par les prix tout autant qu'aux pratiques prédatrices des entreprises étrangères et que les actions antidumping se prêtent parfaitement aux soutien des pratiques anticoncurrentielles. En effet, elles sont disponibles aux entreprises qui désirent limiter la concurrence, principalement aux firmes, ou à une coalition de firmes, qui détiennent d'importantes parts de marché puisque les plaignantes doivent représenter au moins 25% de l'industrie domestique affectée par le dumping. Par ailleurs, les procédures d'enquêtes sont "tellement biaisées qu'elles assurent un succès hors du commun: seulement 5% des actions antidumping concluent à l'absence de dumping" (Messerlin, 1995, p. 719). De plus, les mesures prises sont collusives puisqu'elles débouchent sur des engagements sur les prix et les quantités par les firmes, ou sur l'imposition de droits de douanes qui réduisent la capacité concurrentielle des firmes étrangères⁷⁹. Une étude de l'OCDE (1996) a d'ailleurs montré que, depuis 1980, sur plus de 1000 affaires de dumping aux États-Unis, au Canada, en Australie et dans la Communauté Européenne qui ont débouché sur des mesures antidumping (ce qui représente environ 65% des affaires), moins de 10% impliquait des risques de monopolisation (OCDE, 1996f).

L'existence de bas prix peut refléter une efficience plus grande et pour évincer des concurrents par des prix déraisonnablement bas, une entreprise doit récupérer les coûts d'une telle stratégie sans risquer l'entrée de concurrents lors de la hausse des

⁷⁹ Les menaces de recours antidumping peuvent être suffisantes pour favoriser la collusion. Par exemple, en février 1993, un mois après que les producteurs automobiles américains aient annoncé leur intention de porter plainte en vertu de la loi antidumping, les producteurs japonais ont annoncé une entente visant l'augmentation des prix des automobiles destinées au marché américain afin d'éviter les frictions commerciales et l'application de mesures antidumping.

prix. Ainsi certains voient-ils beaucoup d'avantages à faire appliquer les dispositions de la politique de la concurrence plutôt que celles des lois commerciales lorsqu'il y a dumping. La méthode utilisée pour évaluer les coûts est plus précise et elle requiert la preuve de discrimination⁸⁰. Il existe un cas où les dispositions antidumping et la politique de la concurrence ont été invoquées à la même affaire. En 1968, les producteurs américains, qui cherchaient alors à se protéger contre les exportations japonaises de téléviseurs et de produits électroniques de grande consommation, avaient déposé une plainte de dumping auprès du gouvernement américain. Par la suite, en 1971 et 1974, ils invoquèrent les lois sur la concurrence⁸¹. La Cour Suprême des États-Unis a tranché, en 1986, avec la décision Matsushita Electric Co Ltd. et al contre Zenith Radio Corp et al. Avec une majorité de cinq voix contre quatre, la Cour a rejeté les arguments des plaignants puisqu'elle a jugé qu'il était impossible de monopoliser le marché américain en raison du nombre de concurrents, de la facilité d'accès au marché et des effets des changements technologiques sur le marché. Bref, “the Court saw no evidence that after twenty years the Japanese firms had gained a position that allowed them to elevate prices and hence profits” (Sherer, 1994, p. 84).

Dans cette affaire, la politique de la concurrence n'a pas été détournée à des fins protectionnistes mais la décision de la Cour aurait très bien pu pencher de l'autre

⁸⁰ Citons Sherer (1994) sur le cas de l'acier entre le Canada et les États-Unis: “...one can have “dumping” without true discrimination, which led to U.S. charges during the recession of 1990-92 that Canadian steelmakers were dumping in the United States, and Canadian countercharges that U.S. steelmakers were dumping in Canada.” (p. 82). Ceci tient au fait que la méthode utilisée pour évaluer les coûts tend à surestimer le marge de dumping durant les récessions; les coûts fixes étant plus importants lorsque la production est réduite. Aussi sur l'interface antidumping et concurrence entre le Canada et les États-Unis, voir Warner (1992).

⁸¹ Ils firent une demande de protection contre les importations “déraisonnables” en 1976 qui déboucha sur un accord de limitation volontaire des exportations de la part du Japon.

côté, 4 juges sur 9 s'y opposaient. La Cour a d'ailleurs admis qu'il existait des raisons de croire que la concurrence n'existe pas sur le marché japonais même si, en bout de ligne, elle "a considéré que les décisions en matière de fixation des prix sur le marché des États-Unis étaient prises pour l'essentiel sans tenir compte des conditions qui régnent sur le marché japonais" (OMC, 1997, p. 81). Les politiques de la concurrence ne sont pas à l'abri d'un détournement à des fins protectionnistes.

Il convient maintenant d'aborder le cycle de l'Uruguay qui fut marqué par d'importants débats sur les BNT, le commerce administré, les recours antidumping et les mesures commerciales unilatérales. Débuté à Punta del Este en 1986, le cycle de l'Uruguay a débouché sur la signature de l'Acte final mettant en application les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round à Marrakech le 15 avril 1994. Le GATT-1994 comprend un bloc d'accords indivisibles et des accords plurilatéraux détachables mais l'élément le plus innovateur est sans doute la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui est dotée de pouvoirs de sanction pour contraindre les États membres à se conformer aux dispositions des accords⁸². Le succès inattendu du cycle de l'Uruguay a permis de dissiper la morosité installée dans les relations économiques internationales et de croire qu'il puisse être possible d'aborder plusieurs domaines sur lesquels le GATT était demeuré muet. Les points saillants du GATT-1994 sont les suivants:

- Réductions tarifaires considérables.

⁸² Les États-Unis ont par ailleurs créé un nouvel organisme, le International Trade Tribunal qui surveille les décisions de l'OMC.

- Réduction des barrières non tarifaires et élimination des recours aux accords d'autolimitation.
- Clarification du Code de subventions et du Code antidumping.
- Progrès au niveau de la question des marchés publics.
- Introduction de règles concernant les services.
- Signature de l'accord relatif aux aspect des droits de propriété intellectuelle (ADPIC) qui inclut certaines mesures en matière de concurrence.
- Accord relatif aux mesures sur les investissements liées au commerce (MIC) qui engage les États à ne pas soumettre les investisseurs étrangers à des exigences qui faussent le commerce.
- Renforcement du système de règlements des différends commerciaux⁸³.

Certaines améliorations sont notables, mais ce qui caractérise le cycle de l'Uruguay est plutôt le nombre de problèmes qui restent à l'agenda post-Uruguay et qui ont motivé la mise en place d'un processus de négociation permanente sur un certain nombre de questions prioritaires comme les problèmes de concurrence et l'investissement international. Depuis la conférence de Singapour en 1996, la

⁸³ Les procédures sont améliorées notamment par des délais stricts, la création d'un organe d'appel, le recours à l'arbitrage et la condamnation de toute action unilatérale en vue de contraindre les États membres à se limiter aux mesures de rétorsion et aux procédures prévues par le Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends.

reconnaissance des liens entre les politiques en matière d'investissement international, de commerce international et de concurrence a motivé la création de groupes de travail au sein de l'OMC dont le Groupe de travail sur les liens entre commerce et investissement et le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de concurrence.

En ce qui a trait plus spécifiquement à la concurrence, en 1997, à l'issue de la première réunion du Groupe sur la politique de la concurrence, une liste des questions à examiner met l'accent sur:

- les liens entre les objectifs, les principes, les concepts et la portée des instruments du commerce et de la politique de la concurrence;
- l'inventaire et l'analyse des instruments existants;
- l'interaction entre le commerce et la politique de la concurrence: incidences des pratiques des entreprises et des États; aspects des droits de propriété intellectuelle; rapports entre investissement et politique de la concurrence, incidences de la politique commerciale sur la concurrence;
- l'identification des domaines qui pourraient être examinés dans le cadre de l'OMC.

La communauté internationale n'en est qu'à l'étape de discussion et les travaux portent surtout sur l'interaction entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence. Cependant, comme le note Hoekman, “Prospect for negotiations on multilateral disciplines relating to competition policy recently increased with the decision of the first Ministerial meeting of the World Trade Organization (WTO) in December 1996 to establish a working group on the topic” (Hoekman, 1997, p. 1).

Plusieurs propositions ont été faites en vue d'élargir les règles du système multilatéral

et de les orienter vers une approche concurrentielle qui remplacerait l'approche axée sur les barrières “traditionnelles” au commerce et à l'investissement international⁸⁴. Il y a trois raisons principales qui expliquent l'intérêt croissant envers un régime concurrentiel de dimension globale. Elles sont bien résumées par Hoekman.

The rationales offered for this is included in market access concerns (a perception that falling trade barriers must be completed by antitrust measures to ensure that foreign competition materializes); a perception that without such disciplines it is impossible to constrain the use of trade policies such as antidumping; and a belief that the exercise of market power by global multinational requires a global competition code. (Hoekman, 1997, p. 1)

Depuis le début des années 90, cette idée de développer un cadre réglementaire de la concurrence au niveau multilatéral pour aborder les pratiques anticoncurrentielles transfrontalières, leurs impacts sur les échanges internationaux et les problèmes de juridiction a fait couler beaucoup d'encre. L'idée n'est certes pas nouvelle; elle était même inscrite dans la Charte de La Havane. Mais bien que l'accord *ad hoc* conclu en 1960 dans le cadre du GATT sur les cartels et les trusts internationaux ait établi des procédures de notification et de consultation, le GATT est, jusqu'à tout récemment, resté immobile face aux pratiques commerciales restrictives des entreprises⁸⁵.

Voyons de plus près les propositions actuelles. Premièrement, la proposition d'un Draft International Antitrust Code par un groupe d'experts en droit, le Groupe de Munich, envisage la création d'une autorité antitrust responsable de faire appliquer

⁸⁴ Pour une discussion des avantages d'une telle approche voir Feketekuty (1996).

⁸⁵ Les procédures de notification et de consultation n'ont d'ailleurs quasiment jamais été utilisées.

des règles communes et harmonisées de concert avec les autorités nationales⁸⁶. Ce code serait intégré aux accords plurilatéraux de l'OMC. Deuxièmement, Sherer (1994) propose la création d'un International Competition Policy Office dans le cadre des travaux de l'OMC qui obligerait progressivement les nations membres à prendre des mesures au niveau de l'élimination des exemptions des cartels à l'exportation et à l'importation par les autorités nationales, de l'abus de position dominante sur les marchés internationaux et des procédures d'approbation des fusions. Troisièmement, une proposition d'un groupe d'experts de l'UE vise essentiellement une coopération bilatérale accrue et l'élaboration d'un accord plurilatéral sur certains principes de base dans le cadre de l'OMC qui serait mis en oeuvre par les autorités nationales⁸⁷. La proposition prévoit l'interdiction formelle des cartels à l'exportation et des restrictions horizontales, l'utilisation de la règle de raison pour les autres types de pratiques, la notification des fusions ainsi que l'obligation d'appliquer les principes de courtoisie négative et positive sur lesquels nous reviendrons plus loin.

D'autres propositions sont moins ambitieuses dans la mesure où elles ne supposent pas de nouvelles règles ni de nouvelles institutions. De son côté, Messerlin (1996) suggère un système prohibant les dimensions "pro-cartel" incorporées dans les lois nationales. Certaines de ces propositions portent plutôt sur les liens entre la politique de la concurrence et la politique commerciale (Hoekman, 1997). On propose, par exemple, le remplacement des mesures antidumping par l'application des politiques de la concurrence (Warner, 1992). Dans une perspective encore plus limitée, il est proposé de rendre les mesures antidumping "contestables" en faisant

⁸⁶ Fikentscher, Wolfgang et Ulright Immenga (eds) (1995).

intervenir les règles et les procédures qui servent à l’application de la politique de la concurrence; par exemple, la démonstration de l’existence de barrières à l’entrée; l’utilisation du concept de “marché pertinent” au lieu de celui de “produit similaire”; l’introduction d’un seuil de sensibilité; la possibilité pour les exportateurs de faire appel à des moyens de défense semblables à ceux qui sont disponibles dans le cadre de poursuites antitrust ainsi que l’introduction d’un plafond réduisant la possibilité de plaintes antidumping par les entreprises nationales qui détiennent une part de marché importante⁸⁸. Certaines propositions mettent l’emphase sur le rôle proactif de l’OMC pour favoriser la prise en considération des effets des politiques nationales sur l’environnement concurrentiel et l’accès au marché. Ce rôle pourrait reposer sur l’élargissement du mécanisme de surveillance des politiques commerciales pour prendre en compte les dimensions concurrentielles.

Un autre type de proposition consiste à élargir les procédures des différends de l’OMC pour inclure les pratiques restrictives tolérées par les États membres. L’idée consiste à faire appliquer l’article XXIII sur les mesures de non violation à des cas de non-application ou d’application discriminatoire des politiques de la concurrence. Ceci favoriserait une application des lois conforme aux objectifs d’accès au marché. La politique de la concurrence et son application seraient ainsi “contestables” (Hoekman et Mavroidis, 1994 et 1996). Le cas de Kodak porté devant l’OMC a

⁸⁷ Commission des Communautés Européennes (1995a).

⁸⁸ Certaines mesures prises au niveau national, notamment au Canada et aux États-Unis, limitent l’imposition de mesures antidumping lorsque les conditions sur le marché réduisent les avantages de telles mesures. Le Tribunal canadien du commerce extérieur a récemment refusé de prendre des mesures antidumping demandées par des entreprises productrices de sucre contre le dumping d’entreprises américaines en raison de la concurrence limitée sur le marché canadien du sucre.

confirmé cette possibilité. L'affaire portait sur les restrictions verticales sur le marché japonais⁸⁹. En vertu du super 301, Eastman Kodak a porté plainte contre les pratiques déraisonnables de Fujifilm au Japon et, pour la première fois, les États-Unis ont accepté une plainte reliée aux pratiques anticoncurrentielles. Eastman Kodak a préféré porter plainte devant le tribunal du commerce plutôt que devant les autorités antitrust pour deux raisons: 1) l'application des lois étrangères aux problèmes de concurrence sur les marchés étrangers est controversée; et, 2) l'incertitude en rapport avec l'application de la politique de la concurrence puisque l'analyse, selon qu'elle eut été faite en fonction du marché japonais ou du marché mondial, aurait conduit à des conclusions divergentes et que l'application de la Section 2 de la loi Sherman aurait pu être contestée même si la compétence des autorités américaines avait été reconnue⁹⁰.

Pour être portée devant l'OMC, la plainte devait cependant rencontrer certaines conditions spécifiques puisque les règles du système multilatéral, à l'exception peut-être de l'AGCS et de l'ADPIC dans une certaine mesure, ne s'appliquent pas aux pratiques anticoncurrentielles et à l'application des politiques de la concurrence des

⁸⁹ Les restrictions verticales ont fait l'objet de controverses et de litiges importants entre les États-Unis et le Japon. Dans les années 80, les disputes ont porté sur les semi-conducteurs et en 1995 le problème s'est posé dans le cas des importations d'automobiles et de pièces aux États-Unis.

⁹⁰ Kodak détient une part du marché américain égale à celle de Fujifilm au Japon mais nettement supérieure à celle de sa rivale au niveau mondial. D'ailleurs, Fujifilm arguait que la définition du marché des pellicules et des papiers photographiques est un marché mondial et que, sur ce marché, Kodak était dominant et adoptait des pratiques d'exclusion alors que Fujifilm pouvait prétendre ne pas contrôler d'installations essentielles à l'entrée et ne pas bénéficier d'arrangements verticaux et horizontaux illégaux de distribution exclusive lui conférant un avantage déloyal face à Kodak. Fait notable, dans une des nombreuses affaires impliquant Kodak aux États-Unis, une décision marquante a été établi, en 1995, que le marché pertinent avait une dimension globale alors que la poursuite du gouvernement était fondée sur un marché plus restreint (Constantine, 1995). Par ailleurs, la jurisprudence américaine traite avec une grande souplesse les restrictions verticales, ce qui contribuait à accroître l'attrait de la politique commerciale pour Kodak. Toutefois, soulignons que la politique de la concurrence aurait pu mettre l'accent sur les barrières à l'entrée, les arrangements illégaux et sur la fermeture artificielle du marché japonais où, effectivement, Fujifilm détient une position dominante.

États membres⁹¹. Il fallait prouver que les pratiques restrictives étaient supportées par le gouvernement étranger. La plainte de Kodak remplissait ces conditions, ce qui confirme que l'article XXIII sur les mesures de non-violation peut être invoqué en cas de non-application ou d'application discriminatoire des politiques de la concurrence. Dans cette affaire, les États-Unis ont fait valoir que les mesures de libéralisation commerciale du marché japonais avaient été suivies de contre-mesures pour structurer le marché de la photographie grand public de manière à empêcher Kodak de se faire une place importante sur le marché japonais mais, en mars 1998, l'OMC a rejeté la plainte⁹².

Ce type de recours est de plus en plus important⁹³. Le Canada a d'ailleurs été la cible des États-Unis dans une affaire relative à l'accès aux marchés des périodiques lorsque

⁹¹ Le système GATT-OMC, rappelons-le, s'intéresse principalement au traitement des importations. Il a d'ailleurs été construit principalement pour ouvrir les frontières aux importations. Maintenant, le système multilatéral doit aborder les questions soulevées par les stratégies économiques fondées sur la croissance des exportations plutôt que sur les stratégies de fermeture des économies nationales. Comme nous l'avons vu plus haut, en matière d'exportation, certaines dispositions autorisent les États à prendre des mesures contre les concurrents déloyaux - les mesures antidumping et les mesures compensatoires de produits subventionnés.

⁹² En 1996, l'OMC est saisie du dossier conformément au Protocole d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends; les États-Unis alléguait alors que les mesures du gouvernement japonais allaient à l'encontre de l'article III portant sur le traitement national en matière de réglementation intérieure, et de l'article X portant sur la transparence. En outre, il était argué que ces mesures annulaient ou réduisaient les avantages concédés en situation de non-violation (article XXIII). Dans sa décision, l'OMC estime que les éléments de preuve ne démontraient pas: 1) que des mesures gouvernementales existaient et qu'elles étaient défavorables aux concurrents étrangers (article III); 2) que les mesures contreviennent au principe de transparence (article X); et 3) qu'il y avait annulation ou réduction en situation de non-violation (article XXIII) par des mesures modifiant les conditions qui régnait lors du GATT-1994 ou qui n'auraient pas pu être raisonnablement anticipées lors des négociations.

⁹³ Dans ce même type de plaintes, le Brésil et le Canada ont entrepris des procédures dans le cadre de l'OMC en ce qui concerne le marché des aéronefs civils depuis 1997; le Brésil se plaint des mesures canadiennes visant l'exportation tandis que le Canada dénonce les restrictions à l'accès au marché brésilien. Voir les documents du Ministère des affaires étrangères et du commerce international (MAECI) au sujet de cette affaire.

les États-Unis ont déposé une plainte à l'OMC alléguant que certaines mesures gouvernementales canadiennes allaient à l'encontre des dispositions du GATT (OMC, 1997)⁹⁴. Établi en 1996, le Groupe spécial pour examiner ce dossier a généralement conclu en faveur des États-Unis⁹⁵. Néanmoins, les questions structurelles et les pratiques restrictives ne peuvent être abordées par l'OMC. Il faut cependant mentionner que, relativement à l'affaire Kodak-Fujifilm, les États-Unis et la Communauté Européenne avaient aussi fait appel à l'OMC en invoquant la Décision de 1960 des parties contractantes sur les procédures de consultation au sujet des pratiques commerciales restrictives. Le Japon a rétorqué en soulevant la question des pratiques des entreprises américaines sur le marché photographique américain. La Décision de 1960 n'engage les États qu'à la consultation.

Ces nouveaux débats révèlent les limites de l'ordre économique international d'après-guerre. Cet ordre est fondé sur un compromis qui consiste à poursuivre la coopération intergouvernementale tout en assurant le maintien de la stabilité domestique et la souveraineté des États-nations. En quelque sorte, l'OMC bute sur la dualité “Smith à l'extérieur, Keynes à l'intérieur” ou, pour reprendre Ruggie (1982), sur les limites du “embedded liberalism compromise”⁹⁶. En effet,

⁹⁴ Ces mesures consistaient à l'interdiction d'importer certains périodiques, l'application d'une taxe d'accises aux éditions déboublées de périodiques, et l'application, par la Société canadienne des postes de deux tarifs postaux commerciaux, l'un “canadien” et l'autre “international” et “subventionné”. L'OMC a examiné ces mesures à la lumière des dispositions de l'article XI sur les restrictions à la frontière et celles de l'article III sur le traitement accordé aux produits importés.

⁹⁵ Le Canada et les États-Unis ont fait appel en 1997. L'organe d'appel a apporté des modifications au rapport du Groupe spécial; la conclusion finale était cependant similaire, le Canada devait rendre les mesures en question conformes à ses obligations du GATT.

⁹⁶ “Compromis du libéralisme encastré”.

Now that the point-of-entry barriers have become progressively lowered or eliminated, the impact of domestic economic policies and institutional arrangements on international economic transactions has soared in silence. (...) The GATT - and now the World Trade Organisation (WTO) - was designed, in the words on one legal scholar, “to maintain a balance of (external) concessions and obligations, not to restructure nations”. Yet, “restructuring nations” - at least, certain aspects of nations - is what trade disputes increasingly have come to be about. (Ruggie, 1994, pp. 509-510)⁹⁷

Il n'est plus possible de séparer les conditions internes et externes de la concurrence. L'émergence de règles de concurrence communes est nécessaire. Néanmoins, la communauté internationale s'occupe plutôt à élargir l'espace de liberté des acteurs privés qu'à mettre en place des remparts contre les pratiques anticoncurrentielles. En matière de concurrence, il n'existe pas de consensus permettant d'entrevoir un droit supranational; les discussions se limitent à favoriser la coopération intergouvernementale afin de gérer l'internationalisation simultanée des droits nationaux.

3. Des limites de l'ordre multilatéral aux débats actuels sur la concurrence

Le “mouvement non coordonné de libéralisation des législations nationales, à partir des années soixante-dix, qui a ouvert aux entreprises un nouvel espace de liberté qu'elles ont de plus en plus utilisé” (Hatem, 1995, p. 72), n'a pas été accompagné de l'émergence d'un cadre juridique et réglementaire adapté aux nouvelles dimensions de la concurrence (Hatem, 1995). L'un des paradoxes les plus frappants de la globalisation

⁹⁷ L'auteur cité par Ruggie est Kalla (1986, p. 95).

des marchés est justement la non-coïncidence entre les espaces de marché de dimension régionale, sinon globale, et la dimension nationale des cadres réglementaires de la concurrence. Aucun cadre normatif ne s'applique directement aux acteurs économiques privés à l'échelle globale alors qu'ils échappent plus facilement aux mécanismes de contrôle des pratiques anticoncurrentielles au niveau national et que les politiques nationales sont généralement inefficaces pour appréhender les pratiques transfrontalières. Bien que certains documents⁹⁸, notamment au niveau de l'OMC, de la CNUCED et de l'OCDE, reconnaissent que les FMN posent des problèmes de concurrence qui nécessitent d'être situés dans une perspective globale, force est de constater que la coopération internationale s'occupe plutôt à élargir l'espace de liberté des FMN en s'attaquant principalement aux barrières étatiques qui limitent l'accès au marché pour les FMN qu'à développer un cadre réglementaire en vue de contrôler leurs pratiques anticoncurrentielles et la concentration économique. L'hypothèse de base étant que la libéralisation de l'investissement international favorise la concurrence.

La communauté internationale fait face à deux problèmes distincts: d'une part, il s'agit d'éliminer les barrières étatiques qui limitent l'accès au marché pour les entreprises transnationales et, d'autre part, il s'agit de contrer les effets restrictifs des pratiques de ces entreprises qui, elles aussi, sont en mesure de mettre en place des barrières à l'entrée. Les efforts de coopération internationale s'attaquent principalement au premier type de problèmes. L'objectif est d'élargir l'espace de liberté des entreprises et non de réfléchir sur les modalités qui permettraient de s'assurer que les pratiques et

⁹⁸ Voir CNUCED (1997) et OMC (1997). Ces deux rapports annuels se penchaient spécifiquement sur les problèmes de concurrence.

les activités des FMN soient compatibles avec les objectifs de libéralisation des échanges internationaux et de réduction des pratiques anticoncurrentielles.

Dans les années 70, la perspective libérale a buté sur la résistance des États, principalement de la part des pays en développement qui, méfiants face à l'impact de l'investissement international, ont adopté des mesures restrictives. Ceci a motivé des initiatives pour réduire les conflits entre les FMN et les États, notamment du côté de la Banque Mondiale avec la mise en place, en 1965, d'une convention (International Convention for the Settlement of Investment Issues) et, vingt ans plus tard, la création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements⁹⁹. Au niveau de l'OCDE, des codes de libération des mouvements de capitaux ont été signés mais ils n'ont pas un caractère contraignant; les recommandations de l'OCDE ne sont pas obligatoires.

Le GATT-1994 s'est penché sur la question de l'investissement international avec l'accord sur les mesures d'investissement relatives au commerce (MIC) en vertu duquel les États se sont engagés à ne pas restreindre l'entrée des IDI par le truchement de mesures et de critères commerciaux. Cet accord comporte d'ailleurs des dispositions relatives à la politique de la concurrence. Aussi, il est toujours question d'en arriver à un Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI) malgré le fait qu'un tel accord soulève des résistances profondes qui ont mis en déroute les négociations qui ont au lieu au sein de l'OCDE. Ces initiatives visent l'élargissement

⁹⁹ Ces deux organismes ont un mandat étroit; d'une part, il s'agit de fournir des moyens de conciliation et d'arbitrage entre les États et les investisseurs étrangers et, d'autre part, de procurer des garanties financières couvrant les risques non-commerciaux des investisseurs étrangers dans les pays en développement.

de l'espace de liberté des entreprises. Un éventuel Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI), dont l'élément le plus controversé est que les acteurs privés pourraient recourir à des moyens légaux contre les États signataires qui adopteraient des politiques contraires à l'accord, généraliserait certains principes de libéralisation des IDI afin d'éliminer les obstacles et les contraintes imposés aux investisseurs étrangers.

Si les résistances, d'ailleurs très importantes au Canada, se dissipent et qu'un accord était généralisé à l'ensemble des pays de l'OMC, les problèmes de l'investissement international ne seraient pas solutionnés. La problématique actuelle est considérablement différente de celle du contrôle de l'investissement étranger; elle soulève désormais la question des stratégies nationales qui visent à attirer l'investissement international. Les nouvelles questions liées à l'investissement international sont définitivement plus complexes; il s'agit d'aborder 1) l'impact des mesures commerciales, des différences structurelles entre les économies nationales et des politiques qui visent à attirer les IDI sur la structure et la localisation des investissements internationaux; et, 2) les questions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

En ce qui concerne ce dernier élément, force est de constater qu'un AMI évite la question des obligations des FMN. Les problèmes de concurrence sont évacués, ou du moins, ils sont renvoyés au niveau national. En fait, il existe un consensus dans les pays de l'OCDE à l'effet que les expériences des années 70 et 80, concernant la création de codes de conduite pour les FMN ont échoué (OCDE, 1996g). Au début

des années 70, l'ONU s'était effectivement engagée dans un projet de création d'une commission des sociétés transnationales en vue de la formulation, l'adoption et l'application d'un code international de conduite qui devait être appliqué aux FMN. Depuis le début des travaux de codification en 1977, aucun code n'a été élaboré. Toutefois, en 1980, suite aux travaux de la CNUCED, les Nations Unies ont adopté la Résolution 35/63 qui entend imposer un "Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques restrictives" mais elle n'aura qu'un impact très limité; elle n'a qu'une valeur morale¹⁰⁰. L'application de ce cadre de principes et de règles n'est pas obligatoire et leur mise en oeuvre repose sur la volonté des pays membres de la CNUCED de les faire appliquer¹⁰¹. De son côté, en 1977, l'Organisation Internationale du Travail a aussi fait une contribution qui s'exprime dans une déclaration tripartite qui recommande la mise en oeuvre de certains principes concernant les FMN sur le plan de la politique sociale. Cette déclaration ne constitue qu'une recommandation et n'a donc pas force obligatoire. Ces tentatives de formalisation de codes de conduite pour les FMN ne sont pas incluses dans l'éventuel AMI.

En annexe du projet AMI, l'OCDE a plutôt choisi d'inscrire la "Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales", qui avait fait l'objet d'une recommandation en 1976¹⁰². Cette déclaration mentionne que les FMN

¹⁰⁰ La section D du document définit les pratiques que les entreprises devraient éviter tandis que la section E porte sur l'application des lois sur la concurrence par les pays membres. La section F aborde la question des pays en développement dans le cadre de la coopération internationale en matière de concurrence.

¹⁰¹ Cependant, la CNUCED a mis sur pied le Groupe intergouvernemental d'experts sur les pratiques commerciales restrictives qui surveille l'application de la résolution.

¹⁰² Des amendements furent apportés en 1979 et en 1984.

devraient 1) se conformer aux règles et aux politiques établies en matière de concurrence dans les pays où elles opèrent; 2) s'abstenir d'actions qui ont des effets défavorables sur la concurrence (prises de contrôle anticoncurrentielles, comportement abusif, refus de vendre, etc...), de participer à des ententes internationales ou nationales; et, 3) coopérer lors des enquêtes en matière de concurrence avec les autorités compétentes des pays dont les intérêts sont directement affectés (OCDE, 1986). Il n'est donc pas question d'entrevoir un système global de droit sur la concurrence s'adressant directement aux FMN; l'approche mise sur l'autodiscipline des acteurs privées et sur le respect des lois nationales existantes.

Il faut souligner que l'OCDE est sans doute l'une des organisations qui a le plus contribué à faire avancer le droit international de la concurrence¹⁰³. L'objectif de l'OCDE est de réduire les obstacles aux échanges et les conflits de juridiction et le Comité du droit et de la politique de concurrence (DPC) constitue une tribune privilégiée de discussions multilatérales sur la politique de la concurrence et sa mise en application. Les activités du Comité DPC portent sur plusieurs questions dont la convergence des politiques nationales (OCDE, 1994a); l'interaction entre les politiques commerciale et de la concurrence (OCDE, 1993 et 1996c); l'interaction

¹⁰³ L'OCDE apporte un support appréciable au niveau de la recherche, et c'est aussi un des rares lieux où les différentes autorités peuvent se rencontrer et partager leurs vues et préoccupations sur une grande variété de questions reliées à la concurrence. Un élément appréciable des activités de l'OCDE est la publication annuelle qui donne un compte rendu des lois et des cas de jurisprudence dans les pays membres au cours de l'année.

entre la réglementation et la concurrence; et, la promotion de la coopération internationale¹⁰⁴.

L'OCDE a émis plusieurs recommandations qui s'adressent aux États en vue de favoriser la coopération internationale en matière de concurrence. Certaines d'entre elles sont spécifiques, comme celles qui ont trait au contrôle des fusions internationales ou la prédatation, mais la plus importante est certainement la “Recommandation sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques restrictives affectant les échanges internationaux” a fait l'objet de plusieurs révisions depuis 1967 (OCDE, 1995a, 1986b, 1979, 1973, 1967). Par ailleurs, en 1986, le Conseil de l'OCDE a fait une “Recommandation relative à la coopération entre pays membres dans le domaine de conflit potentiel entre politique de la concurrence et politique commerciale”¹⁰⁵ et, en mars 1998, une toute nouvelle recommandation aborde la question des ententes “injustifiables”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Les travaux de l'OCDE ont porté sur des sujets divers: la convergence, l'étendue du champ d'application des politiques de concurrence (ex: activités et pratiques exemptées), les marchés publics et les secteurs réglementés qui réduisent l'accès au marché et qui affectent les échanges internationaux, les critères de l'application effective du droit de la concurrence, etc... Sur les liens entre les réformes réglementaires et la concurrence dans le secteur des télécommunications, voir OCDE (1996d).

¹⁰⁵ Cette recommandation vise à favoriser une meilleure prise en compte par les pays membres des effets des mesures commerciales sur la concurrence et des effets de l'application des lois de la concurrence sur les échanges internationaux. Depuis 1992, le DPC participe, avec le Comité des échanges, à un programme de travail conjoint sur les échanges et la concurrence. En 1996, un rapport conjoint a souligné trois problèmes d'accès au marché et de concurrence: les pratiques privées, les mesures commerciales et les diverses réglementations (incluant celles de la concurrence). Voir OCDE (1996c).

¹⁰⁶ On entend par “entente injustifiable” un accord anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité. Cependant, sont exclus les accords qui (i) sont liés à la réalisation licite d'éléments d'efficience par réduction des coûts ou accroissement de la production, (ii) sont exclus du champ d'application des législations de la concurrence d'un pays Membre ou (iii) sont autorisés conformément à ces législations. Il est recommandé que toute exclusion ou autorisation de ce qui constituerait une entente injustifiable devrait se faire dans la transparence et être réexamинée

Depuis le début des années 90, dans les rencontres ministérielles et dans les comités spéciaux, une attention particulière a été accordée à l'impact de la globalisation sur la concurrence et le contrôle des pratiques restrictives. Récemment, l'élaboration d'un code international a fait l'objet de travaux et de débats substantiels. L'un des thèmes qui devient de plus en plus important est celui de l'efficacité des politiques de la concurrence à travers l'approfondissement de la coopération bilatérale, la définition de normes minimales communes, la convergence, l'élargissement de la portée et du champs d'application du droit de la concurrence et des instruments permettant d'évaluer la mise en oeuvre effective des lois. À l'automne 1998, l'OCDE a établi un cadre préliminaire de préavis relativement aux fusionnements internationaux.

L'approche de l'OCDE est essentiellement pro-active. En effet, elle se limite à encourager la coopération en vue d'élargir l'espace de liberté des entreprises. Pour contrer les pratiques restrictives, l'OCDE fait le pari de l'autodiscipline des FMN et de la capacité des États d'appliquer efficacement les lois nationales en intensifiant la coopération intergouvernementale. Néanmoins, la mouvance pourrait aller en sens inverse.

4. Internationalisation des politiques: convergence ou concurrence systémique?

En matière de concurrence, il n'existe pas de règles universelles et “There is no GATT-wide conception of antitrust” (Kuttner, 1989, p. 45). On redécouvre ainsi que le capitalisme prend des formes multiples, toutes aussi légitimes et justifiables les

périodiquement afin de déterminer si elle est nécessaire et ne va pas au-delà de ce qui est indispensable

unes que les autres, qui sont à la fois compatibles et concurrentes. Récemment, les économistes ont en effet redécouvert l'importance des facteurs institutionnels en relâchant l'hypothèse “de l'existence d'un seul marché qui implique que “les différents “blocs” nationaux ont donc tous des propriétés structurelles identiques”. (Ostry, 1991, p. 95). Nombreux sont ceux qui reconnaissent que “It is the consequence as much as the endurance of national systems that must concern us. The debates will be about finding mechanisms of accommodating as about compressing that national diversity” (Zysman, 1995, p. 121)”.

En ce qui concerne les politiques de la concurrence, l'OCDE (1994) distingue 5 types de différences systémiques. Ces différences ont trait:

- aux structures institutionnelles de mise en oeuvre ou de l'application des règles (système administratif versus processus judiciaire);
- aux priorités qui sont accordées aux divers objectifs de la politique de la concurrence (par exemple l'importance relative attachée à la conduite des entreprises et à la structure du marché);
- à l'importance qui est accordée aux considérations autres que celles qui sont directement reliées à la concurrence (efficacité économique, promotion des échanges, la stabilisation des marchés, la promotion de la recherche et développement, la sécurité nationale, etc...);
- à la rigueur de la mise en oeuvre de la politique de la concurrence;
- à la portée géographique de l'application des cadres réglementaires (strictement domestique ou s'appliquant aux entreprises en dehors de leurs frontières).

Nous devons ajouter, pensons-nous, les différences dans le type de traitement appliqué aux entreprises nationales sur les marchés nationaux et à la concurrence étrangère (que l'impact de cette dernière soit positif ou négatif pour la concurrence sur le marché domestique). Ces différences, très importantes, traduisent la diversité des approches nationales en matière de concurrence qui, à leur tour, reflète “la variété des attitudes nationales à l'égard du pouvoir économique (privé et public) de la liberté de contrat et de commerce, de l'efficacité économique et de l'équité, attitudes qui sont elles-mêmes enracinées dans des traditions politiques, culturelles et éthiques spécifiques” (Jacquemin, 1993, p. 272)¹⁰⁷.

Il ne pourrait effectivement en être autrement puisque, rappelons-le, nous sommes dans un contexte de concurrence imparfaite, ce qui signifie que la concurrence “effective” prend un sens concret qu'à l'intérieur d'un cadre juridique précis¹⁰⁸. La problématique actuelle est que les régimes nationaux de réglementation de la concurrence sont désormais appliqués à des marchés qui ne coïncident pas avec les frontières délimitant les espaces juridiques. En effet, “Growing international pluralism has brought an end to the sheltered domestic economy that antitrust was designed to regulate” (Eisner, 1991). Traditionnellement, les politiques de la

¹⁰⁷ Citons aussi Dimic (1993): “Les raisons d'interdire certaines pratiques commerciales et d'en examiner d'autres découlent donc en partie de l'idée que nous nous faisons de l'équité et de la justice, en partie du compromis social où s'inscrit le capitalisme et en partie de la théorie économique. Comme David McQueen l'a fait remarquer avec raison, la politique de la concurrence (c'est-à-dire l'intervention de l'État visant à maintenir et à favoriser la concurrence) “s'inscrit [aussi] dans le cadre des institutions politiques et de la méthode que nous appliquons pour résoudre les fréquents conflits entre le principe “à chaque homme une voix” et le principe “à chaque dollar une voix”.

¹⁰⁸ Citons Stocking: “Originally the concept of 'workable competition' was fairly closely defined (Clark, 1940), but it now has no independent meaning outside the legal system or the market of which it forms part; “workable competition is a term economists give to that rather ill-defined market situation that is socially acceptable” (Stocking, 1961, p. 7).

concurrence s'adressent aux conditions de concurrence sur le territoire national en supposant que ces conditions soient distinctes de celles de la concurrence externe. Maintenant, elles s'appliquent à des pratiques qui débordent de l'aire de juridiction nationale. La globalisation des marchés juxtaposée aux insuffisances du droit économique international a comme effet de provoquer leur internationalisation, alors que leur vocation est traditionnellement nationale. Ce processus d'internationalisation des politiques de la concurrence implique:

- la prise en compte des pratiques transfrontalières alors que l'aire de juridiction est traditionnellement limitée à l'espace national;
- l'évaluation de la concurrence étrangère;
- la définition des critères d'application extraterritoriale des lois;
- la définition de l'interface entre la politique de la concurrence et la politique commerciale dont les champs distinctifs se recouvrent de plus en plus;
- l'intensification de la coopération internationale pour 1) limiter les conflits de juridiction; 2) favoriser les efforts conjoints sans lesquels certaines pratiques - surtout dans le cas des activités transfrontalières et du processus de concentration internationale - échappent à toutes législations de la concurrence; et, 3) limiter les conflits commerciaux découlant des différences entre les politiques de concurrence ou encore, de l'interface souvent contradictoire entre une politique de la concurrence et une politique commerciale.

La question qui se pose est de savoir si ce processus d'internationalisation s'inscrit dans une démarche de coopération internationale ou, au contraire, s'il vient exacerber les frictions systémiques et les tendances monopolistiques? Il est clair que le processus d'internationalisation des systèmes de droits nationaux repose essentiellement sur des initiatives étatiques unilatérales qui peuvent provoquer des

frictions systémiques entre les systèmes politico-juridiques nationaux auxquelles le droit économique international ne s'adresse que de façon inefficace. Effectivement, comme le souligne David (1987),

La doctrine aujourd'hui prédominante pose le principe que les rapports de droits internationaux sont régis par un droit national, mais on ne peut ignorer que le même droit national n'est pas reconnu applicable dans les différents pays, que la difficulté d'établir le droit d'un droit étranger pousse les juges à multiplier les expédients permettant de justifier l'application de la *lex fori* (droit national), et que les droits nationaux se sont généralement peu préoccupés du cas particulier des rapports de droits internationaux. En présence de cette situation, que nous ne croyons pas avoir portée au noir, la question se pose à savoir si la méthode à laquelle on s'est attaché, consistant en un renvoi aux droits nationaux pour régir les opérations du commerce international, convient encore à notre siècle et si l'on doit, surtout, considérer qu'elle doit être exclusive. (David, 1987, p. 31)

David distingue six problèmes découlant de la nationalisation du droit international privé¹⁰⁹: la pluralité de juridiction - problèmes de compétence; la diversité des règles de conflits de lois appliquées par les juridictions puisque chaque État définit son propre système de règles de conflits de lois; la diversité des règles consacrées par les droits nationaux qui peuvent être déclarées applicables; l'inadaptation des règles des droits nationaux à la spécificité des rapports de droits internationaux; la difficulté d'établir le contenu du droit étranger déclaré applicable par une juridiction nationale; et, la difficulté soulevée par l'exécution, dans un État, d'un jugement étranger.

Le problème est plus profond qu'une simple friction entre les systèmes. En effet, contrairement à ce qu'Ostry suggère, il ne s'agit pas de résoudre les frictions

¹⁰⁹ Ce que nous préférons voir "par le bas" en utilisant l'expression "internationalisation du droit national".

systémiques puisqu'un des facteurs qui peut véritablement influencer la compétitivité des entreprises et des nations est cette concurrence "qui se joue entre les États (et qui) peut se baser sur des différences entre règles ou entre politiques (competition among rules)" (Jacquemin, 1994, p. 506). À cet égard, malgré une certaine convergence des ordres nationaux,

(...) there are large differences in conception of RBPs (Restrictive Business Practices) control. This becomes especially difficult where cross-border RBPs are involved because RBPs can be an important means of protectionism. (...) RBPs law, which prohibits certain practices when their adverse effects are felt in the country, usually ignore them or authorize them under certain conditions when the effects occur exclusively outside the national territory. (OCDE, 1993, p. 99)

L'existence des différents systèmes institutionnels n'est pas seulement une trace d'une époque révolue; elle est plutôt au centre des formes de concurrence et de rivalité internationales. Dans cette perspective, il est tout aussi possible d'envisager que l'internationalisation des politiques de la concurrence s'inscrive dans le cadre d'une concurrence systémique que dans le cadre d'un processus concurrentiel qui mènerait à une intégration plus approfondie des systèmes. En effet, une concurrence systémique découle directement du fait que les politiques de la concurrence jouent un rôle stratégique important dans le positionnement des acteurs sur la scène internationale.

Plutôt que de parler de convergence systémique, il est préférable de parler d'une concurrence systémique entre les systèmes nationaux puisque les politiques de la concurrence sont détournées de leur rôle traditionnel, c'est-à-dire du maintien de la concurrence au sein d'un marché national, pour être transformées en politiques industrielles déguisées sous le couvert de la recherche de l'efficience et de la compétitivité "globale". Ces deux rôles ne sont pas automatiquement compatibles et,

il semble qu'en cas de conflits, ce sont les considérations stratégiques qui prévalent sur les objectifs concurrentiels. L'une des tâches les plus difficiles pour les États est d'être responsables, envers leur propre société mais aussi envers la communauté internationale, du maintien des conditions de concurrence loyale sur le territoire national, d'une part, et de la compatibilité de ces conditions avec celles qui existent au-delà des frontières de la nation, d'autre part¹¹⁰.

Les États doivent eux-mêmes faire preuve d'autodiscipline alors qu'il devient plus impératif et justifiable, dans un contexte de concurrence globale, de développer de nouveaux moyens de favoriser la compétitivité du "territoire" et des "entreprises", ce qui poussent les États à développer des stratégies compétitives qui sont parfois irréconciliables avec la suppression des pratiques déloyales et le contrôle de la concentration. Kuttner souligne justement ce problème.

The contemporary problem of the global political economy is that nations are losing sovereignty to private economic actors, yet the very turmoil of an unregulated market intensifies the pressure of nations to secure acceptable outcomes for their citizens. (...) the growing imbalance between an integrated, unregulated global economy and a weakened set of national and supranational instruments for its governance deprives individual nations of the machinery to deal constructively with those dislocations.
(Kuttner, 1989, p. 37)

¹¹⁰ Ce qui n'est pas le moindre des paradoxes si l'on considère que l'ordre économique international d'après-guerre a été mis en place dans une perspective de "désarmement économique", c'est-à-dire dans la perspective où il s'agissait d'empêcher les États de "manipuler" les taux de change et les tarifs douaniers et d'intervenir sur les marchés internationaux. Le problème dans l'entre-deux-guerres n'est pas tant que les États aient abandonné le libre-échange pour le protectionnisme mais que les États se sont lancés après la première guerre mondiale dans des programmes "d'expansion économique" destinés à trouver des débouchés pour les produits de l'industrie, alors en surproduction après la guerre. Il n'est pas étonnant de constater que non seulement chaque État ait cherché à protéger son propre marché contre les "agressions" des autres États, mais aussi, qu'à partir du moment où l'économie mondiale s'est enfoncée dans la crise et que les débouchés ont commencé à chuter radicalement, le protectionnisme et la défense du marché intérieur sont devenus la seule issue possible. Ce n'est pas le protectionnisme (qui n'a par ailleurs rien solutionné) qui a engendré la désintégration de l'économie mondiale, mais la conquête agressive des marchés au nom de la liberté du commerce.

Dans la section suivante, nous verrons que, plutôt que de constituer une piste menant au contrôle des pratiques restrictives et des frictions systémiques, le développement de la dimension externe des politiques de la concurrence peut effectivement servir de plate-forme stratégique pour améliorer les positions concurrentielles des entreprises nationales. C'est d'ailleurs ce danger que nous avons pu voir surgir dans le chapitre sur les débats économiques. Si la communauté internationale n'a pas mis en place d'instruments ni de règles pour faire face à ce danger, les États tentent, tant bien que mal, d'assurer leur sécurité économique contre les effets de la concurrence systémique. Voyons d'abord comment la dimension stratégique des politiques de la concurrence se répercute sur les relations entre les États pour ensuite porter notre attention sur les instruments de coopération internationale en matière de concurrence.

5. De l'instrumentalité stratégique à l'extraterritorialité des politiques de la concurrence

En raison de son orientation nationale, une politique de la concurrence peut devenir un instrument stratégique de trois façons: 1) en général, elle ne s'applique pas aux pratiques qui n'ont que des effets externes, ce qui permet notamment d'exempter les cartels à l'exportation; 2) elle peut relâcher la discipline interne en faisant intervenir l'impact proconcurrentiel de la concurrence étrangère ou les objectifs qui ne sont pas reliés directement à la concurrence comme l'efficacité et la compétitivité internationale; et, 3) elle peut bloquer des concurrents étrangers dont les pratiques sont jugées anticoncurrentielles. Le tableau V illustre ces trois dimensions stratégiques des politique de la concurrence.

Tableau V: Orientation nationale et instrumentalité stratégique

<i>1) effets extérieurs</i>	<i>2) impact positif de la concurrence étrangère et objectifs d'efficacité</i>	<i>3) impact négatif de la concurrence étrangère</i>
Tolérance des cartels, des alliances, des fusionnements qui améliorent la performance des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux sans avoir d'effets sur la concurrence sur le marché national.	Contrepoids aux ententes et aux positions dominantes sur le marché national. Élargissement du marché pertinent ou prise en considération de la concurrence internationale dans l'examen. Introduction de la défense d'efficacité qui est renforcée par les objectifs de compétitivité internationale.	Poursuites des ententes et des abus de positions dominantes étrangères qui réduisent la concurrence sur le marché national et les marchés internationaux. Interdiction ou modification de projets de fusionnements d'entreprises étrangères.

Les cartels à l'exportation et les fusionnements sont deux exemples qui permettent de saisir ces éléments stratégiques et les problèmes d'extraterritorialité qu'ils soulèvent. L'exemple le plus typique qui illustre les problèmes de l'orientation nationale des politiques de la concurrence en rapport avec les effets externes des pratiques restrictives est celui des cartels à l'exportation. C'est sans doute l'élément le plus controversé des politiques de la concurrence puisque ces arrangements "illégaux" visent directement la pénétration des marchés étrangers. Ils sont généralement exemptés de l'application des lois sur les ententes et, par conséquent, les plaintes d'entreprises étrangères aux autorités nationales du pays où l'entente est conclue ne sont généralement pas recevables. Aussi n'y a-t-il pas lieu de se surprendre que les États aient de plus en plus recours à leur propre législation sur la concurrence pour essayer de s'attaquer à cette forme de concurrence déloyale pour atteindre les

entreprises qui se situent à l'extérieur de la juridiction traditionnelle des autorités nationales. À cet égard, des doctrines ont permis d'élargir la portée des législations nationales pour atteindre ces pratiques¹¹¹. Ainsi, la situation est claire; les lois nationales exemptent les cartels à l'exportation formés sur le marché national, mais elles sont applicables aux cartels à l'exportation d'entreprises étrangères.

Il n'est cependant pas facile d'appliquer des mesures extraterritoriales pour contrer les ententes étrangères. Les renseignements sont souvent difficiles à obtenir sans la coopération des entreprises ou des gouvernements étrangers et le fait que les ententes à l'exportation soient exemptées de l'application des politiques de la concurrence constitue un problème supplémentaire puisque l'immunité des actes de gouvernement peut être invoquée en défense - le principe étant que si les cartels sont reconnus et exemptés, ils ne peuvent être soumis au droit étranger. Cet élément de défense a toutefois été abandonné puisque l'exemption n'implique pas que le cartel soit requis par le gouvernement. Le cas Woodpulp a été marquant à cet égard¹¹².

En raison des effets préjudiciables des cartels à l'exportation, et des problèmes d'extraterritorialité et de recours antidumping qu'ils soulèvent, plusieurs propositions

¹¹¹ La doctrine des effets, utilisée aux États-Unis, permet d'appliquer les lois à des pratiques extérieures lorsqu'elles ont des effets sur la concurrence aux États-Unis. Cette définition qui impliquait des préjudices aux consommateurs a tout récemment été modifiée pour inclure les effets sur les producteurs américains. En outre, les États-Unis ont récemment pris des dispositions pour permettre l'exemption des cartels à l'exportation d'entreprises américaines qui opèrent à l'étranger.

¹¹² En 1985, la Communauté Européenne a poursuivi des entreprises américaines, canadiennes et scandinaves relativement à une entente ayant des effets sur le marché régional. Il fut établi que, bien que l'entente ait été conclue à l'étranger, elle était mise en oeuvre sur le marché communautaire. La cour de justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel la loi Webb-Pomerene procurait une immunité au cartel. Les États-Unis ont souvent poursuivi des cartels à l'exportation étrangers qui étaient enregistrés par les autorités étrangères.

ont été faites en vue d'éliminer les exemptions prévues par les politiques de concurrence¹¹³. La prohibition des cartels à l'exportation suscite toutefois une grande résistance. Au Canada, où l'exemption des cartels à l'exportation est encore plus controversée puisqu'il est requis de faire la preuve du caractère excessif de l'effet anticoncurrentiel des ententes pour les interdire, plusieurs raisons sont invoquées pour justifier l'exemption des cartels à l'exportation. Parmi celles-ci, mentionnons l'importance des critères d'efficacité, et le poids des matières premières et du secteur d'exportation dans la structure économique canadienne¹¹⁴. Du côté des États-Unis, la résistance à la prohibition des cartels d'exportation est toute aussi forte mais elle tient à d'autres raisons. Il y en a trois qui méritent d'être nommées: 1) la crainte du détournement des procédures légales au profit de solutions négociées et, par conséquent, politisées; 2) la crainte du développement de la réglementation et du commerce "administré" au détriment du marché "libre"; et, 3) la crainte, vu les

¹¹³ Fox (1992) s'oppose au maintien de cette exemption. Ordover et Goldberg (1993) suggèrent des normes d'exemption: l'absence d'effets anticoncurrentiels dans le pays d'origine et la preuve de la présence d'obstacles réels sur le marché d'importation. L'American Bar Association recommande d'éliminer ces exemptions lorsqu'elles permettent des conduites qui seraient jugées illégales sur le marché d'origine; de reconnaître la défense d'efficacité dans la mesure où elle est compatible avec les lois nationales; de rendre l'autorisation explicite; de permettre la participation étrangère; et de mettre en place de mécanismes de règlement des différends. L'institut Max Planck est plus sévère; il recommande que les cartels à l'exportation soient interdits, que des normes minimales obligatoires soient convenues à l'échelle multilatérale, qu'une autorité internationale ait le pouvoir d'intenter des poursuites devant les tribunaux nationaux si les obligations ne sont pas respectées, et qu'un mécanisme de règlement des différends soit mis en place.

¹¹⁴ Cependant, l'importance d'établir des critères au niveau international est reconnue. Le Canada a d'ailleurs proposé de remplacer les mesures antidumping dans la zone de libre-échange par la politique de la concurrence, ce qui aurait pu limiter les cartels anticoncurrentiels et réduire les inquiétudes soulevées par l'application des normes de concurrence américaines qui sont, malgré un certain assouplissement, plus sévères. L'application de la politique de la concurrence soulève néanmoins d'importants problèmes. En effet, les tendances protectionnistes aux États-Unis pourraient dénaturer la politique de la concurrence, comme les recours antidumping, et les enquêtes pourraient s'avérer discriminatoires. Par ailleurs, les différences structurelles entre le Canada et les États-Unis ne seraient peut-être pas prises en considération.

nouvelles orientations prises par les politiques de la concurrence, qu'on accorde plus d'importance aux fournisseurs plutôt qu'aux intérêts des consommateurs (Ehrlich et al., 1994).

Le cas des cartels à l'exportation illustre donc deux choses. Premièrement, les pays où les ententes sont formées les exemptent puisqu'ils ont des effets externes que les politiques de la concurrence ne prennent pas en considération et les pays qui en sont la cible peuvent les bloquer en invoquant leurs effets préjudiciables sur leur marché. Nous verrons, dans la deuxième partie, que les États ont récemment assoupli les lois en matière de cartels à l'exportation et qu'ils ont renforcé les mesures qui visent à bloquer les exportations de cartels qui opèrent à l'étranger.

Les cas de fusionnements internationaux sont plus complexes mais ils illustrent essentiellement la même problématique. Les fusionnements sont fréquemment encouragés pour permettre les gains d'efficacité et pour favoriser le développement des activités internationales des entreprises. Les effets externes des fusionnements ne sont pas pris en considération par les autorités mais, en revanche, elles accordent de plus en plus d'importance à l'impact de la concurrence étrangère sur la concurrence interne dans l'examen de l'impact anticoncurrentiel des fusionnements. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de fusionnements d'entreprises étrangères, les autorités nationales peuvent bloquer les projets de fusionnement lorsqu'elles jugent que l'impact de la concurrence étrangère sur la concurrence interne est négatif. Les controverses sont d'autant plus significatives que les fusions internationales se multiplient et que l'on trouve de plus en plus de cas où plusieurs systèmes de lois sont appliqués à une seule

transaction¹¹⁵. Concentrons nous ici sur certains exemples d’application extraterritoriale qui ont fait l’objet de décisions conflictuelles entre les autorités nationales.

La décision de la Commission Européenne la plus connue en matière de fusionnements est certainement celle qui a bloqué l’acquisition de l’entreprise De Havilland (Canada) par Aerospatiale (France) et Alenia (Italie). La transaction avait été autorisée par le Canada où la transaction devait avoir lieu et elle aurait permis aux entreprises de contrôler 50% du marché mondial et 67% du marché européen des avions régionaux de 20 à 70 sièges ce qui, selon la Commission, réduirait la concurrence effective¹¹⁶. Plus récemment, la Commission Européenne s’est opposée à la fusion Boeing-McDonnell Douglas. L’affaire Boeing-McDonnell Douglas est significative en raison du fait que la Commission Européenne appliquait sa politique de la concurrence à un fusionnement de deux entreprises étrangères¹¹⁷. La décision des États-Unis d’autoriser la fusion reposait sur le fait que la concurrence ne serait pas réduite en raison de la faible concurrence qu’offre McDonnell-Douglas à Boeing. Pour la Commission, cette fusion allait réduire la concurrence à deux principaux acteurs, Boeing et Airbus et ses effets anticoncurrentiels sur le marché européen étaient jugés suffisants pour motiver une interdiction¹¹⁸. Cette affaire aurait pu avoir des conséquences importantes sur les

¹¹⁵ Certaines fusions sont d’ailleurs soumises à un nombre très élevé de lois de la concurrence. Par exemple, la fusion Gillette-Wilkinson (1992) sur le marché des lames de rasoir a fait l’objet d’examens dans plus d’une douzaine de pays, et l’acquisition de Plessey par Siemens-GEC, à cinq politiques de la concurrence en Europe.

¹¹⁶ La définition du marché pertinent par la Commission fut un élément controversé.

¹¹⁷ Les États-Unis et l’Union Européenne ont généralement limité leurs interventions aux fusions impliquant une entreprise située sur leurs marchés ou, sinon, aux fusions d’entreprises étrangères qui détiennent une filiale ayant des installations de production sur leurs marchés (Valentine, 1997).

¹¹⁸ On peut imaginer que les intérêts d’Airbus ont été un facteur très important.

relations économiques internationales mais la Commission a décidé de ne pas contester la transaction suite à des concessions de la part de Boeing au sujet de contrats d'exclusivité avec ses principaux clients¹¹⁹.

Dans le cas des États-Unis, en 1989, le Département de la Justice demande à la Cour fédérale de New York de bloquer l'acquisition de Consolidated Gold Fields PLC (R.U.) par Minorco SA (Afrique du Sud). La transaction avait été autorisée par le Royaume-Uni, la Commission européenne et la Federal Trade Commission (FTC). Les craintes américaines découlaient du fait que Consolidated Gold Fields PLC (R.U.) détenait 49% de Newmont Mining Corp., la plus importante entreprise américaine sur le marché de l'or¹²⁰. Par ailleurs, en 1990, la FTC a ordonné à l'Institut Merieux (France) qui avait acquis Connaught Labs, au Canada, de vendre l'exploitation de certains vaccins à une autre entreprise en raison de sa position dominante sur le marché américain; la transaction avait été autorisée par les autorités étrangères malgré la position dominante de l'entreprise sur les marchés canadien et français.

On constate donc que l'internationalisation des politiques de la concurrence peut alimenter une concurrence systémique. L'assouplissement des lois et de leur application alimente le renforcement et la multiplication des mesures extraterritoriales. Ainsi, les États, et plus particulièrement les États-Unis, font maintenant planer la

¹¹⁹ La Commission a établi la dimension communautaire de plusieurs autres opérations qui furent toutefois autorisées. Notons quelques exemples: autorisation de l'acquisition de ICL PLC (R.U.) par Fukitsu Ltd. (Japon) sur le marché de l'informatique-électronique en 1990; autorisation de la fusion de AT&T et de NCR Corp. aux États-Unis en 1991; autorisation de l'acquisition de Yeomen Security Group PLC (R.U.) par Pinkerton's Inc. (É-U) en 1991; autorisation de l'acquisition de Mosley Stone Ltd. (R.U.) par Stanley Works (É-U) en 1991.

¹²⁰ La transaction n'a cependant pas eu lieu, non pas en raison de l'opposition américaine mais en raison de l'abandon du projet; Consolidated Gold Fields fut ensuite acquise par Hanson PLC.

possibilité d'appliquer la politique de la concurrence sur les marchés internationaux pour défendre les intérêts des entreprises "nationales". Certes, l'application extraterritoriale des lois antitrust est très controversée, mais il s'agit d'une éventualité probable si la coopération internationale n'arrive pas à aborder ce type de problèmes¹²¹. Déjà en 1993, Diane Wood, assistante de l'Assistant Attorney General pour l'antitrust, Anne Bingaman, annonçait

(...) que si les responsables du Japon et des États de l'Union européenne ne remettaient pas en cause les pratiques qui faussent les conditions d'entrée sur les marchés étrangers des entreprises américaines, "les États-Unis le feront à leur place: ils doivent comprendre qu'à partir d'un certain point, la balle est dans nos mains" (Souty, 1994, p. 25)

En principe, la loi Sherman s'applique au commerce avec les pays étrangers et la doctrine des effets permet d'établir la portée des pouvoirs des autorités américaines¹²². La version de 1998 des principes directeurs pour l'application de la politique antitrust aux opérations internationales confirme la possibilité d'application extraterritoriale mais elle spécifie que les effets anticoncurrentiels sur les consommateurs doivent être considérables (États-Unis, 1998). Lorsqu'il est question de l'accès des entreprises américaines aux marchés étrangers, la mise en oeuvre des politiques de la concurrence repose traditionnellement sur les compétences étrangères mais, en raison de la frustration grandissante à l'égard de la mise en oeuvre effective des politiques de concurrence étrangères, les principes directeurs de 1995 autorisent

¹²¹ Il existe certains cas de jurisprudence, notamment Continental Ore Co. vs Union Carbide and Carbon Corp. (1962), Alcoa (1945), Timken (1951).

¹²² La doctrine des effets signifie que toute pratique qui a des effets sur la concurrence aux États-Unis peut être poursuivie par les autorités américaines.

l’application des lois antitrust américaines (États-Unis, 1995). Toutefois, puisqu’une telle extension des pouvoirs des autorités américaines implique de graves problèmes internationaux, les États-Unis ont préféré prendre des mesures commerciales unilatérales ou favoriser des solutions négociées pour contrer les cartels d’importation, les restrictions verticales, les positions dominantes et les monopoles qui réduisent l’accès aux marchés étrangers¹²³. Plus récemment, ils ont opté pour le recours au système multilatéral lorsqu’en 1995, ils ont porté l’affaire Kodak devant l’OMC plutôt que de recourir à l’application extraterritoriale de la politique de la concurrence.

¹²³ Les mesures prévues par le International Fair Trade and Competitiveness Act de 1993 (amendant ceux de 1988 et de 1974) ainsi que les Structural Initiatives ont tenté de réduire les pratiques qui réduisaient l’accès aux marchés étrangers.

Vu les limites des dispositions du droit économique international, il est probable que l’application extraterritoriale des politiques de la concurrence continue de planer sur la communauté internationale. Soulignons que, de son côté, la Commission européenne, en vertu de l’article 24 du Règlement sur les concentrations qui traite des relations avec les pays tiers, peut exercer ses pouvoirs en vue d’obtenir un “traitement comparable” pour les entreprises européennes sur les marchés étrangers à celui des entreprises étrangères sur le Marché Unique¹²⁴. Le développement de l’application extraterritoriale des politiques de la concurrence remet en cause la souveraineté juridique des États et puisque le droit international ne s’attaque pas réellement aux conflits de juridiction qu’entraîne l’extraterritorialité croissante des droits nationaux, les États ont développé des lois en vue de se défendre contre l’application des lois étrangères. Ainsi, le Canada, le Royaume-Uni, l’Australie et la France ont-ils pris des mesures en ce sens. En principe, le Canada ne s’oppose pas catégoriquement à l’application de lois étrangères sur son territoire, mais la loi canadienne comporte aussi des dispositions spécifiques pour bloquer les jugements étrangers et l’application de mesures “antitrust” étrangères qui sont contraires aux intérêts du Canada¹²⁵. En vertu de l’article 82 de la Loi sur la concurrence, le Tribunal de la concurrence peut contraindre des personnes physiques ou morales à ne pas se soumettre aux dispositions d’une loi ou d’une directive étrangère, ou à un jugement d’un tribunal étranger. La loi permet au Tribunal de la concurrence d’émettre une ordonnance d’interdiction d’exécution d’un jugement étranger lorsque ce jugement: 1)

¹²⁴ À cette fin, les États doivent informer la Commission des difficultés rencontrées par leurs entreprises à l’étranger (toujours en relation avec les opérations de concentration) et la Commission fait des rapports périodiques concernant le traitement des entreprises européennes à l’étranger.

nuit à la concurrence; 2) nuit à l'efficacité du commerce ou de l'industrie au Canada sans engendrer ou accroître une concurrence qui rétablirait ou améliorerait cette efficience; et, 3) nuit au commerce extérieur sans créer d'avantages compensatoires. L'article 83 prévoit des mesures similaires lorsque la mise en oeuvre de législations ou de directives étrangères nuisent aux intérêts du Canada.

Il est difficile de dire si ces dispositions sont efficaces puisqu'elles n'ont pas été appliquées, mais il existe une autre loi visant trois domaines distincts de l'extraterritorialité; il s'agit de la Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères (LMEE)¹²⁶ qui fut adoptée en 1984 et qui vise trois champs d'extraterritorialité: 1) la production de documents devant les tribunaux étrangers lorsque les intérêts commerciaux, les échanges internationaux et la souveraineté du Canada sont menacés¹²⁷; 2) l'application de lois et de jugements étrangers susceptibles de porter atteinte à d'importants intérêts canadiens; et, 3) le jugement étranger en application d'une loi antitrust si ce jugement porte préjudice aux intérêts et à la souveraineté du Canada. Certaines mesures sont donc similaires à celles de la Loi sur la concurrence au sujet de l'application de lois étrangères. Dans le cadre de la LMEE, toute mesure

¹²⁵ Pour une discussion de l'extraterritorialité au Canada et aux États-Unis, voir Castel (1988).

¹²⁶ Un des antécédents historiques importants qui a mené à l'adoption de la LMEE est l'affaire Canadian Radio Patent Limited (1959). À cette époque, le gouvernement a exprimé sa volonté de promouvoir un secteur de télévision typiquement canadien et les sociétés mères américaines de plusieurs filiales canadiennes furent alors poursuivies pour infraction à la loi Sherman. Pour le gouvernement canadien, les filiales étrangères de sociétés américaines devaient être assujetties aux lois du pays où elles font affaire et non aux lois américaines.

¹²⁷ Rappelons qu'au début des années 80, dans le cadre d'une poursuite antitrust aux États-Unis intentée par Westinghouse Electric Co. relativement à un cartel de l'uranium impliquant des producteurs canadiens, australiens et du Royaume-Uni, on a exigé des documents situés hors des États-Unis. Pour les gouvernements étrangers, l'action antitrust était mal fondée; le gouvernement canadien, quant à lui, a pris des mesures afin d'empêcher la communication des informations

extraterritoriale qui aurait des incidences sur la concurrence ou sur l'efficacité du commerce et de l'industrie au Canada, ou encore sur le commerce international peut ainsi être bloquée¹²⁸.

Le développement de l'extraterritorialité des politiques de la concurrence est certainement un des facteurs qui a motivé plusieurs initiatives de coopération interétatique. En effet, une des alternatives à l'extraterritorialité est de garantir l'application effective et efficace des lois étrangères et de s'entendre sur des mécanismes qui permettent de définir le domaine de compétences des autorités responsables des politiques de la concurrence. Nous avons déjà abordé quelques instruments de coopération internationale et constaté que le droit économique international renvoie le problème au niveau des États, ce qui a favorisé un processus d'internationalisation des politiques de la concurrence. Dans cette section, nous avons vu que ce processus alimente une concurrence systémique entre les systèmes nationaux mais il a toutefois favorisé l'intensification de la coopération internationale en matière de concurrence. La section suivante porte sur la nature et sur les limites des initiatives de coopération internationale au niveau national, bilatéral et régional.

demandées. La LMEE permet au procureur général d'autoriser la saisie des documents. Soulignons que le gouvernement canadien a ensuite reconnu le cartel de l'uranium.

¹²⁸ Ces mesures ont été utilisées en 1990 et 1992 dans le cadre des conflits canado-américains portant sur le commerce avec Cuba. Il s'agirait du seul cas d'application de la LMEE. La LMEE a trouvé une pertinence toute particulière pour contrer les effets de la loi Helms-Burton.

6. La coopération entre les États

Le processus d'internationalisation des politiques de la concurrence qui découle du renvoi des problèmes de concurrence au droit national de la concurrence provoque l'intensification des efforts de coopération internationale. Le tableau VI fait une synthèse de la problématique de la concurrence qui se pose à la communauté internationale. Il montre que la rivalité stratégique entre les États qui est inhérente au processus d'internationalisation des politiques de la concurrence porte sur la scène internationale les problèmes de concurrence. L'approche interétatique renvoie les problèmes de la concurrence à la coopération entre les États et aux règles commerciales qui ne sont pas adéquates pour aborder les problèmes de concurrence. Les mesures prises aux niveaux national, bilatéral et régional varient énormément tant sur le plan de la nature et du degré de l'intégration internationale qu'il propose.

Tableau VI: Rivalité stratégique et coopération en matière de concurrence		
Pays A: utilisation stratégique de la politique de la concurrence	Rivalité stratégique et concurrence systémique entre les États	Pays B: mesures de représailles sur le plan commercial ou de la politique de la concurrence
Approche interétatique au problèmes commerciaux		
Commerce administré ou recours au régime multilatéral (dumping, aides gouvernementales, règlement des différends)		
Coopération en matière de concurrence selon le degré d'intégration		
<ol style="list-style-type: none"> 1. Mesures unilatérales: courtoisie négative (ne pas faire ce qui va à l'encontre des intérêts étrangers) et positive (prendre des actions pour contrer les pratiques qui ont des effets à l'étranger). 2. Accords bilatéraux: formalisation des efforts de coopération et de coordination en matière de concurrence entre deux pays. 3. Accords multilatéraux: code de conduite pour les entreprises et formalisation de la coopération intergouvernementale au niveau de la CNUCED, OCDE ou de l'OMC. 4. Politique supranationale: exemple de la politique de la concurrence de l'Union Européenne. 		
<p>Note: Le Canada a un accord bilatéral avec les États-Unis, l'Union Européenne et il participe aux travaux de l'OCDE, de la CNUCED, de l'OMC ainsi qu'aux travaux sur la concurrence dans les Amériques et ailleurs.</p>		

Les États reconnaissent l'incidence des problèmes de concurrence sur les échanges internationaux et la nécessité de la coopération internationale mais, à l'exception de la politique de la concurrence de l'UE, les instruments de coopération n'éliminent pas l'orientation nationale des politiques de la concurrence. Au niveau des mesures nationales unilatérales, un premier mode de coopération interétatique consiste à appliquer le principe de courtoisie internationale. En vertu de ce principe, les États acceptent de reconnaître les différences nationales et la légitimité des intérêts étrangers. L'application du principe de courtoisie permet de limiter les effets extraterritoriaux de l'application des politiques de la concurrence qui pourraient être préjudiciables aux entreprises étrangères et aux partenaires commerciaux. À cet égard, les recommandations sur le contrôle des pratiques restrictives de l'OCDE (1986) et

celles de la CNUCED (1980) ont demandé aux États de prendre en considération les intérêts étrangers lorsqu'ils appliquent les lois sur la concurrence, de notifier et de consulter les autorités étrangères avant de prendre des mesures¹²⁹.

Plus récemment, on a invoqué le principe de courtoisie positive en vertu duquel les États sont invités à coopérer dans l'application des dispositions de la politique de la concurrence et non plus simplement à restreindre leur application¹³⁰. Ainsi, une partie qui estime que

des activités anticoncurrentielles déployées sur le territoire de l'autre partie a des incidences négatives sur des intérêts importants la concernant, (...) peut en informer l'autre partie et demander que les autorités chargées de la concurrence de ladite partie adoptent les mesures de mise en oeuvre pertinentes. (OMC, 1997, p. 96)

L'application de la règle de courtoisie reste cependant volontaire et, dans sa version positive, elle dépend largement de l'esprit de coopération qui existe entre les autorités nationales concernées. En effet, c'est en toute liberté que le pays, à qui une demande est faite, va décider de prendre ou de ne pas prendre les mesures de mise en oeuvre de ce principe qui, finalement, ne se limite qu'à établir une règle de conduite essentiellement fondée sur le respect mutuel de la souveraineté et des intérêts nationaux entre les États. Il reste qu'en l'absence d'autorités supranationales, tout est affaire de pouvoir de négociation.

¹²⁹ En 1996-1997, le Bureau de la concurrence du Canada a reçu 38 notifications de la part des autorités étrangères et en a fait parvenir 17 aux organismes ou aux gouvernements étrangers.

¹³⁰ La "courtoisie positive" est apparue pour la première fois dans le cadre de l'accord bilatéral entre les États-Unis et les Communautés européennes en 1991. Elle fut inscrite dans les recommandations révisées de l'ODCE de 1995.

Une telle règle de bonne conduite présente, selon Hawk (1990), plusieurs faiblesses. En premier lieu, il y a un large accord sur le fait que la règle de “comity” ne requiert pas le respect d'intérêts étrangers qui seraient fondamentalement contraires à des politiques publiques de l'État considéré. Une seconde faiblesse est qu'il n'est pas aisément de dériver d'un tel principe des règles légales précises et claires. Enfin, la référence à ce principe risque de pousser les cours et les tribunaux à considérer que la prise en compte des intérêts étrangers n'est que discrétionnaire. (Jacquemin, 1993a, p. 279)

Il faut donc dépasser la courtoisie et la prochaine étape consiste à coordonner les politiques de la concurrence. Parler de coordination implique l'ajustement mutuel des politiques nationales, et ce, en rapport avec des valeurs partagées. À long terme, la coordination peut mener à l'harmonisation des politiques nationales mais cette tâche est ardue puisqu'elle nécessite la convergence des cadres juridiques nationaux pour assurer leur compatibilité et réduire les conflits de lois. Un degré plus approfondi d'intégration internationale consisterait à établir un cadre réglementaire unique sanctionné par une institution supranationale, ce qui correspond au “concept of “deep integration” according to which the degree of integration required in our globalized environment goes beyond the principle of “national treatment” (Jacquemin, 1993b, p. 98).

Nous sommes loin de cet idéal mais il existe une tendance réelle à la convergence des lois nationales (OCDE, 1994a, 1997b). À cet égard, la convergence entre les approches canadiennes et américaines est particulièrement remarquable. Mais des écarts importants subsistent; par exemple, dans le cas des fusionnements, l'approche canadienne accordent plus d'importance aux gains en efficacité, au “bien-être total” et

à l'impact de la concurrence internationale (Sanderson, 1995)¹³¹. Par ailleurs, deux remarques s'imposent: 1) la convergence est en réalité le résultat de l'influence des "nations les plus puissantes (qui) imposent leurs propres critères, bons ou mauvais" (Jacquemin, 1993a, p. 279)¹³²; et, 2) les analyses "au cas par cas" qui sont privilégiées par la plupart des politiques de la concurrence et qui répondent à des considérations structurelles et stratégiques spécifiques accentuent la nature arbitraire des politiques de la concurrence et augmentent les risques de détournement de leurs mises en oeuvre. Il apparaît donc nécessaire de formaliser et de mettre en oeuvre la coopération internationale. On constate d'ailleurs que plusieurs accords de coopération ont récemment été signés par les États. Le tableau VII indique les plus importants accords bilatéraux en matière de concurrence.

¹³¹ Sanderson justifie l'utilisation de l'approche du bien-être total (nous reviendrons sur ce concept dans la deuxième partie) qui distingue l'approche canadienne de l'approche américaine en faisant intervenir les obligations du Canada dans le cadre de l'ALÉNA: "Even considering that some system of weighting could be articulated, the practical implications of this are likely insurmountable. It is often difficult to determine who is losing and who is receiving the transfer, particularly in widely-held companies. (...) These problems are further complicated if one wishes to also distinguish between foreign and Canadian consumers and shareholders. Moreover, such distinctions run the risk of violating the national treatment obligations found in the investment provisions of various trade deals Canada has entered into, most notably NAFTA."

¹³² À ce sujet, Bellon suggère que "La politique de concurrence des États-Unis conduit le mouvement mondial d'infexion de ces politiques dans tous les pays industrialisés depuis ces dix dernières années. L'internationalisation et la diversification de ces conditions de compétitivité, les nouveaux paramètres de recherche et développement, la nécessité de favoriser les innovations de toutes natures et plusieurs autres facteurs dominants ont amené à assouplir les cadres juridiques de l'industrie américaine. Le renouveau des forces du marché et l'ouverture des formes de compétition conduisent à une nouvelle approche de l'efficience, à court et à long terme" (Bellon, 1993, p. 22).

Tableau VII: Accords bilatéraux en matière de concurrence	
1998	Canada/Commission Européenne
1995 (et 1984)	États-Unis/Canada
1995	Commission Européenne/certains pays méditerranéens
1994 (et 1990)	Australie/Nouvelle-Zélande, coopération et coordination
1991	États-Unis/Commission Européenne
1991	Commission Européenne/Europe de l'est et centrale
1990	États-Unis/Japon (Structural Impediments Initiative)
1984	Allemagne fédérale/France
1982	États-Unis/Australie
1976	États-Unis/Allemagne fédérale

Sources: *OMC (1997), CNUCED (1997)*.

Le plus marquant des accords bilatéraux a été celui qui fut conclu par les États-Unis et la Commission Européenne en 1991¹³³. Il s'agit du premier accord qui engage les partenaires à appliquer le principe de courtoisie positive. Cet accord prévoit des échanges d'informations, des consultations et un processus de coopération en vue de réduire les conflits de lois et d'améliorer le contrôle des pratiques anticoncurrentielles transfrontalières. Tout récemment, le Canada et la Commission Européenne ont signé un accord semblable qui doit entrer en vigueur en 1999.

¹³³ Notons que cet accord n'est entré en vigueur qu'en 1995 en raison des débats concernant le pouvoir des institutions européennes de négocier des accords internationaux.

Étant donné l'importance des relations entre le Canada et les États-Unis, il convient d'aborder brièvement l'état du dossier de la concurrence entre les deux pays. La coopération bilatérale en matière de concurrence fut pour la première fois formalisée par le Protocole de 1984¹³⁴. Ce protocole était essentiellement défensif dans la mesure où il s'adressait aux cas où l'application de la politique de la concurrence avait des effets négatifs sur l'autre pays¹³⁵. L'Accord de 1995 (voir l'appendice) reprend l'essentiel du Protocole de 1984 en y ajoutant des dispositions qui viennent formaliser et officialiser la coopération et la coordination entre les deux pays¹³⁶. En outre, des dispositions spécifiques s'attaquent aux pratiques commerciales frauduleuses.

En vertu du nouvel accord, le Directeur des enquêtes et recherches (DER) et la FTC ont l'obligation

¹³⁴ Il s'agit du “Mémoire d'entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique portant sur les préavis, la consultation et la coopération concernant l'application des lois antitrust nationales”.

¹³⁵ Dès 1959, suite aux plaintes du gouvernement canadien à l'égard d'actions intentées aux États-Unis contre un pool canadien de brevets dans le domaine de la radio, les deux pays ont signé l'entente Fulton-Rogers. Cette entente mettait en place un régime non-officiel de notification et de consultation entre les deux pays. En 1969, l'entente Basford-Mitchell a confirmé la volonté des deux pays d'honorer l'entente Fulton-Rogers et d'appliquer les recommandations sur les pratiques restrictives de l'OCDE de 1967. Les deux pays se sont alors engagés mutuellement à notifier et à consulter l'autre partie dans l'application de leurs politiques de la concurrence lorsque les lois et les intérêts légitimes le permettent. L'entente abordait aussi les préoccupations des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux, notamment celles des firmes multinationales. C'est en 1977, lors d'une rencontre à Washington, que le Premier Ministre Trudeau et le Président Carter abordèrent l'impact négatif de l'application extraterritoriale des politiques de la concurrence. Une étude conjointe sur les problèmes d'extraterritorialité allait permettre de déboucher sur la mise en place d'un mécanisme de consultations permanentes afin d'intensifier les échanges d'informations et la collaboration entre les deux pays. Il s'agit du Protocole d'entente de 1984.

¹³⁶ “Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales”. Voir Appendice.

(...) de coopérer dans le dépistage des pratiques déloyales, de s'informer mutuellement des enquêtes relatives à des pratiques ayant lieu sur le territoire de l'autre partie ou ayant des répercussions sur des consommateurs ou des marchés sur le territoire de l'autre partie, d'échanger des renseignements sur la mise en application de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, et de coordonner les mesures de mise en application dans les circonstances appropriées. (Concurrence, 1996, no 1, p. 5)

Le Bureau de la concurrence (le Bureau) et la Federal Trade Commission (FTC) convinrent aussi de créer un groupe de travail conjoint pour examiner les pratiques commerciales déloyales transfrontalières. Le premier objectif de ce groupe de travail était de porter son attention sur les pratiques déloyales des entreprises situées dans l'un ou l'autre des pays qui affectent les résidents de l'autre pays. Ceci implique un partage d'informations sur les pratiques déloyales transfrontalières, bien que cela doit être fait en respectant les lois sur la confidentialité et la protection des renseignements personnels en vigueur dans les deux pays.

La coopération bilatérale entre le Canada et les États-Unis a permis de conclure certaines affaires. En 1994, un complot dirigé de l'étranger en vue de fixer les prix dans le marché de papier pour télécopieur a motivé une enquête conjointe qui a abouti, au Canada, à des plaidoyers de culpabilité de Kansaki Specialty Papers, de Mitsubishi Corporation of Tokyo et de Mitsubishi Canada¹³⁷. En 1995, l'affaire Thomas Liquidation (Pascal Stores) a amené, pour la première fois, un citoyen américain à comparaître devant la justice canadienne. Toujours en 1995, une autre poursuite, à

laquelle les deux pays ont participé, a débouché sur la condamnation de Canada Pipe Company qui fut reconnue coupable d'avoir comploté avec un concurrent américain, la U.S. Pipe. Plus récemment, un complot international sur le marché mondial des vitamines a été condamné aux États-Unis et au Canada. Ce complot a fait l'objet d'amendes très importantes; l'entreprise Hoffman-Laroche a dû payer 500 millions de dollars américains aux États-Unis et 48 millions de dollars canadiens au Canada.

Les arrangements bilatéraux, malgré leur portée limitée, élargissent la portée des politiques de la concurrence à certaines pratiques anticoncurrentielles transfrontalières et réduisent les conflits liés à l'extraterritorialité. Cependant, lorsque les parties sont en désaccord, ces accords sont nettement insuffisants. L'accord entre les États-Unis et la Communauté Européenne en est une bonne illustration¹³⁸. Cet accord a permis la coopération dans plusieurs affaires mais il a aussi montré l'écart entre les deux partenaires; dans les affaires de fusionnements, les autorités américaines et européennes ont très souvent obtenu des résultats fort différents.

Dans l'affaire Boeing, les conclusions des deux parties ont été très différentes. Selon la FTC, bien que Boeing détenait 60% du marché des gros porteurs et qu'elle allait

¹³⁷ Chacune des entreprises devait payer une amende de 950 000 dollars canadiens relativement à cette infraction. Aux États-Unis, Kanzaki et Mitsubishi ont eu à payer des amendes totalisant 6 millions de dollars américains.

¹³⁸ En 1994, les autorités des deux parties ont coopéré dans une affaire d'abus de position dominante/monopolisation impliquant Microsoft. Malgré les différences des politiques de la concurrence en ce qui concerne la monopolisation, les deux parties sont parvenues à des conclusions similaires et Microsoft a dû renoncer à ses pratiques en matière de licences. Il faut noter que Microsoft a consenti au partage des renseignements confidentiels fournis aux autorités chargées de la concurrence. Aussi, toujours en 1994, dans l'affaire Shell/Montedison sur le marché des polypropylène (plastique), la FTC et la Commission européenne sont arrivées à des conclusions similaires qui ont débouché sur le dessaisissement des facilités de production de plastique de Shell situées aux États-Unis comme condition préalable à l'autorisation de l'entreprise conjointe.

accroître sa part d'environ 5% en faisant l'acquisition de McDonnell-Douglas, qu'Airbus constituait le seul concurrent significatif et que les barrières à l'entrée étaient importantes, la transaction ne posait pas de problèmes. Le point le plus important était que la transaction n'allait pas avoir un effet significatif sur les prix pour les clients puisque les ventes potentielles de McDonnell-Douglas étaient à peu près nulles. La transaction n'allait donc pas réduire les producteurs d'avions de trois à deux producteurs; il n'y avait déjà que deux concurrents significatifs, Boeing et Airbus. En contraste, la politique communautaire a mis l'accent sur le fait que la transaction pouvait impliquer l'abus de position dominante et sur les effets de la transaction sur les concurrents. La législation communautaire est aussi plus sévère en matière d'accords d'exclusivité que la loi américaine; c'est d'ailleurs suite à des concessions de la part Boeing au sujet de ses contrats d'exclusivité que la Commission Européenne a décidé de ne pas contester la transaction¹³⁹. Le cas de Boeing n'est pas unique. Lorsque Glaxo a annoncé son projet d'acquérir Wellcome, la Commission a autorisé la transaction tandis que la FTC a ordonné à Glaxo de se départir des activités mondiales en R&D de Wellcome afin de garantir l'existence d'un concurrent. Valentine (1997) souligne aussi le cas Ciba-Geigy-Sandoz.

So again Boeing was not unique, it just was one of the few instances where the differences raised eyebrows. For example, in the recent \$60 billion merger of two Swiss firms, Ciba-Geigy and Sandoz, both the EC and the US had competition concerns. (...) But the EC found no Member State market in Europe sufficiently concentrated to require remedial enforcement action for either product. The FTC, in contrast, found a more anticompetitive situation in the US market for each product and required divestitures covering each product. (Valentine, 1997)

¹³⁹ Suite à cette affaire, Leon Brittan a réitéré la nécessité d'un accord international sur la concurrence.

La confidentialité des renseignements réduit aussi considérablement l'impact des accords bilatéraux. En effet, les arrangements bilatéraux subordonnent l'échange de renseignements aux lois nationales sur la confidentialité. Toutefois, en 1994, les États-Unis ont adopté le *International Antitrust Enforcement Assistance Act* pour permettre aux autorités américaines de partager des informations confidentielles avec les autorités étrangères sans obtenir le consentement des entreprises (États-Unis, 1994). Dorénavant, la FTC et le Département de la Justice peuvent négocier et conclure des accords qui incluent des dispositions concernant l'échange de renseignements confidentiels à condition, toutefois, que les renseignements échangés ne soient pas divulgués à des concurrents, qu'il existe une certaine réciprocité et que l'accord soit conforme à l'intérêt public des parties¹⁴⁰.

Il est indéniable que les accords bilatéraux favorisent une meilleure prise en compte des problèmes transnationaux de concurrence. Pour certains, “a series of “open” bilateral or trilateral initiatives could (then) be a complementary vehicle for multilateralism, having a domino effect” (Jacquemin, 1994, p. 109). Cependant, 1) ils ne dépassent pas la dimension interétatique et risquent de constituer une forme d'accords préférentiels; 2) ils ne permettent pas d'aborder les problèmes de concentration à partir d'une perspective transnationale; et, 3) ils doivent être

¹⁴⁰ Le premier accord a été signé avec l'Australie en 1997. Il s'agit du “Agreement between U.S. and Australia Allows for Countries to Share Information and Provide Investigative Assistance”. Au Canada, les discussions visant le projet de révision de la *Loi sur la concurrence* ont examiné la question controversée du partage des renseignements confidentiels dans le cadre de l'entraide juridique avec les autorités étrangères mais l'actuel projet d'amendements ne contient aucune disposition à cet égard. En effet, le projet C-20 ne comporte pas de mesures à cet égard; les modifications de la loi ont été repoussées au prochain projet de révision de la loi. Il est question d'élargir la portée de l'entraide juridique dans les affaires civiles à un degré comparable à celui de l'entraide en ce qui a trait aux affaires criminelles. Les entreprises et certains avocats craignent que le partage d'information expose

complétés par une approche multilatérale. Une voie plus pragmatique se trouve certainement dans les accords régionaux. D'ailleurs, plusieurs accords régionaux abordent les problèmes de concurrence¹⁴¹. La plus importante et la plus originale des initiatives régionales est sans doute celle de l'Union Européenne qui implique l'adoption de règles communes, la coopération et la création d'une autorité commune. Déjà, en 1957, le Traité de Rome visait à 1) éviter que les pratiques des entreprises et des États affectent les échanges commerciaux intra-communautaires; et, 2) éliminer le recours aux mesures compensatoires en cas de dumping et de commerce déloyal. Par conséquent, le recours aux mesures compensatoires, en cas de commerce déloyal, n'a plus sa place, et l'impact des particularismes nationaux, en matière de concurrence, est considérablement réduit.

Aujourd'hui, la politique de la concurrence régionale est un instrument juridique et politique important qui a comme objectif de garantir que les bénéfices du Marché Unique ne soient pas éliminés par les stratégies et les comportements "déloyaux" et restrictifs des entreprises, tout autant que par ceux des États membres. L'importance de cette initiative supranationale se situe à plusieurs niveaux: certains problèmes de concurrence ont une dimension internationale; les cadres nationaux sont souvent incompatibles les uns avec les autres; les pratiques restrictives des entreprises peuvent alimenter les courants protectionnistes; et, les objectifs nationaux peuvent être satisfaits au détriment des autres pays membres et être incompatibles avec les intérêts communautaires.

les entreprises canadiennes à des poursuites à l'étranger ou qu'elles soient utilisées à des fins stratégiques par les concurrents étrangers.

¹⁴¹ En 1996, MERCOSUR a adopté un protocole sur la concurrence, voir Rowat et al. (1997).

Le processus d'intégration en Europe s'avère instructif puisqu'il a permis de dépasser la distinction "national/international". Le droit communautaire de la concurrence offre certaines avenues qui vont au-delà du développement de la dimension internationale des politiques de la concurrence. L'Union Européenne a, dans une certaine mesure, réussi à dépasser le principe de "traitement national" par une démarche visant à formuler et à sanctionner un droit de la concurrence sur le plan supranational. Le principe de base qui enclenche l'application du droit communautaire est le principe de subsidiarité. Ce principe garantit que les institutions supranationales entrent en jeu lorsque les compétences nationales ne peuvent efficacement résoudre les problèmes visés. Il permet donc de faire un partage de compétences qui distingue les questions qui relèvent strictement des compétences nationales de celles qui ont une dimension communautaire et qui relèvent de la Commission. La dimension externe des politiques de la concurrence d'orientation nationale est donc internalisée.

Néanmoins, le pivot de la politique de la concurrence communautaire - le concept de position dominante - demeure cependant marqué par la contradiction des objectifs internes et externes de la politique communautaire lorsque l'on considère sa dimension externe (Bianchi, 1992). Ainsi, les objectifs internes de la politique de la concurrence cèdent devant les objectifs stratégiques de l'UE au sein de l'économie mondiale.

Bianchi définit les objectifs externes et internes de la façon suivante:

- les objectifs internes sont ceux qui relèvent de la tâche d'établir des règles de concurrence sur la base d'une définition communautaire de l'aire de marché;
- les objectifs externes sont ceux qui, en contraste, consistent à rigidifier les relations internes pour éviter la pénétration d'opérateurs extérieurs qui affaibliraient la structure productive communautaire (nous ajoutons à ces objectifs externes l'importance accordée à la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés internationaux).

L'intérêt communautaire qui justifie, dans un espace fermé, la recherche d'une multiplicité d'acteurs, est alors redéfini en relation avec les avantages que procure la concentration économique face à la concurrence extrarégionale. La contradiction entre les objectifs internes et les objectifs externes n'est pas résolue, elle est simplement déplacée au niveau régional (Bianchi, 1992, Geroski et Jacquemin, 1985)¹⁴². Depuis le Traité de Rome, la Commission européenne a graduellement imposé et élargi son pouvoir de sanction face aux autorités nationales, ce qui lui a permis de réduire l'impact des différences entre les lois nationales en créant, au niveau régional, des conditions similaires à celles qui existent au niveau national. La politique de la concurrence communautaire a permis de minimiser les rivalités néo-mercantilistes et la concurrence systémique régionale et, en ce sens, elle peut instruire les démarches de coopération internationale. Un autre enseignement qui peut en être tiré est que la coopération internationale doit permettre de faire coïncider l'aire de marché des entreprises et le cadre de réglementation de la concurrence. En effet, la politique de la concurrence communautaire ne peut éviter la concurrence systémique au niveau extrarégional puisqu'elle devient un instrument stratégique d'autant plus puissant qu'il permet aux pays européens de faire front commun vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux et d'user d'un certain pouvoir de négociation dès lors qu'il s'agit d'étendre le champ d'application de la politique de la concurrence hors des frontières du Marché Unique.

¹⁴² Dumez et Jeunemaître (1991) entrent trois scénarios possibles pour la politique de la concurrence: 1) le développement d'une forteresse européenne qui met l'emphase sur la dimension stratégique; 2) le développement de la rivalité entre les États membres; et, 3) le développement d'un véritable état de droit économique européen, ce qui requiert certaines réformes.

La démarche nord-américaine se démarque de la démarche européenne. En effet, en Amérique du Nord, aucun mécanisme n'est prévu pour garantir la compatibilité des objectifs de libéralisation commerciale et des pratiques des entreprises et pour faire coïncider l'aire de marché nord-américain et l'espace juridique en matière de concurrence. Le Chapitre 15 de l'ALENA prévoit que les pays membres s'engagent à favoriser la concurrence sur le plan national et à établir des relations de coopération avec les compétences des autres pays membres. Il établit un groupe de travail qui examine l'interface entre la politique commerciale et la politique de la concurrence¹⁴³.

Le modèle nord-américain a plutôt opté pour l'amélioration des instruments de la politique commerciale. Le chapitre 19 prévoit des procédures innovatrices relativement à l'examen et au règlement des différends en matière de droits antidumping et droits compensateurs. Les pays membres s'engagent en effet à respecter trois types d'obligations: 1) examen bilatéral de tout changement apporté aux lois et réglementations existantes en matière de droits antidumping et compensateurs pour les rendre conformes aux accords multilatéraux et à l'ALÉNA; 2)

¹⁴³ Ce groupe de travail, prend son origine dans une proposition canadienne, qui n'a pas été acceptée lors des négociations, de remplacer le recours aux mesures antidumping par l'application des politiques de la concurrence. Pour une discussion des arguments en faveur du remplacement des mesures antidumping par l'application des politiques de la concurrence voir Warner (1992). Le groupe de travail se penche sur les liens entre les politiques commerciales et les politiques de la concurrence mais, jusqu'à maintenant, il n'est pas question d'en arriver à une politique de la concurrence commune. En 1996, le groupe a examiné la corrélation entre la politique commerciale et la politique de la concurrence ainsi que les dispositions sur les fusionnements contenues dans les lois nationales et leurs incidences sur l'ALÉNA et les pays membres. Le Canada participe aussi à spécifier le mandat d'un groupe de travail sur la concurrence dans le cadre de l'intégration continentale (ALEA, Accord de Libre-Échange des Amériques). Depuis 1996, un groupe de travail s'occupe de faire l'inventaire des lois sur la concurrence et des accords de coopération afin de définir les points communs et les divergences qui existent dans les Amériques. Ces travaux visent à améliorer la compréhension et la

remplacement de l'examen judiciaire mené par les tribunaux nationaux par un examen binational des décisions finales relatives aux subventions et aux pratiques de dumping; et, 3) élaboration d'un ensemble de règles mutuellement avantageuses sur les subventions gouvernementales et les pratiques anticoncurrentielles privées de tarification - comme le dumping - qui sont actuellement contrôlées par l'application unilatérale de droits compensateurs et antidumping¹⁴⁴.

L'approche nord-américaine renvoie la responsabilité du contrôle des pratiques restrictives aux États et à la coopération interétatique. Elle fait la double hypothèse suivante: 1) l'élimination des barrières institutionnelles favorise la compétitivité et l'efficacité des entreprises et réduit la nécessité de recourir au droit de la concurrence en favorisant la contestabilité des marchés "nationaux"; et, 2) la restructuration des entreprises à l'échelle nord-américaine n'implique pas la monopolisation du marché nord-américain. Contrairement à l'approche européenne d'intégration régionale, l'approche nord-américaine comporte plusieurs failles:

- elle ne permet pas d'aborder les problèmes de concurrence de dimension internationale et transnationale;
- elle ne permet pas d'éviter l'utilisation protectionniste et stratégique des politiques de la concurrence;
- elle ne permet pas de dépasser le problème d'incompatibilité des politiques de la concurrence ni de résoudre les conflits de lois et de compétences qui en découlent;

mise en oeuvre des politiques de la concurrence. Récemment, un comité de négociation a été créé pour élaborer un accord sur la concurrence.

¹⁴⁴ L'ALÉ indiquait un délai de 5 à 7 ans pour s'entendre sur ces règles mais l'ALÉNA ne prévoit aucun délai à ce sujet.

- elle ne permet pas d'éliminer les recours antidumping et leur utilisation à des fins protectionnistes;
- elle ne reconnaît pas le rôle de plus en plus important des États.

Il est peu probable que le modèle nord-américain évolue dans la direction du modèle européen. Le Canada, comme les États-Unis, favorise plutôt l'intensification de la coopération entre les autorités nationales et l'application des lois existantes. Dans la perspective canadienne, l'élaboration de règles antitrust minimales à l'échelle internationale n'est possible qu'à très long terme (Finckenstein, 1998). La démarche canadienne repose donc sur des accords bilatéraux, comme ceux qui ont été signés avec les États-Unis, et plus récemment avec l'Union Européenne. En deuxième lieu, l'accent est mis sur la réflexion qui se poursuit à l'OCDE pour définir certains concepts qui seraient ensuite négociés à l'OMC. En ce qui concerne la question de fond, le Canada n'est pas favorable à l'élaboration de règles qui prendraient la forme d'un code de concurrence international, et encore moins à la création d'une autorité internationale qui viendrait se substituer aux autorités nationales. Le modèle qui devrait être suivi est celui qui inspire l'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Cet accord prévoit un ensemble minimal de principes mis en oeuvre au niveau national et complété par des mesures à la frontière¹⁴⁵. La mise en oeuvre de même que l'application des règles

¹⁴⁵ Les articles de l'ADPIC qui touchent à la concurrence sont les articles 8.2 et 40. L'article 8.2 autorise les mesures nécessaires pour empêcher l'utilisation abusive de droits qui pourraient restreindre le commerce ou limiter le transfert international de technologie. L'article 40 vise le contrôle des pratiques anticoncurrentielles au niveau des licences contractuelles en autorisant les pays membres à spécifier les pratiques qui pourraient être considérées abusives selon leurs lois et à prendre des mesures nécessaires pour les contrer. Des dispositions portent sur l'obligation de certaines mesures de coopération internationale en matière de concurrence.

minimales négociées à l'OMC et insérées dans les régimes nationaux reposeraient sur les États.

Le Canada est cependant plus favorable que les États-Unis à ce que l'OMC joue un rôle important en matière de concurrence puisque la coopération bilatérale n'offre pas de solution à tout (Finckenstein, 1998a). Le Canada appuie l'idée d'une nouvelle série de négociations commerciales qui aborderaient les problèmes de concurrence afin de faire progresser une politique de la concurrence à l'échelle mondiale et d'éviter l'improvisation en matière de politique de concurrence qui caractérise les récents accords de l'OMC¹⁴⁶. Certains éléments clés qui sont élaborés à l'OCDE seraient davantage définis: la Recommandation de 1998 sur l'interdiction des ententes injustifiées; le protocole commun de préavis de fusionnement adopté à l'automne 1998; les travaux en cours sur les droits des parties et sur les principes de la courtoisie positive; et, les éléments de consensus qui émergent au sein de l'organisation relativement à une approche commune en matière d'abus de position dominante et à l'infrastructure institutionnelle en matière de droit de la concurrence qui est nécessaire

¹⁴⁶ À court terme, trois priorités de la coopération internationale en matière de concurrence sont énoncées par le DER: 1) approfondir la coopération internationale avec les organismes étrangers, notamment avec les autorités américaines; 2) élargir le cadre d'application de la courtoisie positive; et, 3) modifier la loi pour permettre de coopérer en vertu de l'IAEAA (International Antitrust Enforcement Assistance Act) adopté en 1994 par les États-Unis. Avec les États-Unis, le Canada recherche, une plus grande coordination des enquêtes; la coordination des perquisitions; un partage accru de renseignements sur la définition de marchés, l'argumentation juridique et l'opinion de l'industrie; la synchronisation des activités; la coopération à l'accumulation des preuves nécessaires dans le cadre du processus prévu dans le traité d'entraide juridique. Ceci intensifierait la coopération existante. Le Canada vise aussi à étendre la courtoisie positive; elle est incluse dans l'accord de 1995 et dans l'accord avec l'Union européenne, mais de façon plus limitée que l'entente sur la courtoisie positive conclue entre les États-Unis et l'Union européenne. Cette dernière définit les motifs qui justifient la courtoisie positive, les conditions d'abandon provisoire, les délais de traitement, les conditions de l'acceptation des mesures appliquées par les lois étrangères et les circonstances justifiant une enquête par le pays qui a fait la demande puisqu'il ne peut être supposé qu'un pays s'en remette entièrement aux mesures étrangères pour défendre ses intérêts économiques.

à l'application efficace des lois sur la concurrence¹⁴⁷. Ces principes seraient reproduits dans un accord multilatéral et assortis d'un mécanisme de règlement des différends pour faire respecter les engagements minimaux sans remettre en question l'application nationale des lois sur la concurrence. Au Canada, il est question d'élargir la coopération aux affaires civiles; elle est bien développée au niveau des affaires criminelles. Toutefois, les sociétés canadiennes et les avocats canadiens craignent que les renseignements fournis exposent les sociétés canadiennes à des poursuites civiles ou à des poursuites en dommages-intérêts devant les tribunaux américains. Un éventuel accord sur l'entraide juridique devrait donc éliminer les inquiétudes canadiennes au sujet des dommages-intérêts considérables.

L'approche nord-américaine repose donc sur l'intensification et l'extension de la coopération intergouvernementale en matière de concurrence, sur l'application des lois existantes et sur des mécanismes et des principes qui pourraient améliorer leur efficacité. Il n'est pas question d'orienter les travaux pour mettre en place une politique supranationale ni en Amérique du Nord, ni à l'échelle multilatérale.

La coopération internationale, sauf dans le cas européen, ne remet pas en cause le renvoi des problèmes de concurrence au niveau national. Dans l'éventualité d'un accord à l'OMC, on peut raisonnablement penser que la tâche des États serait plus lourde et plus complexe puisque la pression qui pèse sur eux au niveau de la compatibilité entre les objectifs nationaux et les engagements internationaux serait

¹⁴⁷ Il est question d'un organisme d'enquête et d'un mécanisme d'examen judiciaire et d'appel.

plus grande. Le problème est d'autant plus important que l'approche minimaliste au niveau multilatéral laisserait subsister une grande ambiguïté sur la portée et la nature exacte des engagements internationaux découlant des dispositions d'un éventuel accord. Voyons ceci de plus près.

En ce qui a trait à l'obligation d'adopter une loi sur la concurrence valable, il est difficile de d'envisager des dispositions opérationnelles qui n'abordent pas les éléments substantifs du droit de la concurrence. Il est question de définir des principes communs mais dans la mesure où chaque État conserverait la liberté de formuler et d'appliquer ses propres lois, ils ne seraient que très vagues. La recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables illustre fort bien ce problème. Le mot “injustifiable” est défini en rapport avec les lois nationales. La plupart des politiques de la concurrence ont adopté des approches utilisant la règle de raison assorties de dispositions d'exemptions afin de ne pas s'attaquer aux ententes “concurrentielles”, et donc “justifiables”. La recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables se limite donc à favoriser une certaine transparence au niveau des régimes nationaux sans pour autant interdire les ententes. En effet, sont exclus des ententes injustifiables, les accords qui sont liés à des gains d'efficience, qui sont exclus du champs d'application de la loi nationale ou qui sont autorisés conformément à ces législations¹⁴⁸. Aucune règle à caractère substantif ne découle de cette recommandation. La question reste entière: comment définir ce que désigne une loi

¹⁴⁸ Il est significatif de constater que malgré que les États reconnaissent que les cartels à l'exportation soient une pratique qui a des effets préjudiciables pour les relations économiques internationales et la concurrence, la plupart des pays, dont le Canada et les États-Unis, ont renforcé les dispositions qui permettent de les exempter de l'application de la politique de la concurrence. Puisque les ententes injustifiables ne couvrent pas les ententes exemptées, ces cartels sont compatibles avec la recommandation de l'OCDE.

valable en matière de concurrence au niveau international alors que chaque État conserve son pouvoir souverain d'interpréter ce principe en fonction de ses objectifs nationaux? L'ambiguïté persiste.

En ce qui concerne les fusionnements, on peut se questionner sur la pertinence et les avantages d'un accord multilatéral qui ne définirait pas les cadres analytiques qui servent à distinguer les fusions acceptables des fusions à interdire? Comment constituer les bases d'un cadre réglementaire efficace sur le contrôle de la concentration tout en maintenant les différences internationales au niveau de l'importance accordée à la défense d'efficacité ou à l'innovation? Comme nous l'avons vu plus haut, le contrôle de la concentration est traversé par des considérations stratégiques de plus en plus significatives. À cet égard, la recommandation de l'OCDE sur les fusionnements, qui d'ailleurs n'aborde pas la question des seuils de notification, ne comporte aucun élément permettant de définir une approche commune assortie de règles et d'instruments d'analyse précis.

La coopération internationale est nécessaire. Il existe certainement des avantages à introduire des principes de base communs aux lois nationales ou des principes du droit de la concurrence dans les accords commerciaux de l'OMC. Il est aussi justifié d'élargir la portée des dispositions de non-violation pour inclure la politique de la concurrence ce qui la rend plus contestable ou de doter l'OMC de pourvoir de surveillance des politiques de la concurrence. Tout accord abordant ces questions est souhaitable. Toutefois, la coopération internationale en matière de concurrence ne peut véritablement fonder un droit de la concurrence sans aborder les questions de fond du droit de la concurrence et sans tendre vers le remplacement de l'approche nationale par une approche globale. Un droit économique international qui se

bornerait à établir un droit de coordination entre les lois nationales et les engagements internationaux est nettement insuffisant dans le contexte de concurrence systémique entre les systèmes nationaux.

Adopter une approche globale en matière de concurrence est un projet ambitieux et probablement irréalisable à court terme, et ce principalement en raison de la résistance des États à céder une partie de leur souveraineté et de leur autonomie. C'est pourquoi plusieurs pays, dont le Canada, supporte une approche à long terme pour en arriver à "un Accord MAC qui touche au commerce à la fois réaliste sur le plans des attentes et mesuré en ce qui concerne le résultat final" (Bureau de la concurrence, mai 1999).

Toutefois, à long terme, plutôt que de voir émerger un véritable cadre réglementaire de la concurrence, il est fort possible de constater que cette approche entraîne une logique de désintégration internationale se dégageant de l'interaction des stratégies mercantiles des États et des firmes dont l'un des instruments privilégiés serait l'utilisation stratégique des politiques de la concurrence.

Une approche graduelle comporte des risques de dérapage. D'une part, en réalité, la résistance des États face à l'élaboration d'un droit supranational en matière de concurrence contribue paradoxalement à leur faire perdre leur souveraineté face aux acteurs privés internationaux. D'autre part, et ceci est généralement ignoré dans les débats, une approche graduelle laisse libre cours à la concurrence systémique entre les États qui tentent de maximiser les bénéfices de la globalisation économique du point de vue de leurs intérêts nationaux, ce qui se traduit fréquemment dans le soutien aux entreprises nationales pour se positionner favorablement au sein de l'économie mondiale. Il existe aussi un danger que le droit international en émergence se limite à mettre en place un système de droit où la communauté internationale jugerait "les

politiques nationales” plutôt que les pratiques anticoncurrentielles. En effet, si la coopération internationale en matière de concurrence semble s’orienter vers un droit de coordination des droits nationaux en raison du fait que les États tiennent à conserver le modèle volontaire et non exécutoire que l’on trouve dans les accords bilatéraux et dans les recommandations de l’OCDE, ce sont les mécanismes de règlement des différends et d’examen de la politique de la concurrence qui prendront une importance significative. Le système de droit économique international serait en réalité un droit des politiques de la concurrence plutôt qu’un droit de la concurrence.

C. Conclusion sur les débats juridiques sur la concurrence

Les débats juridiques sur la concurrence ont graduellement intégré l’analyse économique. Au niveau national, l’efficacité et la compétitivité des entreprises sont des considérations qui ont gagné en importance, ce qui a déplacé la centralité du droit de la concurrence de l’intérêt du consommateur vers l’intérêt des producteurs. L’intensification du processus d’internationalisation des activités économiques a aussi des incidences significatives, notamment en renforçant le préjugé favorable à la grande entreprise. Les politiques de la concurrence conservent leur orientation nationale mais elles ont pris une dimension internationale; elles ne peuvent plus être appliquées sans tenir compte des liens entre les conditions internes et externes de la concurrence. L’internationalisation des activités économiques et celle des politiques de la concurrence ont transporté la problématique dans le domaine du droit économique international.

Le droit économique international n'est cependant pas adapté aux nouvelles réalités de la concurrence. Ce sont surtout les limites du régime actuel qui sont apparues plus clairement. Les débats ont premièrement porté sur l'amélioration du système GATT-OMC pour finalement aborder la question du développement d'un cadre réglementaire de la concurrence. Toutefois, il n'existe aucun consensus au niveau international pour entrevoir l'émergence d'un véritable état de droit économique supranational. Ainsi, dans la mesure où il n'existe pas d'ordre spontané, la communauté internationale doit se replier sur le développement d'un cadre réglementaire de la concurrence à partir des lois nationales. Le droit économique international en matière de concurrence se développe donc à partir de la gestion de l'internationalisation unilatérale des droits nationaux. Le problème reste entier puisqu'aucun système de droit ne s'applique directement aux entreprises. L'hypothèse consiste à faire reposer le contrôle des pratiques restrictives sur les États et sur l'approfondissement de la coopération intergouvernementale. Cette hypothèse ne tient pas compte de l'instrumentalité stratégique des politiques de la concurrence.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Les débats économiques sur la concurrence ont remis en cause deux piliers de la pensée économique libérale, la libre concurrence et le libre-échange, ce qui nous a amené à considérer le danger de voir converger les pratiques anticoncurrentielles des entreprises et des États en vue de modifier les conditions de concurrence en leur faveur. Entre la fin du 19ième siècle jusqu'à la période d'entre-guerres, les réalités économiques ont ébranlé les concepts de base des théories économiques classiques et motivé les économistes à développer des théories alternatives qui tenaient compte des imperfections de marché. Malgré les tentatives qui ont été faites au niveau national afin de mettre en place les conditions nécessaires à la réalisation du monde économique libéral, ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que le passage d'un droit national du commerce à un droit économique international a permis de réduire les tensions entre les États et de raviver l'intérêt pour l'application des politiques de la concurrence.

Mais un phénomène économique majeur viendra bouleverser les fondements de ce nouvel ordre. La véritable rupture dans les débats sur la concurrence a été provoquée par le développement phénoménal des FMN qui nous a transporté dans l'actuel processus de globalisation des marchés. Ainsi, faut-il maintenant se poser la question d'un éventuel droit économique global qui aurait comme caractéristique de s'adresser aux entreprises aussi bien qu'aux nouvelles formes d'interventionnisme des États. Les entreprises et les États peuvent agir en tant qu'acteurs oligopolistiques qui cherchent à exploiter les imperfections de marché. Certes, les États ont perdu le "contrôle" du développement économique des "économies nationales"; l'internationalisation des

entreprises a d'ailleurs fait entrevoir à certains économistes que sur la scène internationale, les acteurs n'étaient plus les États mais les firmes. Mais les États et les particularismes nationaux ne sont pas disparus. Les États ont d'ailleurs développé de nouvelles stratégies économiques orientées sur l'initiative privée, l'innovation et le développement des activités internationales des entreprises afin de tirer partie de la globalisation économique en conjuguant, tant bien que mal, le libre-échange avec de nouvelles formes d'interventionnisme dont l'un des aspects les plus controversés est sans doute, la possibilité de l'utilisation des politiques de la concurrence à des fins stratégiques.

La problématique actuelle sur le plan juridique est que l'espace de marché déborde de l'aire de juridiction des autorités responsables de la concurrence. Le passage d'une conception nationale de la concurrence à une conception globale n'est pas encore réalisé sur le plan juridique bien qu'il soit désormais impossible de séparer les conditions internes et externes de la concurrence. Ceci pose des problèmes pour les droits nationaux comme pour le droit international.

Sur le plan national, les politiques de la concurrence prennent une dimension internationale; elles ne peuvent plus être appliquées en faisant abstraction des conditions externes de la concurrence et elles ont été orientées de façon à améliorer la compétitivité des entreprises nationales sur les marchés internationaux. Par conséquent, l'importance de l'arbitrage des intérêts des producteurs et des consommateurs - ou de l'intérêt public - a diminué par rapport à l'importance de l'arbitrage des intérêts des entreprises nationales et des entreprises étrangères sur les marchés internationaux.

Sur le plan international, le droit économique comporte de grandes lacunes pour effectivement contrer les pratiques anticoncurrentielles et réduire la concurrence systémique entre les systèmes nationaux. La démarche qui vise à construire un droit économique international à partir des États, en faisant l'hypothèse d'une convergence des ordres nationaux, sous-estime le processus de monopolisation des marchés et la concurrence systémique entre les systèmes nationaux. D'ailleurs, en réalité, la convergence internationale peut paradoxalement alimenter la concurrence systémique lorsqu'elle consiste à généraliser l'utilisation stratégique des politiques de la concurrence. C'est ce qui se dégagera de la deuxième partie de cette recherche qui montre que l'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada s'insère dans une logique de concurrence systémique.

DEUXIÈME PARTIE

INTERNATIONALISATION
DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE
DU CANADA

INTRODUCTION

Avant l'adoption de la *Loi sur la concurrence* en 1986, le rôle coercitif de la politique de la concurrence était limité par l'attitude ambivalente de la classe politique quant à la nécessité de sévir contre les pratiques monopolistiques et par les nombreuses faiblesses de la législation. La nouvelle loi améliore plusieurs aspects du cadre réglementaire de la concurrence au Canada mais, à plusieurs égards, elle ne peut être considérée en tant qu'instrument anti-monopolisation; elle définit plutôt le degré de monopolisation justifiable sur le marché canadien et les critères d'acceptabilité des pratiques commerciales dans le contexte de globalisation économique.

La loi privilégie une méthode d'analyse au “cas par cas” qui fait intervenir les considérations d'efficacité économique et les nouvelles manières d'appréhender la dynamique concurrentielle. La loi permet donc une grande souplesse qui se traduit par un préjugé favorable à la grande entreprise. Néanmoins, c'est surtout la prise en compte de la dimension internationale qui a contribué le plus à assouplir la politique de la concurrence. On suppose que la concurrence internationale a un effet proconcurrentiel mais aussi, par ailleurs, que pour affronter la concurrence et demeurer compétitives, les entreprises canadiennes doivent avoir une taille suffisante, ce qui ouvre la porte à la reconnaissance, dans certains cas du moins, des positions dominantes.

L'espace économique des entreprises étant dorénavant global, ou du moins nord-américain, la dynamique concurrentielle peut difficilement être abordée en prenant

uniquement pour cadre d'analyse l'espace de souveraineté des États. La ligne juridique qui sépare le marché national du marché international devient de moins en moins nette. D'un côté, la concurrence devient globale ce qui implique que la loi tienne compte des conditions de concurrence qui existent au-delà des frontières nationales. De l'autre, les conditions dites "internes" ont aussi des effets externes importants sur les entreprises et les États étrangers, le problème n'étant plus, dès lors, un simple problème de champ d'application de la loi mais plutôt de prise en compte des effets, recherchés ou non, que peuvent avoir les différentes politiques de la concurrence les unes sur les autres de même que sur les conditions de la concurrence sur les marchés.

Dans la mesure où les entreprises canadiennes sont en concurrence avec des entreprises étrangères et que le marché sur lequel elles opèrent dépasse les frontières domestiques, une politique de la concurrence trop rigoureuse sur le marché canadien peut faire obstacle à l'amélioration de leur performance économique, surtout lorsque les entreprises étrangères n'ont pas à respecter les mêmes règles. Trop souple, cette politique risque d'accorder aux entreprises nationales un avantage de marché, voire même de créer des situations injustifiées de positions dominantes.

Les aspects de compétitivité internationale ont toujours été pris en considération; la taille minimale d'efficience dans un petit pays comme le Canada implique certainement un degré de concentration plus élevé que dans un pays comme les États-Unis (Commission Bryce, 1978). Toutefois, comme le souligne Castel (1988), l'application de la politique de la concurrence du Canada fut considérablement affectée par les investissements directs au Canada et la présence massive des FMN sur le marché canadien, avec le résultat que la politique de la concurrence a été assouplie dans son application et modifiée pour prendre en considération la concurrence

étrangère, la protection du consommateur étant mieux assurée qu'elle ne l'était auparavant. Plus récemment, la transnationalisation des entreprises canadiennes a aussi eu un impact sur l'orientation de la politique de la concurrence, le problème n'étant plus alors tant de protéger le consommateur canadien que de s'assurer que les entreprises canadiennes puissent rivaliser à armes égales avec leurs rivales sur les marchés internationaux. La nouveauté de la politique de la concurrence réside dans le fait 1) que les objectifs de compétitivité internationale sont maintenant explicitement intégrés dans le texte de la loi; et, 2) que la concurrence n'est plus simplement envisagée en rapport avec les conditions d'efficience qui devraient prévaloir sur un marché domestique ouvert, mais avec celles qui devraient prévaloir sur des marchés globaux.

Cette deuxième partie de la recherche vise à montrer que l'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada s'inscrit dans le cadre d'une nouvelle stratégie économique prenant ses racines dans les années 80. Ainsi, la politique de la concurrence constitue un instrument économique orienté vers des considérations de compétitivité et elle se trouve, malgré les efforts de coopération internationale, en concurrence systémique avec les politiques de la concurrence étrangères.

Nous procéderons en cinq temps. Le premier chapitre situe la nouvelle politique de la concurrence dans un nouvel ensemble de politiques économiques qui vise à favoriser le développement économique du Canada et des entreprises canadiennes au sein de l'économie mondiale. L'internationalisation de la politique de la concurrence apparaît alors comme un élément révélateur de changements de la politique économique canadienne à deux niveaux.

- Au niveau du rapport national/international: émergence d'un modèle économique misant principalement sur les secteurs d'exportation et plus

généralement sur la présence des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux.

- Au niveau du rapport état/entreprise/marché: élargissement de l'espace de liberté des entreprises devant s'ajuster et améliorer leur positions face à la concurrence internationale.

Le deuxième chapitre fait un survol historique de la politique de la concurrence pour situer la nouvelle loi dans le cadre de la réorientation de la politique économique canadienne au cours des années 80. Le troisième chapitre fera une présentation des dispositions les plus importantes de la loi pour faire ressortir les modalités d'acceptabilité des pratiques anticoncurrentielles. Le quatrième chapitre fera le point sur certains éléments de jurisprudence qui nous permettront de constater la souplesse de la politique canadienne en matière de concurrence. Le cinquième chapitre, qui portera sur la concurrence systémique avec les autres régimes nationaux de la concurrence, soulignera les différences internationales et la convergence dans l'assouplissement des politiques de la concurrence. L'intérêt de ceci est de montrer que l'assouplissement de l'approche canadienne ne répond pas simplement à l'internationalisation des pratiques des entreprises, mais aussi à celles des États qui soutiennent les stratégies internationales de leurs entreprises.

CHAPITRE 1

POLITIQUE ÉCONOMIQUE CANADIENNE: CHANGEMENT D'ORIENTATION

La politique canadienne a été marquée, depuis la guerre, par la recherche d'un certain équilibre entre 1) autonomie et ouverture sur le plan des relations extérieures; et, 2) réglementation et concurrence sur le plan intérieur. Un changement de perspective est intervenu dans les années 80 et l'équilibre a basculé en faveur de la déréglementation et de l'ouverture internationale. Au début des années 80, la vulnérabilité extérieure de l'économie canadienne et les tendances nouvelles prises par la globalisation ont relancé le débat sur l'ouverture extérieure de l'économie canadienne et ont conduit les autorités à abandonner les paramètres keynésiens des politiques économiques. La nouvelle politique économique met désormais l'emphase sur la compétitivité de l'économie canadienne ainsi que sur la capacité des entreprises canadiennes à affronter la concurrence internationale.

Cette rupture dans la politique économique canadienne s'inscrit dans le contexte plus large des impératifs d'insertion dans une économie mondiale en transformation. Elle a coïncidé avec: 1) la forte progression des investissements internationaux; 2) l'émergence de l'Asie, sous l'impulsion du Japon, comme pôle économique qui a remis en cause les modèles existants et les équilibres économiques internationaux; 3) l'approfondissement de l'intégration économique européenne; et, 4)

un protectionnisme grandissant aux États-Unis¹. Le libre-échange avec les États-Unis va aussi marquer un tournant et, à toutes fins pratiques, l'abandon de la stratégie qui avait consisté à privilégier l'approche interventionniste et réglementaire sur le plan interne et la diversification des échanges internationaux par la voie du multilatéralisme sur le plan externe².

La politique de la concurrence va suivre la politique économique. Ce n'est plus strictement la concurrence qu'il s'agit de viser, du moins à l'intérieur des frontières nationales, mais de faire en sorte que non seulement l'économie canadienne soit compétitive, mais que les règles qui l'encadrent favorisent cette compétitivité. Pour autant que les liens avec les autres domaines de la politique économique sont reconnus et exploités, cette approche pragmatique mise sur le libre-échange et la déréglementation pour garantir la "contestabilité" du marché canadien. On suppose généralement que les positions dominantes ne créent pas d'obstacles à la concurrence effective sur le marché canadien et que, sur le plan international, le libre-échange favorise l'émergence de règles spontanées qui garantissent l'existence d'une concurrence "loyale" et de marchés "accessibles" - ou de marchés "contestables". Cependant, il n'est pas certain que les stratégies corporatives et les regroupements d'entreprises se conjuguent avec efficacité accrue et compétitivité internationale ni que

¹ En Amérique du Nord, ces modifications se sont traduites par une insécurité croissante quant à la position des pays de la région au sein de l'économie mondiale - surtout aux États-Unis - et à la compétitivité internationale des entreprises nord-américaines. Selon les données statistiques de l'ONU, la part des pays de l'Amérique du Nord des exportations mondiales a diminué de 19% en 1970 à 16% en 1989. En revanche, leur part des importations mondiales a augmenté de 17% en 1970 à près de 20% en 1989. En ce qui concerne les stocks d'investissements directs internationaux, selon les données du FMI et du UNCTC, la part des stocks mondiaux ayant comme origine l'Amérique du Nord a diminué de 51% en 1973 à 32% en 1989 alors que la part des stocks mondiaux ayant pour destination les pays d'Amérique du Nord a augmenté de 30% en 1973 à plus de 45% en 1989.

² Pour une discussion des aspects stratégiques du libre échange nord-américain, voir Deblock et Rioux (1992).

l'élimination des barrières institutionnelles aux échanges soit suffisante pour contrer les effets anticoncurrentiels de la concentration économique. C'est toutefois dans ce sens que la nouvelle politique de la concurrence fut élaborée, en misant sur les vertus du libre-échange et de la libre concurrence.

A. De la Politique Nationale à la Troisième Option

De la *Politique Nationale* (1879) à la *Troisième Option*, la politique du Canada a toujours tenté de concilier la nécessité d'accroître ses débouchés économiques avec celle de préserver une certaine marge de manœuvre et une certaine autonomie vis-à-vis des marchés extérieurs. Que ce soit par choix ou par défaut, le Canada a dû développer une attitude assez prudente en ce qui a trait à la concurrence externe et au libre-échange, et prendre une certaine distance par rapport au continentalisme nord-américain dont la caractéristique majeure est le poids énorme des États-Unis (Arteau, 1988).

À partir de la deuxième moitié du 19^e siècle, et ce jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale, le Canada est pris dans un triangle; l'économie canadienne a des liens très puissants avec le système colonial britannique et avec l'économie américaine. La perte de débouchés extérieurs provoquée par le démantèlement du système colonial a favorisé les échanges avec les États-Unis et motivé la signature en 1854 d'un *Traité de réciprocité* qui a instauré le libre-échange au niveau des matières premières. Cependant, ce traité ne sera pas renouvelé par les États-Unis et le Canada s'est replié sur l'idée d'intégration nationale. Ainsi, "de l'échec de la réciprocité avec les États-Unis émergea un projet d'intégration est-ouest au nord des États-Unis. Ceci

débouchera en 1867 sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique” (Arteau, 1988, p. 172).

Plusieurs mesures protectionnistes furent alors adoptées dans le but de protéger le développement des industries canadiennes embryonnaires. Cependant, deux réalités - la taille restreinte du marché ainsi que le nombre important d'entreprises américaines qui venaient profiter d'un marché protégé - ont semé le doute sur l'efficacité d'un tel modèle de développement. Le Canada tentera de renouveler le *Traité de réciprocité* avec les États-Unis mais les négociations échoueront en 1874. Suivra ensuite, en 1879, l'adoption de la *Politique Nationale* par le gouvernement conservateur de J. A. Macdonald avec laquelle Wilfrid Laurier tentera de rompre en 1911 en signant un *Traité de réciprocité* avec les États-Unis, mais ce traité n'entrera pas en vigueur puisque le gouvernement conservateur de Borden cédera devant les pressions pour maintenir la *Politique Nationale*. Suivra ensuite une période de *statu quo* et de repli national.

Dans les années 30, alors que la situation économique se détériorait rapidement et que l'adoption de la loi *Smooth-Hawley* rendait l'accès au marché américain de plus en plus difficile, le Canada tentera de se rapprocher de la Grande-Bretagne en signant, en 1932, les accords d'Ottawa. En réalité, le partenaire commercial du Canada était désormais son voisin du sud tant sur le plan commercial que sur le plan des investissements étrangers. Il était donc important de consolider les liens économiques nord-américains d'autant que l'adoption du *Reciprocal Trade Agreement Act* aux États-Unis allait faciliter la conclusion d'un accord. L'accord de réciprocité de 1935 qui incluait la clause NPF et permettait une réduction tarifaire de 20 à 50% portant sur plus de 63 produits fut renouvelé et élargi en 1938, mais ceci en

échange de l'élimination des préférences accordées par le Canada aux Britanniques dans le cadre des accords d'Ottawa.

Après la seconde guerre mondiale, les États-Unis ont définitivement remplacé la Grande-Bretagne au centre de l'économie internationale. Le nouvel ordre économique international fondé sur le multilatéralisme et l'ouverture négociée des frontières (le désarmement économique) a aussi changé les règles du jeu. Les relations commerciales entre le Canada et les États-Unis se sont inscrites à l'intérieur de ces deux réalités nouvelles quoique les deux pays ont continué d'utiliser la voie bilatérale pour libéraliser certains secteurs d'activités, notamment dans l'automobile.

Dans les années 70, la vulnérabilité extérieure du Canada et sa dépendance à l'égard des États-Unis ont provoqué une réaction nationaliste et interventionniste. La *Troisième Option* a, simultanément, rejeté le *statu quo* et le libre-échange avec les États-Unis au profit de l'idée d'une politique industrielle axée sur la promotion de la propriété canadienne et la diversification des partenaires commerciaux. La *Troisième Option* constituait donc une voie médiane; elle conjuguait nationalisme et libre-échange afin de compenser l'ouverture du marché par l'adoption de mesures pour accroître la marge de manœuvre du Canada face au continentalisme nord-américain.

Le rapport Gray (1972) avait recommandé l'élaboration d'une politique industrielle fondée sur le contrôle des investissements étrangers, des mesures de soutien et d'adaptation des industries, une politique de substitution aux importations, la croissance du secteur public et une approche multilatérale de libéralisation

commerciale³. L'objectif général était de favoriser les liens est-ouest et avec d'autres partenaires commerciaux plutôt que de s'appuyer sur la tendance économique naturelle à l'intégration nord-sud. Le volet interne de la stratégie prévalait sur son volet externe puisque l'accent était mis sur la croissance et la stabilité de l'économie nationale. Plusieurs mesures ont été mises en place et témoignent d'un rôle interventionniste de l'État, notamment en ce qui concerne le contrôle des investissements avec la création de l'Agence d'Examen des Investissements Étrangers (AEIE), la nationalisation et la réglementation de certains secteurs d'activités, et la mise en oeuvre de la Politique Énergétique Nationale.

Dès le milieu des années 70, le consensus autour de la *Troisième Option* s'effritera. Dans un contexte inflationniste et de déficits budgétaires, les objectifs de plein-emploi et de croissance interne seront délaissés au profit de la lutte contre l'inflation, du contrôle des déficits et du développement du secteur d'exportation. Le virage fut amorcé dès 1975 (Deblock, 1988). Les piètres résultats de l'économie canadienne, sur le plan interne comme sur le plan externe, le gouvernement n'a pas échappé au débat de fond autour de la *Troisième Option*, qui sera finalement mise de côté, mais sans aucune réorientation claire et explicite de la politique économique⁴. Le

³ Les rapports Gordon (1958), Watkins (1968) et Gray (1972) ont mis l'accent sur la vulnérabilité de l'économie canadienne, surtout en rapport avec l'importance des firmes américaines sur le marché canadien. Jusque dans les années 50, le Canada était favorable à l'investissement étranger. À la suite du Rapport Gordon, le débat s'amorce autour de la nature du contrôle des investissements étrangers et des secteurs nécessitant une protection particulière. Dans les années 70, l'Agence d'examen de l'investissement étranger (AEIE) fut créée pour examiner les projets d'investissement et les comportements des filiales étrangères afin de faire en sorte que les investissements étrangers procurent des avantages importants au Canada. L'AEIE filtrait tous les investissements étrangers: ceux qui visaient la création de nouvelles entreprises et ceux qui visaient l'acquisition directe ou indirecte d'entreprises déjà existantes au Canada. Malgré la rigueur des mesures de contrôle, pendant toute la période d'existence de l'organisme, seulement 435 des 6599 projets d'investissement furent refusés.

⁴ Pour certains, aucune véritable politique industrielle ne fut adoptée, ce qui explique l'échec de la *Troisième Option*; c'est d'ailleurs l'opinion de Donneur (1988) qui écrit: "Plus généralement, les mesures de restructuration industrielle (...) ne parvinrent jamais au Cabinet devant l'opposition de

gouvernement libéral a tenté, au début des années 80, d'élaborer une nouvelle stratégie axée sur les marchés internationaux tout en préservant l'idée d'une stratégie nationale de développement⁵. Cette stratégie buta sur l'absence de réel appui de la population et du milieu des affaires, mais, plus fondamentalement, c'est sur la tension de plus en plus forte entre la politique d'autonomie nationale et la nécessité de négocier l'ouverture du marché américain pour soutenir les exportations qui a été à l'origine de son échec, d'autant que la politique internationale des États-Unis était de plus en plus agressive tant sur le plan politique que sur le plan économique.

B. Revitalisation de l'économie canadienne: libre-échange et concurrence

C'est au gouvernement conservateur qu'il reviendra finalement de changer les paramètres de la politique économique; ce sera le *Programme de renouveau économique* (Canada, 1984) qui mettra l'emphase sur l'assainissement des finances publiques, l'ouverture sur l'extérieur et sur le rôle moteur du secteur privé. La dimension internationale de ce programme économique est exposée dans le document *Compétitivité et sécurité: orientation pour les relations extérieures du Canada* (Canada, 1985a). La question du libre-échange devient alors centrale. Deux objectifs

fonctionnaires des ministères des finances et de l'industrie et du commerce. Or, cette restructuration était fondamentale à la mise en oeuvre de cette politique. On peut affirmer clairement que la politique de troisième option ne fut jamais appliquée réellement. (...) En réalité, la politique qui fut menée est celle de la première option, celle du statu quo, assortie de quelques mesures relevant de la troisième option" (Donneur, 1988, p. 225).

⁵ Un Livre blanc, *Le développement du Canada dans les années quatre-vingt* (Canada, 1981), mettait l'emphase sur l'élimination de l'inflation, le développement des ressources naturelles et l'expansion des exportations plutôt que sur les industries manufacturières et la substitution aux importations. Mis à part l'assouplissement du contrôle des investissements étrangers, le gouvernement demeurait hésitant face aux États-Unis. La question du libre-échange nord-américain était posée mais dans une optique limitée à certains secteurs et nuancée par les objectifs de souveraineté économique.

sont associés: 1) celui d'une économie interne plus productive et concurrentielle; et, 2) celui d'un marché international plus stable et plus ouvert. Les liens entre l'économie interne et l'économie internationale, affectés par la globalisation économique, sont reconnus et placés au centre de la nouvelle orientation de la politique économique. Dès lors, il ne s'agira plus d'arbitrer entre les contraintes internes et les contraintes externes, mais de lier la croissance de l'économie nationale à la croissance des marchés extérieurs et à l'ouverture aux investissements étrangers. Le Canada devait devenir une économie ouverte, tournée vers l'extérieur; la clé de sa prospérité était de favoriser son insertion dans l'économie mondiale.

Le Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Canada, 1985b), ci-après nommée la Commission Macdonald, fournira le cadre théorique de la nouvelle politique économique et fera du libre-échange avec les États-Unis la clé de la stratégie gouvernementale. Selon la Commission Macdonald, le manque de compétitivité des entreprises s'expliquait par la réglementation et la protection des industries canadiennes. À l'abri de la concurrence interne et externe, ces dernières n'avaient pas développé de stratégies concurrentielles performantes. La solution proposée était de modifier l'interface entre le marché national et le marché international pour faire prévaloir la sanction des lois du marché, tant à l'interne qu'à l'externe. Dans cette perspective, tous les domaines de la politique économique sont liés à la politique commerciale et prennent une dimension internationale, dans la mesure où "il ne peut y avoir qu'une seule et même politique économique qui, pour être à deux volets, l'un interne et l'autre externe, ne peut avoir qu'un seul et même objet, celui de favoriser l'adaptation de l'économie aux lois du marché" (Brunelle et Deblock, 1996, p. 267).

C'est ainsi que la politique industrielle dite "concurrentielle" ou "d'adaptation positive" se confond à la politique commerciale et que la libéralisation du commerce devient la clé de la politique économique du Canada. Il n'était plus possible d'opérer la distinction entre le marché national et le marché international, ce qui impliquait la redéfinition du rôle de l'État dans le développement économique. D'ailleurs, l'État n'avait pas démontré qu'il pouvait assurer la gestion interne et favoriser l'adaptation des industries canadiennes à la concurrence internationale. La solution privilégiée par la Commission était de s'en remettre au marché.

C'est à l'efficacité du marché autorégulateur et à la présomption qu'il appartient aux agents du secteur privé de prendre la plupart des décisions économiques que se réfèrent les commissionnaires pour prendre résolument parti en faveur des "politiques industrielles concurrentielles" de "l'adaptation positive", de la refonte radicale du système de sécurité du revenu ou encore du libre-échange avec les États-Unis. (Arteau et Deblock, 1988, p. 10)

Les liens entre les réformes économiques et les réformes commerciales seront donc au centre de la nouvelle politique économique canadienne dont les deux objectifs principaux seront le développement d'une économie intérieure compétitive et l'instauration d'un marché international plus stable et plus ouvert (GATT, 1990). L'élément central de cette nouvelle orientation sera d'en arriver à un accord de libre-échange avec les États-Unis (par la suite de s'intégrer dans un accord à trois avec l'Accord de libre-échange nord-américain, l'ALENA), et de poursuivre des efforts pour conclure des accords de libre-échange avec d'autres pays.

Le changement de gouvernement, en 1993, et l'arrivée de Jean Chrétien à la tête du pays, n'ont pas remis en cause les principes de base de la nouvelle orientation de la politique économique. Sur le plan extérieur, le document *Le Canada dans le*

monde (1995) a conforté l'importance des questions commerciales et des relations continentales. Cependant, tandis que le gouvernement antérieur avait procédé à la déréglementation et à la privatisation de l'économie canadienne, le nouveau gouvernement adopte une approche plus stratégique. Deblock et Marcoux (1997) en distinguent trois volets :

1°. définir plus clairement les priorités économiques globales, principalement en ce qui concerne les marchés pour les exportations canadiennes, et obtenir un accès plus large aux marchés traditionnels tout en intensifiant les liens économiques avec les marchés étrangers à forte croissance; 2°. élaborer des moyens de cibler plus efficacement les programmes publics et les ressources afin d'aider les entreprises canadiennes; 3°. promouvoir un environnement économique national propice à une croissance fondée sur les exportations.

(Deblock et Marcoux, 1997, p. 6)

La Stratégie canadienne pour le commerce international 1996-97 (Canada, 1996a) trace les grandes lignes des priorités du Canada au niveau de ses relations commerciales et met en place des mesures orientées vers un partenariat avec le secteur privé pour relever le défi de la globalisation des marchés, dont un des exemples les plus marquants est la mise sur pied de “Equipe Canada”⁶. Au nombre des priorités canadiennes, on retrouve la promotion des exportations et des investissements internationaux, les relations bilatérales avec les États-Unis, la création d'une organisation mondiale du commerce efficace, l'amélioration des règles internationales en matière d'investissement et de concurrence.

⁶ Le texte de Deblock et Marcoux (1997) dresse une liste des différents instruments qui soutiennent le développement international des entreprises canadiennes. Parmi les instruments et les programmes, ils notent l'importance de la Banque fédérale de développement, de la Société pour l'expansion des exportations, du Programme d'expansion du commerce international (PECI), et de l'Agence canadienne de développement international (ACDI).

1. Volet externe de la politique économique

La politique commerciale est au centre de la réorientation de la politique économique canadienne; elle mise premièrement sur le libre-échange nord-américain. En 1985, avec la *Déclaration de Québec*, Reagan et Mulroney ont amorcé les travaux devant mener à l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, l'ALÉ (Canada, 1989b)⁷. L'intérêt du Canada dans cet accord était principalement de garantir l'accès au marché américain pour les produits et les investissements canadiens, et d'améliorer la compétitivité de l'industrie canadienne qui devait bénéficier d'économies d'échelle découlant de l'intégration des marchés. Cinq ans plus tard, l'ALÉ est prolongé et complété par l'ALÉNA (Canada, 1993a)⁸. Sur le plan multilatéral, le Canada a participé et signé les accords du cycle de l'Uruguay. Le Canada a aussi signé un accord avec le Chili en 1996 tandis que, depuis 1995, se poursuivent des négociations avec les autres pays du continent en vue de la création d'une zone de libre-échange des Amériques. Des négociations ont aussi été amorcées

⁷ Pour les débats sur l'ALÉ, voir Deblock et Arteau (1988). Les principaux éléments de l'ALÉ sont les suivants: abolition des tarifs douaniers en 1999, sauf dans certains secteurs comme l'industrie culturelle et le transport; mise en place d'une règle d'origine; élimination des contingents d'importation sauf lorsqu'ils sont autorisés en vertu des règles du GATT; réduction des barrières non tarifaires; libéralisation progressive des services; libéralisation des règles relatives à l'investissement étranger; engagement des États sur l'application de la politique de la concurrence; définition de procédures en vue d'établir de nouvelles règles en ce qui concerne le dumping et les subventions; mécanismes bilatéraux de règlement des différends; création d'une commission mixte du commerce canado-américain chargée de superviser l'application de l'accord.

⁸ Les deux accords se chevauchent mais l'ALÉNA suspend l'ALÉ tant que les parties sont engagées dans l'ALÉNA. L'ALÉNA est entré en vigueur en janvier 1994. Les éléments nouveaux de l'ALÉNA sont: abolition des tarifs canadiens et mexicains sur une période de 10 ans; définition d'une règle d'origine plus transparente; nouvelles dispositions sur les produits agricoles; dispositions sur les obstacles dérivés des normes; libéralisation du transport régional; dispositions sur les services aériens spécialisés, sur la propriété intellectuelle et le secteur financier, mesures d'accès pour l'investissement international; renforcement des dispositions de règlement des différends entre les États et mise en place de procédures d'arbitrage entre un investisseur et un État.

avec les pays du MERCOSUR, les pays de l'APEC ainsi qu'avec l'Union Européenne⁹.

Il importe de souligner la modification du régime canadien sur l'investissement étranger. Certes, en 1985, l'adoption de *Loi sur l'Investissement Canada* avait déjà opéré une rupture avec la politique de contrôle des investissements étrangers. Le mandat d'*Investissement Canada* qui a remplacé l'AEIE est de promouvoir les investissements étrangers au Canada¹⁰. Plutôt que de bloquer l'entrée des investissements, l'approche consiste à apporter des modifications aux projets d'investissements en vue d'accroître les avantages éventuels de ces projets pour le Canada. Cet assouplissement reflète un changement d'attitude face aux investissement étrangers alors que le Canada tente de créer un environnement économique attrayant pour les FMN. Les deux accords de libre-échange en Amérique du Nord ont renforcé cette attitude. Ils ont premièrement modifié les seuils d'examen¹¹. Cependant, les deux éléments les plus importants des modifications apportées sont: 1) l'interdiction d'imposer des obligations de résultats en matière d'investissement, de production locale, d'exportation et de transferts technologiques; et, 2) l'obligation d'accorder le traitement national aux investisseurs étrangers. En ce qui concerne l'ALÉNA,

⁹ Le Canada a proposé un accord de libre-échange transatlantique. Puisque les négociations à trois (UE, Canada et États-Unis) d'un tel accord soulèvent certaines réticences, notamment de la part des États-Unis et de la France, le Canada et l'UE ont concentré leurs efforts sur certains aspects de leurs rapports bilatéraux. Les négociations Canada-UE ont abouti à un accord portant sur les politiques de la concurrence en 1998.

¹⁰ Étaient visés les projets d'acquisition directe d'entreprises dont les actifs étaient égaux ou supérieurs à 5 millions de dollars canadiens et les acquisitions indirectes d'entreprises dont les actifs étaient de 50 millions de dollars canadiens. Le contrôle des investissements s'adresse surtout aux secteurs réglementés.

¹¹ Porté à 150 millions de dollars canadiens en 1992, dans le cadre de l'ALE, le seuil d'examen des investissements en provenance des États-Unis est désormais indexé sur la croissance du PIB et de l'inflation.

l'innovation la plus significative est certainement la mise en place d'un mécanisme d'arbitrage pour les différends entre les investisseurs et les gouvernements.

Un facteur qui explique l'assouplissement de la politique canadienne relativement à l'investissement international est la croissance des investissements canadiens à l'étranger¹². Le contrôle des investissements étrangers au Canada devient alors une contrainte à la multinationalisation des entreprises canadiennes alors qu'un régime plus ouvert permet aux entreprises canadiennes d'établir des relations de partenariat à l'étranger, de former des entreprises conjointes, d'obtenir des licences en matière de technologie, de développer des alliances stratégiques et de faciliter l'accès aux marchés étrangers pour les entreprises canadiennes. L'effet principal de cette nouvelle orientation est d'accroître la marge de manœuvre des entreprises qui assument le rôle moteur de l'intégration nord-américaine.

La négociation d'un Accord Multilatéral sur l'investissement (AMI) à l'OCDE et à l'OMC s'inscrit dans cette démarche. Si un tel accord avait vu le jour pour être ensuite généralisé au niveau multilatéral, la liberté économique des FMN s'en serait trouvée davantage accrue au détriment de la marge de manœuvre des États. Ce n'est que partie remise. À cet égard, on ne saurait mésestimer l'importance de l'ALÉ/ALÉNA comme précédent en la matière et comme nouveau plan de discussion. Mentionnons également que le dossier de l'investissement fait partie du projet des Amériques et qu'un groupe de négociation a été mis en place pour faire converger les différentes législations nationales vers le modèle ALÉNA. Cela dit, dans la

¹² Selon la CNUCED (1997), le stock des investissements directs étrangers des entreprises canadiennes étaient évalués à 41 milliards de dollars américains en 1985 pour atteindre 193,7 milliards de dollars américains en 1997. Les stocks d'investissements à l'étranger des entreprises canadiennes dépassent la valeur des stocks d'investissements étrangers au Canada qui sont évalués à 187,6 milliards de dollars américains en 1997.

perspective des nouveaux paramètres de la politique économique, les stratégies des États ne sont plus axées sur la recherche d'une marge de manœuvre pour soustraire l'économie nationale aux forces de la concurrence internationale mais plutôt sur la possibilité d'influencer l'insertion et la performance des entreprises au sein de l'économie mondiale et d'attirer les investissements étrangers; toutes ces initiatives font sens.

Le libre-échange à l'échelle nord-américaine a substantiellement transformé l'environnement concurrentiel des entreprises canadiennes, et ceci a d'importantes incidences sur le volet interne de la politique économique canadienne et, par voie de conséquence, sur l'orientation de la politique de la concurrence. En principe, le libre-échange accroît les rôles des importations et de la concurrence étrangère sur le marché canadien et confirme que l'espace marchand des entreprises est dorénavant l'Amérique du Nord. Certes, la présence ou la simple possibilité d'entrée sur le marché canadien de produits et firmes de l'étranger peut accroître la contestabilité des marchés au Canada. Parallèlement, puisque l'espace sur lequel les entreprises canadiennes déplacent leurs activités transcendent les frontières de l'économie nationale, les entreprises canadiennes sont de plus en plus en concurrence avec les entreprises étrangères sur le marché nord-américain. Ces changements dans les conditions de la concurrence vont marquer les débats sur la nouvelle politique de la concurrence. Voyons ce qu'il en est.

2. Volet interne de la politique économique

Les conditions internes de la concurrence ont été modifiées par de nombreuses mesures favorables au secteur privé et aux forces du marché; la déréglementation et la privatisation furent amorcées dans les années 80 dans le but d'accroître la capacité de

changement et d'innovation de l'économie. Plusieurs secteurs ont été touchés, notamment l'énergie, le transport routier, les télécommunications et les services financiers. Nous aborderons plus spécifiquement la transition de la réglementation à la concurrence dans la troisième partie qui porte sur le secteur des télécommunications, aussi ne s'agit-il ici que de souligner le fait que le gouvernement canadien s'est engagé dans un processus qui visait à modifier les cadres réglementaires pour mettre désormais l'emphase sur la concurrence et l'initiative privée. Si la politique de la concurrence a joué un rôle proactif tant au niveau de l'ouverture à la concurrence étrangère qu'au niveau des changements apportés aux priorités de la politique économique, elle a aussi été modifiée de manière à refléter ces changements et à faire sens avec les nouvelles priorités économiques. Deux thèmes importants ont marqué les débats qui ont entouré l'adoption d'une nouvelle politique de la concurrence: 1) son application ne devrait pas restreindre la capacité d'innover et la compétitivité des entreprises canadiennes; et, 2) l'ouverture de l'économie canadienne à la concurrence étrangère devait être prise en considération.

En 1984, le Directeur du Bureau de la concurrence, A. W. Hunter, a présenté un mémoire à la Commission Macdonald dans lequel il faisait le point sur les changements dans l'environnement concurrentiel canadien et sur leurs impacts sur l'économie canadienne depuis les années 70¹³. Il concluait à l'accroissement général de la concurrence et “soutenait fondamentalement qu'il fallait miser davantage sur les forces du marché pour raviver l'esprit d'entreprise des Canadiens” (Canada, 1998a (1986), p. 12). Il était d'avis que le libre-échange pouvait entraîner une concurrence plus vive et une meilleure utilisation des ressources; le marché canadien, très concentré

¹³ Le mémoire prenait en considération la libéralisation commerciale, la déréglementation, l'augmentation des fusions et le projet de réforme de la politique de la concurrence.

comparativement aux normes mondiales, bénéficierait de l'accès élargi au marché américain, et la concurrence des entreprises américaines disciplinerait et favoriserait l'efficacité des entreprises canadiennes (Canada, 1998 (1985)¹⁴. Les recommandations de la Commission Macdonald allaient dans ce sens.

Mais quel devait être le rôle d'une politique de la concurrence? Pour la Commission Macdonald, le libre-échange et la déréglementation réduiraient la nécessité de prendre des mesures coercitives au niveau de la politique de la concurrence, sauf dans les situations où la concurrence étrangère et les menaces d'entrée n'exerçaient pas une force concurrentielle déterminante. Donc, dans une certaine mesure, le rôle de la politique de la concurrence serait résiduel puisque la libéralisation des échanges internationaux et la déréglementation en seraient des substituts efficaces. Le rôle de la politique de la concurrence serait donc limité aux secteurs où la concurrence étrangère et les menaces d'entrée ne sont pas déterminantes et, dans une perspective pro-active, elle devrait faire valoir les bénéfices de la concurrence dans le cadre de l'élaboration des politiques économiques canadiennes. Sur la réforme de la politique de la concurrence, la Commission Macdonald alignait donc sa position sur celle du Directeur. Parmi les recommandations qu'elle fera, mentionnons les suivantes:

- les fusions, les comportements monopolistiques et les accords de spécialisation devaient être soumis à un tribunal administratif (droit civil);
- l'exemption visant l'exportation dans les dispositions portant sur les complots devait être conservée - voire renforcée;
- la pré-notification des fusionnements de grande envergure devait améliorer l'information sur les grandes entreprises et l'application de la loi;

¹⁴ Pour une discussion de la concurrence dans le contexte de l'intégration économique régionale, voir Goldman (1989).

- les sociétés d'État devaient être privatisées ou être soumises à un certain contrôle des autorités de la concurrence;
- les dispositions criminelles qui font du maintien des prix une infraction absolue devaient être modifiées (à cet égard, le Bureau n'a pas jugé nécessaire de procéder à cette modification en raison des moyens de défense possibles);
- le Directeur devait être plus engagé dans l'élaboration des politiques et des réformes affectant la concurrence et la politique de la concurrence devait jouer un plus grand rôle dans le développement et la croissance économique.

Maintenant que les termes du débat sont circonscrits, le survol historique que nous entreprendrons dans la section suivante nous permettra d'apporter quelques nuances et, notamment, de constater que, si la politique de la concurrence n'a dans le fond jamais été très interventionniste, les débats autour de sa réforme n'ont pas non plus conduit à la mise en place de règles très rigoureuses. Mais ceci tient, selon nous, au fait que la particularité de l'approche canadienne est certainement d'être sensible aux considérations économiques, au point de justifier les pertes au niveau concurrentiel par les gains en efficacité et la compétitivité internationale des entreprises. La politique de la concurrence adoptée en 1986 définit en quelque sorte une "politique industrielle" axée sur l'ajustement aux forces du marché et à la concurrence internationale et elle doit favoriser l'efficacité et la compétitivité des entreprises canadiennes ainsi que leur participation à l'économie mondiale. Ce qui change, c'est que ces objectifs sont maintenant explicites, alors qu'auparavant, tout était plutôt question d'interprétation.

Ce chapitre fait un survol historique de la politique de la concurrence du Canada en insistant sur les débats qui ont porté sur les objectifs d'efficacité économique et de compétitivité internationale. Dans la nouvelle loi de 1986, ces objectifs sont devenus explicites, ce qui n'enlève rien au fait que la loi, malgré sa rigueur, a toujours été, dans le passé, interprétée avec pragmatisme; ce qui était auparavant considéré comme pragmatisme devient une fin en soi. Pour dire les choses autrement, toutes choses étant égales par ailleurs, de la "concurrence en soi", on glisse à la "compétitivité en soi".

A. Les origines de la politique de la concurrence du Canada

Perhaps the most striking aspect of the history of the legislation dealing with restraints on competition in Canada is the mixed character of the economic beliefs and policies it discloses (...) There was opposition to monopoly and combinations which behaved in ways that were detrimental to the public. But this view differs fundamentally from that which would require the rigorous enforcement of a rule of competition. (Skeoch, 1966, p. 3)

À la fin du 19ième siècle, l'insatisfaction populaire grandissante face à la fixation des prix de la part de certains groupes de marchands et de producteurs, et

¹⁵ Voir Waverman (1990) pour un historique de la politique de la concurrence.

particulièrement par le *Dominion Wholesale Grocers' Guild*, a motivé la création d'un comité spécial (*Select Committee to Investigate and Report upon Alleged Combines in Manufactures, Trade and Insurance in Canada*) chargé de faire enquête sur les allégations de complot¹⁶. Le rapport de ce comité a conduit à l'adoption, en 1889, d'une loi ayant pour but de prévenir et de supprimer les ententes sur les prix et la production¹⁷. Dans le contexte économique de l'époque, caractérisé par l'accroissement de la taille des entreprises et par la progression de la concentration économique, les deux principales sources d'inquiétudes tenaient aux inégalités de pouvoir économique et aux pratiques collusives des entreprises.

Comment en effet justifier la liberté économique lorsque les entreprises s'entendent pour fixer les prix au-delà du prix d'équilibre, autrement dit, au-delà du prix concurrentiel? Deux principes s'opposaient: la liberté économique et l'équité sur le marché. Bien que le principe de liberté de contrat économique n'ait jamais vraiment été remis en cause au Canada, le principe d'équité pouvait motiver certaines formes de réglementation économique pour limiter l'exercice de cette liberté, notamment lorsque les entreprises réduisent ou entravent la concurrence. L'intervention étatique se trouve alors justifiée pour préserver la concurrence sur le marché, ceci surtout dans l'intérêt des consommateurs et des petits marchands dont le pouvoir de négociation peut être affecté par les pratiques restrictives des entreprises¹⁸.

¹⁶ Un complot est une entente entre deux ou plusieurs entreprises pour fixer les prix ou les quantités produites ou pour toute autre action qui vise à réduire ou à empêcher la concurrence. L'expression utilisée en anglais "combines" se traduit par les expressions "coalitions" ou "complots".

¹⁷ *Act for the Prevention of Supression of Combinations formed in Restraint of Trade*.

¹⁸ On retrouve ici les termes du débat qui se développera à la même époque aux États-Unis où, avec en arrière-fond la lutte qui opposa les fermiers aux compagnies de chemin de fer, celui-ci prendra un tournant très vif, parfois même violent, jusqu'à la victoire des réformistes. Au Canada, ce débat fut beaucoup moins aigre, avec le résultat que la législation sera beaucoup moins avancée et progressive qu'elle ne le sera aux États-Unis. Il faut toutefois dire que le débat sur la concurrence sera, en grande partie, éclipsé au Canada, par celui sur la politique nationale, alors qu'aux États-Unis le débat

Les dangers que posaient les pratiques des entreprises étaient d'autant plus inquiétants que la *Politique Nationale* protégeait les entreprises contre la concurrence étrangère. Les débats sur la politique de la concurrence étaient très fortement marqués par la question du libre-échange. Pour l'opposition libérale, la nécessité d'adopter une politique de la concurrence découlait des échecs successifs pour obtenir le renouvellement de l'accord de libre-échange avec les États-Unis. Comme l'écrivent Brooks et Stritch, “domestic price-fixing had become easier since 1879, when the National Policy tariffs restricted imports, and pressure was mounting on the Conservative government to do something about it” (Brooks and Stritch, 1991, p. 307). Ainsi, la loi de 1889 répondait aux exigences de la politique commerciale. Pour reprendre Green,

(...) it is fair to say that the first anti-combines law, that of 1889, was clearly a response to the impact of the National Policy tariff of 1879 on market structure and industrial behaviour. The tariff, by substantially reducing or effectively eliminating competition from imports in many manufacturing industries, made Canada (...) rather than North America, the relevant market in most industries. (Green, 1983, p. 39)

Ce fait est important puisque la nouvelle politique de la concurrence accorde une importance toute particulière à la concurrence internationale et son adoption coïncide avec le processus de négociation de l’ALÉ, ce qui signifie que le marché pertinent prend une dimension nord-américaine. On y reviendra, mais il faut rappeler que si les premières politiques de la concurrence sont apparues dans un contexte de fermeture des économies nationales, la réorientation de la politique de la concurrence du Canada, dans les années 80, a coïncidé avec la libéralisation commerciale et la

participait au débat plus général sur les réformes sociales à mettre en place pour réduire les abus de positions dominantes et, ce faisant, circonscrire l'agitation et la violence sociales, en ville comme à la campagne. Un même débat, mais qui, dans des contextes différents, donnera des solutions différentes.

globalisation économique. Quoi qu'il en soit, à la fin du siècle dernier, deux arguments étaient avancés par l'opposition libérale contre la *Politique Nationale*: 1) elle accordait aux manufacturiers canadiens une protection tarifaire qui avait des répercussions néfastes sur la concurrence; et, 2) elle était inefficace puisque les entreprises étrangères pouvaient contourner les barrières en s'implantant sur le marché canadien et bénéficier des mesures protectionnistes. Lorsque le gouvernement libéral de Wilfrid Laurier a modifié la politique commerciale, un des objectifs invoqués était justement celui d'éviter les effets du protectionnisme sur la concurrence en supposant que l'ouverture du marché canadien était un moyen plus efficace pour contrer les pratiques restrictives. En effet, “in 1897 the Minister of Finance, Mr. Fielding, gave the following rationale for the amendments: One of the evils of the protective system is that it inevitably leads to the formation of combines; and I am unable to see how, by any other procedure than this, we can effectually reach them” (Gorecki et Stanbury, 1984, p. 19).

La politique de la concurrence du Canada n'était pas efficace et, en ce sens, il était raisonnable de penser que le libre-échange aurait un impact concurrentiel plus important que la politique de la concurrence. La première condamnation ne fut obtenue que 16 ans après l'adoption de la loi¹⁹. L'ambivalence est une caractéristique générale de toutes les politiques de la concurrence, mais celle de la loi canadienne est particulièrement marquée.

¹⁹ Dans l'affaire Elliott (1905).

B. De la loi de 1889 à la loi de 1923 (et ses amendements ultérieurs)

Les États-Unis sont souvent présentés comme étant le premier pays à s'être doté d'une politique de la concurrence avec l'adoption de la loi Sherman en 1890. En réalité, la législation canadienne a précédé d'un an la loi américaine, mais cette dernière a eu un impact beaucoup plus important. Aux États-Unis, la loi Sherman interdisait formellement tous les accords de fixation des prix tandis que la législation canadienne de 1889 ne criminalisait que les ententes *illégales* qui réduisaient *indûment* la concurrence. La difficulté consistait à interpréter ce qu'il fallait entendre par les expressions *illégales* et *indûment*. En 1900, le mot "*illégalement*" fut éliminé, mais la qualification "*indûment*" demeurera un élément qui contribuera toujours à alourdir le fardeau de la preuve. Ainsi, "If section 1 of the U.S. Sherman Act came to be interpreted as a *per se* ban on price-fixing agreements, then Canadian rule would have to be formulated as "once undue, *then illegal per se*" (Gorecki et Stanbury, 1984, p. 52). Aussi, la loi Sherman visait aussi les monopoles alors qu'au Canada, l'absence de dispositions visant les fusions et les monopoles laissait libre cours à la concentration économique²⁰. Ce n'est que plus tard que la politique de la concurrence s'est intéressée à la concentration économique, mais les dispositions seront difficiles à appliquer²¹.

²⁰ Voir King (1912) et Bliss (1973) sur la politique de la concurrence de 1889 à 1910.

²¹ La loi de 1910, *An Act to Provide for the Investigation of Combines, Monopolies, Trusts and Mergers*, sous la responsabilité du ministre du Travail Mackenzie King, abordait la question des fusions et des monopoles. Cette loi répondait aux appréhensions suscitées par la vague de fusions qui avait eu lieu entre 1903 et 1910; les plus notables fusions débouchant sur la création de Dominion Textiles (1904), de Canadian Canners Co. (1905) et de Canada Cement (1909). Alors qu'une vague importante de fusions a pris place entre 1909 et 1912 (58 fusions comptabilisées), la politique de la concurrence en vigueur entre 1910 et 1919 ne fut pas appliquée. D'une part, la classe politique était généralement favorable à la formation de grandes entreprises; il fallait distinguer les bons et les mauvais aspects de la grande entreprise (Gorecki et Stanbury, 1984). D'autre part, la loi était

La loi de 1923, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, a consolidé la loi précédente et établi qu'elle s'appliquait effectivement aux complots, aux monopoles et aux fusions²². Avec les amendements ultérieurs, cette loi constituera la politique de la concurrence du Canada jusqu'à l'adoption de la *Loi sur la concurrence*. Des amendements à la loi furent apportés en 1935. La notion de "détriment à l'intérêt public" fut introduite avec les dispositions relatives à la prédatation et à la discrimination par les prix²³. Mais le *Dominion Trade and Industry Act* a placé la loi sous l'administration d'une nouvelle Commission, la *Commission sur les pratiques restrictives du commerce* (CPRC), à travers laquelle le gouvernement "sought the power to permit industry agreements to prevent "wasteful" or "demoralizing" competition" (Gorecki et Stanbury, 1984, p. 31-32). Durant la crise économique des années 30, l'application de la politique de concurrence fut suspendue; l'opinion étant que le maintien des prix et les entreprises de grande taille pouvaient favoriser l'efficacité économique et la relance des industries. En effet, "in the Great Depression, R. B. Bennett's government (conservative party) was generally unsympathetic to the Act, and it was not vigorously implemented. Reports of investigations were suppressed and funding was cut" (Brooks and Stritch, 1991, p. 309).

difficilement applicable en raison de l'absence de mécanisme de sanction adéquat. La loi de 1910 avait mis en place une procédure de sanction reposant sur la création ponctuelle de commissions spéciales chargées de faire enquête sur les allégations de complot. En 1919, des amendements ont créé un tribunal permanent formé de trois commissaires pour examiner les ententes et les pratiques restrictives; ce tribunal possédait un pouvoir d'auto-saisine. Cette loi fut jugée inconstitutionnelle en 1921 alors que la juridiction fédérale fut contestée.

²² Cependant, face aux gens d'affaires, le gouvernement de Mackenzie King était rassurant: la loi ne visait pas à restreindre leurs opérations mais à protéger l'intérêt public.

²³ Sur la notion de détriment à l'intérêt public, voir Wilson (1957), Jacquemin (1971) et Gorecki et Stanbury (1984).

L'intérêt pour la politique de la concurrence a refait surface après la seconde guerre mondiale²⁴. En 1952, le rapport de la Commission MacQuarrie fera des recommandations pour améliorer l'application de la loi (Canada, 1952). Elle a recommandé la mise sur pied de deux organismes avec des fonctions distinctes²⁵. C'est ainsi que les amendements de 1952 ont assigné au *Directeur des enquêtes et des recherches* (DER) et à la CPRC des rôles distincts et complémentaires: le premier était responsable de faire enquête et de constituer la preuve et la CPRC devait étudier cette preuve, tenir des audiences et faire rapport au ministre de la Justice²⁶. Les amendements de 1952 ajoutèrent aussi des dispositions interdisant le maintien des prix.

De nouveaux amendements furent apportés à la loi en 1960 pour introduire de nouvelles dispositions relativement à la publicité trompeuse et des exemptions à l'application des dispositions sur les complots et le maintien des prix. C'est alors que les exemptions des cartels à l'exportation furent explicitement prévues par la loi. Les amendements de 1976 ont élargi la portée de la loi aux secteurs des services et donné à la CPRC une fonction quasi-judiciaire relativement au refus de vendre, à la vente par consignation, à la vente exclusive, à la vente liée ainsi qu'à l'application des lois étrangères. Les nouveaux types d'infractions visés par la loi relevaient du droit civil, ce qui était conforme aux recommandations du Conseil Économique du Canada (CEC, 1969) qui suggéraient que le droit civil était plus approprié pour accroître l'efficacité

²⁴ Voir Canada (1945a, 1945b). Là encore le contexte est important. L'idée de réforme faisant son chemin, il s'agit d'encadrer le capitalisme, pour en éviter les méfaits (chômage, inégalités et pouvoirs des monopoles).

²⁵ Depuis 1937, le cumul des fonctions (enquêtes et rapports) par un seul fonctionnaire, le commissaire des coalitions, était une faiblesse de la législation.

²⁶ Voir Rosenbluth et Thorburn (1963).

de la politique de la concurrence et pour l'orienter vers des objectifs économiques dans le cas de certaines pratiques. En fait, ces amendements concrétisaient une première étape de réforme enclenchée suite au rapport du CEC sur lequel nous reviendrons plus tard²⁷.

C. Application de la politique de la concurrence de 1923

La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions n'était pas un instrument très efficace de contrôle des pratiques restrictives du commerce: le fardeau de la preuve était très lourd et l'administration et les procédures de sanction de la loi ont fait l'objet de plusieurs controverses. Généralement, l'attitude des pouvoirs politiques était favorable à la concentration économique dans la mesure où la concurrence oligopolistique sur un marché aussi restreint que celui du Canada semblait justifier la présence de grands oligopoles.

En raison de ses nombreuses faiblesses et de l'ambivalence du pouvoir politique, la politique de la concurrence a eu peu d'impact sur les pratiques des entreprises canadiennes et sur la concentration économique sur le marché canadien. La plupart des poursuites engagées et des condamnations obtenues impliquent des affaires de complots et de maintien des prix/refus de vendre. En ce qui concerne les affaires de complots, l'application de la loi a soulevé d'importants débats autour de la définition du degré requis de réduction de la concurrence et sur la preuve de l'intention coupable dans les cas où la preuve reposait sur des éléments circonstanciels, c'est-à-

²⁷ Pour compléter cette section, Ball (1934), Bladen (1956), Gosse (1962), Reynolds (1940) et Skeoch (1956, 1966) sont des références importantes.

dire dans les cas de parallélisme conscient. Dans l'affaire *Howard Smith Paper Mills* (1957), il fut établi que l'accord devait virtuellement éliminer toute concurrence, ce qui signifiait que les accords devaient affecter plus de 80% du marché²⁸. Les amendements de 1976 rejettent cette interprétation d'un effet "indû" en affirmant que cette condition n'était pas nécessaire. Cependant, comme nous allons le voir plus tard, la problématique concernant la définition et la quantification de l'effet "indû" sur la concurrence ne fut jamais véritablement résolue.

Le problème de l'intention coupable a aussi limité l'application de la loi. Ainsi, dans l'affaire *Container Materials* (1942), a-t-il été considéré que l'intention était inhérente à l'accord, ce qui signifiait que la preuve de l'existence d'un accord était suffisante et les affaires *Armco* (1974) et *Canadian General Electric* (1976) ont confirmé que la preuve pouvait reposer sur l'existence d'un parallélisme conscient. Ceci a cependant été remis en cause dans les cas *Aetna* (1977) et *Atlantic Sugar* (1980) par deux décisions de la Cour suprême²⁹. Dans le cas *Atlantic Sugar*, la Cour suprême a jugé que la preuve devait être faite que les entreprises avaient l'intention de réduire la concurrence³⁰. Un autre cas important est celui qui a impliqué les compagnies *Southam* et *Thomson* qui furent accusées, en 1981, d'avoir enfreint

²⁸ Cette décision a par ailleurs établi que les bénéfices économiques ne pouvaient constituer un élément de défense.

²⁹ Pour une discussion de l'application de la loi, voir le texte de Green (1983), Gorecki (1981) et Gorecki et Stanbury (1984).

³⁰ En 1975, *Atlantic Sugar* fut accusée de plusieurs offenses dont une infraction aux sections relatives aux complots. Trois raffineries de sucre, *Atlantic Sugar Refineries*, *Redpath Industries* et *St. Lawrence Sugar*, contrôlant plus de 90% du marché du sucre dans le centre et l'est du Canada étaient accusées d'avoir conclu des ententes de partage de marché et de fixation des prix. La preuve fut initialement rejetée pour ensuite être admise par la Cour d'appel du Québec. La Cour suprême jugea toutefois que 1) la fixation des prix n'est ni plus ni moins qu'un parallélisme conscient, ce qui ne constituait pas une offense à la loi; et 2) qu'en ce qui concerne l'entente tacite de partage du marché, la preuve qu'il y aurait eu intention de réduire ou d'éliminer la concurrence ne pouvait être faite; la preuve qu'*Atlantic Sugar* avait l'intention de réduire indûment la concurrence était pratiquement

l'article 33 de la loi régissant les fusions et les monopoles ainsi que les dispositions sur le complot³¹. La Couronne arguait que les fermetures de certains journaux faisaient suite à un accord illégal en vue de réduire indûment la concurrence par un partage des marchés. Les fermetures, selon cet argument, ne découlaient pas d'actions indépendantes de la part des entreprises. Le juge refusa néanmoins de conclure à l'existence d'un tel accord et des procédures d'appel seront entreprises, mais la Couronne a finalement abandonné la cause en 1984.

Si l'application de l'article 32 sur le complot n'a jamais été facile, celle de l'article 33 ne l'a pas été davantage. En effet, “the historical failure of Canadian anti-combines policy is no better illustrated than in the area of mergers” (Green, 1983, p. 42). Entre 1910 et 1985, moins d'une dizaine de poursuites ont été entreprises et une seule a débouché sur une condamnation, et ceci, malgré un nombre élevé de fusionnements³². Avant la seconde guerre mondiale, une seule poursuite fut entreprise, il s'agit de l'affaire *Western Fruits and Vegetables* qui aboutira à un acquittement. Vers le début des années 60, les affaires *Canadian Breweries* et *Western Sugar* se sont aussi terminées par l'acquittement des défenderesses. En 1970, *Electric Reduction* a plaidé coupable à l'accusation de fusion et une ordonnance d'interdiction fut rendue en 1973 contre le projet d'*Anthes Imperial Limited* d'acquérir *Associated Foundry Limited*.

impossible à faire, faute d'avoir accès à toute l'information interne à l'entreprise. Voir Engelhart (1981) sur l'impact de cette décision.

³¹ Selon la loi de 1923, la création d'une fusion (ou d'un monopole) par lequel la concurrence était réduite ou risquait d'être réduite au détriment de l'intérêt public constituait un délit criminel.

³² Selon le *Registre des fusions* du Bureau de la concurrence, dans les années 60, le nombre annuel moyen de fusions était de 253; dans les années 70, il était de 382; et il a atteint 577 au cours des années 80.

Le cas le plus célèbre reste celui de *K.C. Irving* qui a abouti à une condamnation avant que le jugement soit cassé en appel. K. C. Irving et son vaste conglomérat localisé au Nouveau-Brunswick ont été condamnés, en 1974, en rapport à des infractions de fusion et de monopole dans le cadre des activités de presse. Au terme du procès, le juge a imposé une amende et ordonné la vente de deux des journaux du groupe³³. La décision fut toutefois renversée en appel et, en novembre 1976, la Cour Suprême s'est prononcée en faveur de la décision de la cour d'appel. Cette décision a pratiquement enlevé tout effet aux dispositions de la loi concernant les fusions et les monopoles en indiquant que l'acquisition de la quasi-totalité du contrôle d'un marché ne constituait pas automatiquement une atteinte à l'intérêt public (Brecher, 1981)³⁴. Comme l'indiquent Brooks and Stritch, "the decision of the Supreme Court was significant because it meant that detriment to the public could not be presumed even where a complete monopoly existed (...) specific instances of public harm would have to be demonstrated, which would make the Crown's task even more difficult" (Brooks and Stritch, 1991, p. 314).

Le tableau VIII résume le nombre de poursuites et de condamnations obtenues entre 1889 et 1986³⁵. On constate que le nombre de poursuites et de condamnations est nettement plus élevé dans les affaires de complots et de maintien des prix/refus de vendre. L'article 33 n'a fait l'objet que de douze poursuites qui n'ont abouti qu'à sept condamnations. Il est important que noter que dans les trois affaires portées

³³ Il s'agit de la seule condamnation qui a fait suite à un procès complet.

³⁴ La cour a également pris en considération la politique des prix et l'introduction d'améliorations substantielles dans la qualité des journaux en question.

³⁵ Il faut noter que certaines poursuites ont été engagées relativement à d'autres types d'infraction. Par exemple, dans le cas de la prédatation, la Couronne a obtenu la condamnation de Hoffmann-La Roche en 1980.

devant la Cour suprême, soit K.C. Irving, Aetna et Atlantic Sugar, la Couronne a été tenue en échec.

Tableau VIII: Nombre de poursuites engagées et de condamnations obtenues, 1889 à 1986							
	(par types d'infractions)						
	Complot		Monopole		Maintien des prix/refus de vendre		
	poursuites	condamnations	poursuites	condamnations	poursuites	condamnations	
1889-1910	8	5	-	-	-	-	
1911-1923	1	0	-	-	-	-	
1924-1940	12	11	1	0	-	-	
1941-1955	9	8	1	2	2	0	
1956-1960	13	13	2	0	1	1	
1961-1965	7	7	0	0	10	9	
1966-1970	16	15	1	1	7	7	
1971-1975	18	11	4	3	15	13	
1976-1980	18	10	2	0	47	36	
1981-1983	11	4	0	0	26	15	
1984-1986	16	9	1	1	45	32	
Total	129	93	12	7	153	113	

Sources: Gorecki et Stanbury (1984) pour la période 1888-1983 et Canada (1998) de 1984 à 1987.

D. Les tentatives de réforme

À la fin des années 60, dans le cadre du débat devant aboutir à la *Troisième Option*, la politique de la concurrence a fait l'objet de vives discussions. Il fut notamment question de renforcer la loi et le rôle qu'elle devait jouer en rapport avec les objectifs d'efficacité économique. Les incidences de l'ouverture de l'économie canadienne, la petite taille du marché canadien et la pénétration des FMN furent des éléments qui ont marqué les débats. Jusqu'en 1985, plusieurs tentatives de réformes se sont succédées, mais elles ont buté sur la résistance des gens d'affaires malgré les efforts d'assouplissement des projets de lois pour prendre en considération leurs intérêts et leurs arguments. Le premier projet de loi fut introduit en 1971 par le gouvernement Trudeau. Il s'agissait du projet de loi C-256 qui “emphasized both efficiency *and* dispersion of economic power as objectives of competition policy (...) The efficiency objective was the one given the most weight” (Gorecki et Stanbury, 1984, p. 93). Ce projet de loi faisait suite au rapport du CEC (1969), le *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, qui contenait un certain nombre de recommandations dont voici un aperçu sommaire:

- renforcement de la loi en ce qui concerne les complot: l'interdiction formelle (*per se*) ne devait pas reposer sur la preuve que les ententes réduisaient indûment la concurrence;
- élargissement et renforcement des dispositions criminelles en ce qui concerne la monopolisation, le maintien des prix et la publicité trompeuse;
- transfert des fusions et de certaines autres pratiques restrictives du code criminel au code civil, ce qui réduirait le fardeau de la preuve, les pénalités, et permettrait des ordonnances correctives et la prise en compte des objectifs d'efficacité;
- traitement des affaires civiles par un tribunal spécial;

- changement d'orientation de la politique de la concurrence en vue de mettre l'emphase sur les objectifs d'efficacité économique³⁶.

En raison de la résistance du milieu des affaires, le projet de loi C-256 fut abandonné en 1972 et remplacé par une réforme en deux étapes. En effet, le projet de loi C-256 fut abandonné au profit d'une approche graduelle dont la caractéristique était de relier l'élaboration d'une nouvelle politique de la concurrence à celle d'une stratégie industrielle nationale (Brecher, 1981). Deux des recommandations du CEC, celle qui consistait à fonder la défense d'efficacité sur un examen devant établir que les gains en efficacité allaient bénéficier aux consommateurs et celle qui portait sur le renforcement des dispositions sur la coopération interentreprises, étaient très controversées. Les arguments contre ces mesures insistaient sur le fait que l'ouverture du marché et la taille du marché canadien justifiaient une politique de la concurrence qui 1) ne s'attaque pas à la concentration industrielle, puisque celle-ci devait favoriser l'efficacité des entreprises; et, 2) permette la coopération entre les entreprises exportatrices, une condition souvent requise à la pénétration des marchés étrangers et d'ailleurs considérée comme telle. Cependant rien n'indiquait ce que devait représenter la taille optimale des entreprises sur les marché mondiaux, ni comment les effets indirects des cartels à l'exportation sur l'économie canadienne devaient être pris en considération. On supposait généralement que l'ouverture du marché canadien coïncidait avec la notion de concurrence effective.

³⁶ Pour le CEC, cette emphase ne signifie pas la disparition complète des objectifs de diffusion du pouvoir économique et de distribution équitable des revenus, mais ces objectifs devaient être poursuivis à travers d'autres instruments politiques.

Dans une première étape, le gouvernement a donc entrepris de réviser les sections les moins controversées en reportant à plus tard les questions relatives aux fusions et aux ententes. Ainsi, une série d'amendements fut adoptée en 1975. Ces amendements sont les suivants:

- introduction de nouvelles sections concernant le refus de vendre, la vente par voie de consignation, l'exclusivité et la vente liée; ces pratiques relèvent des dispositions du droit civil;
- élargissement du rôle de la Commission afin de faire appliquer ces nouvelles sections de la loi;
- élargissement du champ d'application de la loi au secteur des services;
- renforcement des dispositions sur le trucage des offres, qui devient une infraction criminelle;
- habilitation du DER à comparaître devant les organismes de réglementation pour les sensibiliser à l'importance de la concurrence.

La concentration économique et les ententes furent abordées dans le projet de loi C-42. Celui-ci fut abandonné en 1977 et remplacé par le projet C-13 qui, bien que plus sensible aux inquiétudes des gens d'affaires, fut, aussi, abandonné en 1978. Dans les débats autour de ces deux projets, il faut souligner l'influence du rapport Skeoch-McDonald (1976) et celle du *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés* (1978), qui sera ci-après nommé la Commission Bryce.

Le Rapport Skeoch-McDonald suggérait que les dispositions relatives aux fusions ne pouvaient, comme aux États-Unis, être fondées sur le critère unique de la part de marché; étant donné la petite taille de l'économie canadienne, l'application de ce critère pouvait renforcer les pratiques restrictives et empêcher le développement d'entreprises de taille suffisante pour entreprendre des activités internationales et

répondre aux défis de l'innovation³⁷. Les dispositions relatives aux fusionnements devaient cibler les risques d'abus de pouvoir monopolistique et accorder plus d'importance aux économies d'échelles et à l'innovation.

En comparaison au projet C-256, le projet de loi C-42 était moins sévère, à plusieurs niveaux. Les gains en efficacité générés par les fusions devaient inclure les gains en efficacité dynamique et la notification des transactions n'était pas obligatoire. Cependant, il était toujours question de s'assurer que ces gains soient suffisants pour compenser la réduction de la concurrence. Les consommateurs devaient aussi en être les bénéficiaires sauf dans les cas des accords de spécialisation et des cartels à l'exportation pour lesquels les mesures relatives à la défense des intérêts des consommateurs furent abandonnées. L'opposition à ce projet arguait que la défense d'efficacité n'était pas suffisante, que les dispositions relatives au complot ne devaient pas être appliquées au parallélisme conscient et, plus généralement, que le marché constituait un mécanisme plus efficace que le droit de la concurrence³⁸. Ce débat a mené au projet de loi C-13, qui a, aussi, fait l'objet d'un débat très animé et

³⁷ Le rapport Skeoch-McDonald, *Evolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada*, mettait l'emphase sur les objectifs d'efficacité économique et constituait la pièce centrale d'une "mini commission royale" (Brecher, 1981). Cette étude avait été commandée par le Ministère de la Consommation et des Corporations dans le but de préparer la réforme de la politique de la concurrence dont l'objectif serait d'assurer la flexibilité, l'adaptabilité et une économie dynamique à travers une politique nationale qui reconnaît et encourage le rôle de la concurrence au Canada. De son côté, la commission royale sur la concentration économique, dont la création, en 1975, avait été motivée par le projet d'acquisition d'Argus Corporation Limited par Power Corporation, a abouti à un rapport de plus de 400 pages suite à trois années de débats qui ont fait l'objet de plus de 8000 pages de témoignages et de 33 études sur des questions spécifiques. Fait remarquable, 12 pages du rapport s'adressaient directement à la proposition de fusion de Power et Argus. Le rapport était très critique à l'endroit du projet de loi C-13 relativement au contrôle des fusionnements: il considérait que la concentration économique ne constituait pas une raison suffisante d'intervenir et que les critères d'efficacité économique devaient prévaloir.

³⁸ Rappelons qu'en 1976, la décision de la Cour suprême dans l'affaire K.C. Irving avait indiqué que la monopolisation du marché ne constituait pas une raison d'intervenir et, selon les jugements de la Cour suprême dans les affaires Aetna (1977) et Atlantic Sugar (1980), l'application de la loi dans les affaires de complot ne pouvait être fondée sur l'existence d'un parallélisme conscient qui était, somme toute, un phénomène normal.

d'une critique virulente de la part de la Commission Bryce. En effet, si le rapport de la Commission Bryce abondait généralement dans le même sens que le rapport Skeoch-McDonald, il se démarquait de ce dernier en s'opposant à un examen des fusions plus minutieux que celui qui était d'usage aux États-Unis. Pour reprendre ses termes, un tel processus d'évaluation serait “chimérique, même s'il donne l'illusion d'être sérieux” (Canada, 1978, p. 185). La Commission Bryce estimait en effet (...) que les dispositions du projet de loi C-13 relatives aux fusions d'entreprises sont mal inspirées (...) Étant donné les dimensions limitées du problème, les dispositions du projet de loi C-13 relatives aux fusions sont inutilement compliquées et entraîneront de trop fortes dépenses. (...) Nous préférerions une loi qui réprimerait carrément les comportements anticoncurrentiels (notamment l'érection de barrières à l'entrée) susceptibles de se manifester à la suite d'une fusion, plutôt qu'une loi fondée uniquement sur la prévision de situations éventuelles. (Canada, 1978, p. 457)

La Commission proposait donc l'abandon des dispositions du projet C-13 sur les fusions et d'assouplir celles qui étaient relatives à la monopolisation. En ce qui concerne l'interface entre le contrôle des investissements étrangers et l'application de la politique de la concurrence, la Commission Bryce s'opposait aussi aux modifications législatives pour contrer les effets anticoncurrentiels des investissements étrangers. Au début des années 80, le gouvernement libéral tentera, de nouveau, d'amender la loi³⁹. Mais encore une fois, l'opposition, véhiculée principalement par Marc Lalonde, a bloqué l'introduction d'un projet de loi. Il faudra attendre l'année 1984 pour qu'un nouveau projet, le projet C-29, plus nuancé et plus favorable aux préoccupations des gens d'affaires, soit déposé. L'annonce des élections par John Turner laissera le projet sans suite.

³⁹ En 1981, le ministre de la Consommation et des Corporations, alors responsable de la politique de la concurrence, a mis sur la table d'autres propositions de réformes, voir Canada (1981a).

C'est le gouvernement conservateur de Brian Mulroney qui parviendra à opérer une réforme en profondeur de la politique de la concurrence avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence* en 1986 (Canada, 1985c). Cette loi a amélioré la politique de la concurrence de façon significative, mais sa formulation permet une grande flexibilité et une grande tolérance des positions dominantes. Elle prend en considération la *Charte des droits et libertés*, elle s'inspire à plusieurs niveaux de la jurisprudence antitrust aux États-Unis et elle tient compte des réalités qu'impose la création d'un grand marché nord-américain. La loi favorise les objectifs d'efficacité, de flexibilité et d'adaptabilité de l'économie canadienne à la concurrence internationale. L'hypothèse sous-jacente est que l'efficacité des grandes entreprises et la concurrence étrangère constituent des éléments compensateurs de la concentration économique au Canada. Il convient de revenir sur ces deux principes qui guident la nouvelle loi.

E. Efficacité et libéralisation commerciale: les nouvelles dimensions du débat

À partir des années 70, plusieurs propositions de réforme ont mis de l'avant l'idée que l'efficacité devait être l'objectif principal de la politique de la concurrence. Elles allaient dans le sens des débats économiques qui ont eu lieu à cette époque tant aux États-Unis qu'au Canada. Pour reprendre Gorecki et Stanbury,

While the economic efficiency objective of competition policy can be found in the 1950s, the most forthright espousal of it as the primary objective of competition policy did not occur until 1969, with the publication of the Economic Council's *Interim Report on Competition Policy*. In 1976 the Skeoch-McDonald report, prepared for the Department of Consumer and Corporate Affairs, emphasized dynamic efficiency. Then, in Bill C-13, introduced in November 1977, great emphasis was placed on *technical* efficiency, that is, the ability of firms to achieve real economies of scale and produce at lower unit costs. (Gorecki et Stanbury, 1984, pp. 83-84)

Le rapport Skeoch-McDonald a complété la notion d'efficacité en termes d'allocation statique par celles d'efficacité technique et d'efficacité dynamique pour encourager l'innovation et le changement technologique. Il y a donc trois types d'objectifs reliés à l'efficacité économique: 1) efficacité statique (allocation des ressources); 2) efficacité technique (utilisation des ressources des entreprises, notamment pour dégager des économies d'échelle); et, 3) efficacité dynamique (capacité d'innover et d'ajustement aux changements technologiques).

L'importance accordée aux objectifs d'efficacité reléguera au second plan la question de la concentration; le problème auquel devait s'adresser la politique de la concurrence

était l'inefficacité économique. Dans la mesure où l'on suppose que la concentration économique peut favoriser l'efficacité économique sans être accompagnée de comportements abusifs et restrictifs de la part des entreprises, elle n'est pas incompatible avec les objectifs de la politique de la concurrence⁴⁰. L'approche consiste alors à évaluer les comportements des entreprises dans des situations de marché spécifiques sans s'attaquer au processus de concentration économique comme tel. Ainsi, des critères plus généraux que la seule prise en compte du critère de part de marché introduisent des considérations relevant de la politique industrielle.

Il est clair que dans un petit pays comme le Canada, qui a comme voisin et principal partenaire économique une puissance comme les États-Unis, la concentration économique ne peut être abordée de la même façon que chez ces derniers où les considérations structurelles ont toujours été très importantes. La Commission Bryce l'avait souligné: il existe une différence significative entre la politique de la concurrence du Canada et celle des États-Unis. Celle-ci a traditionnellement favorisé une approche structurelle et attribué peu d'importance à la concurrence étrangère⁴¹. Comme le soulignera le Rapport annuel du Directeur des enquêtes et des recherches de 1983 (Canada, 1998a (1983), la politique de la concurrence devait dorénavant être perçue

⁴⁰ Les données de *Statistique Canada* en 1980 confirment le niveau élevé de concentration dans l'industrie canadienne. Deux indicateurs ont été utilisés: le RC4 et l'indicateur Herfindal-Hirschman (H-H-I). Le RC4 calcule le pourcentage des ventes des quatre plus grandes entreprises dans les livraisons totales de toutes les entreprises qui rivalisent au sein d'une industrie. En 1980, le RC4 moyen est de 49,8%. Ceci constituait une baisse comparé au taux de 1970 qui était de 50,6% mais cette faible diminution ne constitue pas un changement appréciable. L'indicateur HHI calcule le degré de monopolisation en faisant la somme des actions du marché d'une entreprise au carré; un indice 1 indique un monopole. Cet indice tient compte du nombre de firmes dans chaque industrie et de la taille relative de ces firmes dans l'industrie. Au Canada, l'indice était de 0,1082 en 1980 comparé à un indice de 0,1050 en 1970.

comme un instrument qui devait favoriser l'efficacité économique dans l'intérêt de tous les canadiens. L'approche du “bien-être total” qui caractérise la nouvelle politique de la concurrence met l'accent sur les critères d'efficacité et sur le surplus économique total; c'est-à-dire le surplus des consommateurs et ceux des producteurs. Il n'est donc plus question de procéder à l'arbitrage des problèmes de répartition entre producteurs et consommateurs.

L'autre élément important de la nouvelle politique de la concurrence est le rôle de la concurrence étrangère. S'ouvrir aux échanges internationaux, à travers une politique de libre-échange, peut justifier l'assouplissement de la politique de la concurrence pour permettre aux entreprises canadiennes de rencontrer les exigences de la concurrence internationale. Par ailleurs, la politique de libéralisation commerciale et de l'investissement international doit améliorer la contestabilité du marché canadien. Mais comme le libre-échange peut entraîner la disparition d'entreprises, certains ont suggéré que la réduction des barrières tarifaires devait être accompagnée de mesures gouvernementales qui encouragent la formation de grandes unités; c'est d'ailleurs un point de vue qui avait été mentionné dans le rapport de la Commission Bryce. La libéralisation commerciale apparaît donc comme un substitut possible à la politique de la concurrence ou, tout au moins, comme un élément qui réduit la pertinence du contrôle de la concentration de l'économie canadienne. Ceci rappelle le débat soulevé à la fin du 19ième siècle concernant l'interface entre la politique commerciale et la politique de la concurrence. À cette époque, la politique de la concurrence devait contrer les effets du protectionnisme et l'opposition arguait que le libre-échange serait un moyen plus efficace pour contrer les pratiques anticoncurrentielles. Cet argument

⁴¹ Nous avons souligné le mot “traditionnellement” puisque la jurisprudence américaine a intégré certains aspects des théories néo-libérales et elle a graduellement accordé plus d’importance à la

se retrouve dans les débats qui ont précédé l'adoption de la nouvelle loi, mais la problématique est inversée puisque la nouvelle politique de la concurrence s'inscrit dans le cadre d'une politique économique dont l'élément central est le libre-échange. Il faudra alors définir le rôle de la politique de la concurrence dans le contexte de la libéralisation commerciale et tenir compte d'une nouvelle donnée, celle de l'émergence d'un espace marchand qui déborde du marché canadien pour prendre une dimension nord-américaine, voire mondiale.

Dans le processus qui mènera à l'ALÉ, le Directeur des enquêtes et des recherches (DER), A. W. Hunter, participera à plusieurs rencontres interministérielles. Il y défendra notamment l'idée que le libre-échange entraînerait une concurrence plus vive et une meilleure utilisation des ressources canadiennes. À son avis, le marché canadien, très concentré comparativement aux normes mondiales, bénéficierait de l'accès élargi au marché américain et la concurrence des entreprises américaines disciplinerait et favoriserait l'efficacité des entreprises canadiennes. Dans cette perspective, le rôle de la politique de la concurrence devient résiduel puisque la libéralisation commerciale s'y substitue. Le débat est, en quelque sorte, déplacé de l'intérieur vers l'extérieur en supposant qu'en l'absence de barrières commerciales, la concurrence est vive et qu'il existe peu de possibilités de pratiques anticoncurrentielles. En somme, il n'y a pas lieu de s'inquiéter, sauf exception, de la concentration des entreprises sur le marché canadien puisqu'il s'agit d'un processus qui s'inscrit dans un tout nouveau contexte, celui de la globalisation des marchés, et que la concurrence potentielle est désormais telle que c'est encore le meilleur rempart contre les pratiques restrictives. Pour la plupart des économistes d'ailleurs, la

politique commerciale pouvait remplacer l'application rigoureuse de la politique de la concurrence.

Plusieurs études indiquaient les tendances oligopolistiques de l'économie canadienne; le niveau élevé de concentration et les tarifs douaniers limitant la concurrence. Pour certains économistes, la libéralisation commerciale ne pouvait donc que réduire les risques de collusion et accroître l'efficacité des entreprises (Khemani, 1991)⁴². Le modèle d'Eastman-Stykolt suggère d'ailleurs que puisque les oligopoles canadiens fixent le prix d'un produit au niveau du prix mondial pour exclure les importations du marché intérieur, l'élimination des droits de douane signifie une baisse des prix intérieurs équivalente à leur suppression. Les gains de la libéralisation des échanges sont donc directement transférés aux consommateurs, ce à quoi s'ajoutent des gains d'efficacité (Hazledine, 1991). Toutefois, certains ont suggéré qu'en tenant compte du fait que les restructurations et les concentrations peuvent entraîner une augmentation des prix, l'effet de l'abaissement des droits de douane serait probablement peu important pour les consommateurs; Ross (1988) a élaboré un modèle qui montre qu'une réduction des droits de douane peut amener les oligopoles nationaux à augmenter leurs prix.

On peut aussi se demander pourquoi, si le marché canadien allait être transformé en un marché canado-américain, la défense d'efficacité n'a pas été réduite ou éliminée. La défense d'efficacité est surtout importante lorsque la taille du marché est limitée. Selon Dimic (1993), certains obstacles jouent contre le marché régional, par exemple, les recours commerciaux, ou les taux de change, et il existe des secteurs où la

⁴² Des études ont suggéré que les avantages du commerce extérieur sont plus grands lorsque les marchés intérieurs sont imparfaitement concurrentiels, voir Baldwin (1992).

concurrence étrangère est exclue. Aussi, on considère que plutôt que de réduire l'intérêt de la défense d'efficacité, le développement du marché régional accentue la nécessité de la défense d'efficacité pour permettre aux entreprises d'être compétitives.

Il ressort des débats qui ont entouré la réforme de la politique de la concurrence que c'étaient l'efficacité économique et la compétitivité internationale qui devaient guider la nouvelle loi. Le résultat étant que deux principes généraux s'imposeront, à savoir que la loi devait: 1) fournir un cadre général permettant au marché de remplir efficacement sa fonction d'allocation des ressources et de moteur à l'innovation; et, 2) prendre en considération l'importance croissante du commerce international et chercher à améliorer la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux. Voyons ce qu'il en est plus précisément des objectifs et du contenu de cette nouvelle loi.

CHAPITRE 3 LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DE 1986

La *Loi sur la concurrence* adoptée en 1985 est entrée en vigueur en 1986⁴³. Les éléments les plus notables qui distinguent la nouvelle loi de la précédente sont les suivants: création du *Tribunal de la concurrence*; transfert au droit civil des cas de monopoles et d'abus de position dominante; mise en place d'un processus formel d'examen des fusionnements; publication de lignes directrices servant à l'application de la loi; et, clarification des dispositions relatives aux complots sans toutefois les interdire formellement.

Notre présentation de la loi fera ressortir la souplesse du cadre réglementaire de la concurrence que nous attribuons à l'internationalisation de la politique de la concurrence. La particularité la plus distinctive de la politique de la concurrence du Canada est d'inscrire explicitement la défense d'efficacité ou de rendement économique supérieur au niveau des fusionnements et des positions dominantes. En cela, elle est en quelque sorte plus transparente que les lois étrangères. L'utilisation d'une approche au cas-par-cas fondée sur le concept de "bien-être total" permet de faire intervenir les gains en efficacité en contrepartie des effets anticoncurrentiels des fusions, ce qui donne plus de poids aux considérations économiques. La loi exempte également les ententes à l'exportation et certains autres accords, notamment au niveau de la R&D, mais ces moyens de défense ne sont que peu utilisés puisque l'illégalité des ententes repose sur une preuve de réduction excessive de la concurrence, ce qui

réduit considérablement la nécessité de recourir à ces moyens de défense. En outre, la loi attribue une grande importance à la concurrence étrangère et à la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux. Mais disons-le d'emblée, la *Loi sur la concurrence* n'est pas un instrument anti-monopolisation; elle définit plutôt les critères d'acceptabilité du processus de concentration économique, ou du moins les cadres à l'intérieur desquels la concentration est acceptable d'un point de vue économique, c'est-à-dire du point de vue de l'efficacité et de la compétitivité. Certes, au Canada, la concurrence n'a jamais été un objectif en soi, mais la nouveauté est d'introduire une dimension internationale à la notion de concurrence qui se traduit par des exemptions et des moyens de défense en vue d'accroître l'efficacité des entreprises.

A. Les objectifs de la politique de concurrence

La nouvelle loi, qui est maintenant sous la responsabilité d'Industrie Canada, confirme l'importance de l'efficacité économique et de la compétitivité internationale. Ces objectifs font partie des quatre objectifs recherchés par la politique de la concurrence qui sont:

- de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne;
- d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada;
- d'assurer à la petite et moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne;
- d'assurer aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix dans les produits.

⁴³ Les articles concernant la notification des fusionnements furent ajoutés en 1987.

Les deux premiers objectifs, d'orientation externe, donnent à la politique de la concurrence un caractère pro-monopolisation/concentration. Les deux derniers objectifs, d'orientation interne, placent la politique de la concurrence dans une perspective pro-concurrentielle - voire d'équité - sur le marché intérieur. Il est significatif que l'ordonnancement des objectifs place les objectifs "internes" après les objectifs "externes"; ce qui les subordonne aux premiers au moment de l'examen des cas et qui introduit un élément de détermination supplémentaire puisqu'il s'agira d'examiner chaque cas à la lumière non plus de la concurrence effective sur le marché canadien mais à la lumière de la concurrence potentielle sur les marchés internationaux.

B. Principes, administration et procédures d'application de la loi

La loi s'applique à toutes les entreprises qui opèrent au Canada et elle peut, en principe, être appliquée à des entreprises étrangères opérant à l'étranger lorsque leurs pratiques ont un effet restrictif sur le marché canadien. Le *Directeur des enquêtes et des recherches* (DER) est responsable de l'application de la loi avec le concours du *Tribunal de la concurrence* (Tribunal), nouvellement créé pour traiter des affaires civiles, et des tribunaux pour les affaires criminelles⁴⁴. Le DER dirige le *Bureau de la concurrence* (Bureau) qui soutient ses activités d'enquêtes et de recherches et il dispose de pouvoirs pour rassembler les informations qu'il juge nécessaires pour ses enquêtes et pour constituer la preuve⁴⁵. Il peut aussi demander l'émission de mandats

⁴⁴ Le Tribunal, régi par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, est un organisme quasi-judiciaire créé au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence*. Il est présidé par un juge et rassemble d'autres membres (économistes et juristes) qui collaborent dans la procédure d'examen.

⁴⁵ Le DER est devenu le "commissaire" suite aux derniers amendements apportés à la loi.

de perquisition et saisir les dossiers d'une entreprise lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il y ait eu infraction à la loi.

La distinction entre les infractions criminelles et les infractions civiles permet d'appliquer des règles plus sévères aux pratiques qui ont des effets plus sérieux sur la concurrence et d'appliquer un régime de droit civil aux autres pratiques. L'application du droit civil comporte aussi l'avantage de permettre au DER et au Tribunal de remédier à certains aspects anticoncurrentiels en ordonnant des mesures correctives⁴⁶. Pour faciliter le règlement de certaines affaires, le DER peut accepter tout engagement écrit relativement à des mesures qu'une entreprise pourrait prendre en vue de corriger les effets d'une activité anticoncurrentielle. Il peut aussi s'entendre avec les parties sur une solution qui fera l'objet d'une ordonnance par consentement par le Tribunal afin d'éviter une enquête et des procédures judiciaires. Pour améliorer la conformité aux dispositions de la loi, il existe aussi un programme spécifique. Le DER et le Bureau participent aussi à des réunions, à des conférences et à des séminaires pour faire connaître les dispositions de la loi. Les gens d'affaires peuvent aussi avoir recours au *Programme des avis consultatifs* pour savoir si un projet ou une pratique soulève des inquiétudes qui pourraient motiver une enquête et une éventuelle poursuite. Abordons d'abord les infractions criminelles. Nous aborderons ensuite les infractions qui relèvent du droit civil.

⁴⁶ Dans le cas d'infractions criminelles, la poursuite est menée par le procureur général du Canada. Le DER peut demander à la cour d'émettre des ordonnances d'interdiction visant certaines activités ou des injonctions temporaires pour interdire certaines pratiques jusqu'à la tenue d'une audience. En ce qui concerne les infractions non criminelles, le DER fait une requête d'examen au Tribunal en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction ou une injonction provisoire. L'application de la loi peut aussi, dans une certaine mesure, découler du droit individuel à l'action civile contre les pratiques anticoncurrentielles qui lui auraient causé une perte ou un dommage. Ce recours est possible s'il y a infraction aux dispositions criminelles de la loi ou défaut de conformité à une ordonnance du Tribunal ou de la cour.

C. Les infractions criminelles (les complots)

Les cinq types de pratiques relevant du droit criminel sont les suivantes: les complots; le trucage des offres⁴⁷; la discrimination par les prix et les prix d'éviction⁴⁸; le maintien des prix⁴⁹; et, la publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales⁵⁰. Nous allons nous concentrer sur les dispositions relatives au complot qui sont, de loin, les plus importantes en droit de la concurrence et puisqu'elles suscitent plus de débats au niveau international.

1. Interdiction des complots

L'article 45 de la loi interdit la conclusion de tout accord interentreprises qui a pour effet de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence ou qui peut véritablement

⁴⁷ Il y a trucage des offres lorsqu'il y a entente entre entreprises en vue de ne pas répondre à un appel d'offres ou d'y répondre seulement après la conclusion d'une entente.

⁴⁸ Il y a discrimination par les prix lorsqu'un fournisseur vend à des acheteurs qui se font concurrence les mêmes quantités d'articles à des prix différents. Les prix d'éviction se divisent en deux catégories: la première catégorie a trait à la vente de produits dans une région du Canada à un prix inférieur que dans une autre, en prenant compte des frais d'expédition, dans le but de diminuer sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent; la seconde catégorie vise la vente de produits à des prix déraisonnablement bas dans le même but.

⁴⁹ Le maintien des prix est une pratique à travers laquelle des fournisseurs tentent d'influencer à la hausse les prix fixés par leurs clients ou d'empêcher que leurs clients réduisent les prix, que ce soit par une entente, une menace ou une promesse. Il peut aussi s'agir d'un fournisseur qui refuse de fournir un client en raison de son régime de bas prix ou qui tente de le convaincre de s'engager à maintenir ses prix. Les restrictions verticales autres que celles qui prennent la forme d'accord de maintien des prix font l'objet de dispositions civiles. On estime que les ententes verticales, c'est-à-dire les ententes entre des entreprises opérant à différents niveaux de production, peuvent avoir des effets proconcurrentiels au niveau des produits finis alors que d'autres permettent la collusion entre fournisseur et client dans le but de réduire la concurrence au niveau horizontal. La loi s'applique dans le deuxième cas.

⁵⁰ La publicité trompeuse et pratiques commerciales déloyales incluent la vente pyramidale et le double étiquetage. La loi distingue maintenant les cas plus sévères des cas moins importants. Les infractions les plus graves sont soumises au droit criminel tandis que les autres sont renvoyées au droit civil.

avoir cet effet. Les complots constituent des infractions criminelles sanctionnées par de lourdes amendes et/ou un emprisonnement de 5 ans. Il est néanmoins possible de distinguer entre les bonnes et les mauvaises ententes. L'illégalité d'une entente réside dans l'existence d'effets anticoncurrentiels importants. Ainsi, plusieurs ententes sont compatibles avec la loi. Cependant, les critères d'efficacité économique ne peuvent pas être invoqués; la défense doit essentiellement porter sur l'absence d'effets importants sur la concurrence.

Le fardeau de la preuve, qui repose sur le DER, est très lourd. La preuve doit inclure: l'existence d'une entente ou d'un complot, l'intention coupable des parties et la preuve que l'entente diminue ou empêche "indûment" la concurrence. La signification du mot "indûment" reste vague bien que la Cour suprême ait tenté de l'éclaircir en indiquant qu'un effet indû est un effet sérieux et important sur la concurrence. Elle a aussi précisé que la détermination du caractère indû de l'effet d'une entente sur la concurrence devait se faire en deux étapes. La première étape consiste à établir que les entreprises liées à l'entente possèdent une puissance commerciale ou que l'entente leur permettra de constituer une puissance commerciale. La part de marché n'est pas un critère suffisant pour conclure à l'existence d'un pouvoir de marché; d'autres facteurs, comme la contestabilité du marché, doivent être pris en considération. Selon la Cour suprême, l'ouverture d'une enquête peut être justifiée lorsqu'il y a comportement préjudiciable sans que le critère de pouvoir de marché soit concluant. Des entreprises détenant plus de 80% de part de marché ont été acquittées tandis que des entreprises possédant une part de marché moins importante ont été condamnées. En deuxième étape, on doit démontrer le comportement préjudiciable des entreprises, prouver qu'il en découle des répercussions sérieuses sur la concurrence et, ce qui

demeure problématique, établir l'intention coupable des parties à l'entente. Sur ce dernier point, les entreprises devaient être au courant des conditions de l'entente, avoir l'intention de la mettre en exécution et avoir l'intention de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence. La preuve peut être fondée sur la démonstration qu'une personne raisonnable aurait dû savoir que l'entente aurait comme effet de diminuer ou d'empêcher indûment la concurrence.

2. Exemptions de certains complots

Plusieurs clauses d'exception qui permettent d'exempter les ententes interentreprises. En plus des exemptions spécifiques aux accords à l'exportation et aux accords de spécialisation, il y existe douze possibilités de dérogation à l'application des mesures relatives aux complots parmi lesquelles on trouve les accords portant sur l'échange de données statistiques, la définition de normes de produits, la collaboration en matière de R&D, la restriction de la promotion et les mesures de protection de l'environnement⁵¹. L'exemption des cartels à l'exportation, que la nouvelle loi a d'ailleurs renforcée, est inscrite au paragraphe 45 (5). L'objectif de cette exemption est de favoriser les exportations canadiennes tout en s'efforçant d'éviter les répercussions négatives de ces ententes au Canada. Cette exemption vise les cartels "purs" à l'exportation, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas d'effets sur le marché national, mais aussi les cartels mixtes, c'est-à-dire ceux qui ont aussi des effets sur le marché national. Ceux-ci peuvent être autorisés lorsqu'ils n'ont pas les effets suivants: 1)

⁵¹ En 1995, les tribunaux n'avaient jamais eu à entendre une affaire de complot interpellant ces dispositions, et le Bureau n'avait eu que peu de demandes d'avis consultatifs relatifs à ces moyens d'exemption. La plupart des affaires soulevées par l'article 45 porte sur des accords de fixation des prix ou de partage de marché, et par conséquent, il n'existe pas de situations concrètes qui aient motivé l'utilisation de ces moyens de défense.

réduction des exportations canadiennes; 2) réduction des exportations d'un concurrent national; 3) restriction de la possibilité d'entrée d'un concurrent dans le marché d'exportation visé par l'entente; et, 4) réduction indue de la concurrence au Canada. Il faut souligner qu'un cartel mixte qui ne peut bénéficier de l'exemption ne constitue pas nécessairement un complot illégal. L'illégalité d'une entente requiert une preuve "hors de tout doute raisonnable" d'une réduction excessive de la concurrence sur le marché canadien. Ainsi, un cartel à l'exportation qui a des effets restrictifs sur la concurrence au Canada peut ne pas bénéficier de l'exemption sans pour autant être illégal.

Les cartels à l'exportation étaient déjà exemptés avant l'adoption de la nouvelle loi. En effet, l'exemption date de 1960⁵². La nouvelle loi a considérablement renforcé la possibilité d'exemption. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* refusait l'exemption des cartels à l'exportation qui réduisaient ou étaient susceptibles de réduire la concurrence, ce qui excluait les cartels mixtes. La nouvelle loi a éliminé cette emphase et elle considère la réduction de la valeur réelle des exportations tandis que l'ancienne loi considérait la réduction du volume des exportations; un cartel qui réduit la production exportée mais qui en tire un meilleur prix pour compenser la perte en terme de volume de produits exportés peut donc bénéficier d'une exemption. Cette modification facilite l'utilisation de la politique de la concurrence comme politique commerciale stratégique⁵³.

⁵² Le projet de loi C-256 prévoyait l'examen des cartels à l'exportation par un éventuel "Tribunal des pratiques restrictives" et leur inscription dans un registre. L'opposition du milieu des affaires fut très grande; elle s'appuyait sur l'argument voulant que la coopération interentreprises soit nécessaire pour développer les exportations et en raison de l'importance du commerce international dans la structure économique canadienne.

⁵³ Le cas des cartels à l'exportation est souvent mentionné par les partisans des politiques stratégiques. Voir à ce sujet McFetridge (1992).

Dans la mesure où le marché auquel s'adresse la politique de la concurrence est le marché intérieur, il est normal d'exempter les ententes qui portent exclusivement sur l'exportation; l'aire de juridiction nationale ne permet d'ailleurs pas d'évaluer les effets de ces cartels à l'étranger. En outre, comme ces cartels ne provoquent pas toujours un transfert des bénéfices des échanges internationaux d'un pays à un autre, leurs effets ne sont donc pas nécessairement préjudiciables. La justification des cartels à l'exportation fait généralement référence à la nécessité de surmonter un obstacle qui limite la pénétration des entreprises nationales sur les marchés internationaux⁵⁴. Au Canada, l'interdiction cible les cartels qui impliquent une véritable cartellisation et qui ont un effet considérable sur la concurrence (Ehrlich et al, 1994). La question des ententes à l'exportation est marquée par l'importance que revêt le commerce pour l'économie nationale et par l'asymétrie entre les grandes entreprises canadiennes et leurs rivales américaines⁵⁵. Deux arguments servent à justifier l'exemption des cartels à l'exportation: la petite taille du marché et l'importance des matières premières. Les cartels à l'exportation sont jugés nécessaires pour accroître la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux et pour leur permettre de développer de nouveaux débouchés. Ils leur permettraient d'atteindre un calibre international, de faire des gains en efficience et d'amélioration de la capacité d'innovation dans le domaine de R&D. Ils sont aussi justifiés par le pouvoir d'achat des clients étrangers et, parfois, par la présence de cartels à l'importation sur les marchés d'exportation des entreprises canadiennes. Cependant, il est généralement observé que ces ententes permettent de s'accaparer de

⁵⁴ L'autorisation vise officiellement à permettre aux petites et moyennes entreprises, surtout dans un petit pays comme le Canada, de développer leurs activités d'exportation. Quelquefois, il est question de surmonter un obstacle limitant l'accès aux marchés étrangers.

⁵⁵ Pour une discussion de l'approche canadienne à l'égard des cartels à l'exportation en comparaison avec les approches étrangères, voir Ehrlich et Sharma (1994).

rentes extraordinaires sur les marchés étrangers, ce qui, au demeurant, va en contradiction non pas avec la lettre mais avec l'esprit de la loi qui est de mettre les entreprises canadiennes à niveau avec la concurrence internationale, et non pas d'établir des positions dominantes.

Quant à l'exemption des accords de spécialisation, elle trouve sa justification lorsqu'il est possible de faire intervenir certains critères d'efficacité⁵⁶. En effet, bien qu'il ne soit pas possible de faire intervenir l'efficience économique dans les affaires de complot, les dispositions relatives aux accords de spécialisation font quand même intervenir les gains d'efficacité, du moins de façon circonscrite⁵⁷. Cette exemption est justifiée par l'idée que certains gains en efficacité ne peuvent être obtenus sans l'existence de certaines formes de collaboration qui ont des effets restrictifs sur la concurrence. Si cette collaboration est nécessaire, il n'y a pas complot, et nous sommes alors renvoyés au droit civil.

⁵⁶ En tant que tels, ces accords seront soumis aux dispositions civiles relatives aux accords de spécialisation.

⁵⁷ Certains gains en efficacité sont aussi pris en considération par les moyens de défense prévus aux paragraphes 45 (3) et 45 (4).

D. Les infractions civiles

Les affaires civiles incluent les fusionnements, les abus de position dominante, le refus de vendre, la vente par voie de consignation, l'exclusivité, la vente liée, la limitation du marché et le prix à la livraison. Les fusionnements et les abus de position dominante feront l'objet d'une discussion plus détaillée qui suivra la description sommaire des dispositions relatives aux restrictions verticales et aux accords de spécialisation.

1. Restrictions verticales et accords de spécialisation.

Puisque la loi s'intéresse principalement aux effets sur le marché des produits finis, et qu'il est supposé que les restrictions verticales n'ont généralement pas d'effets à ce niveau, les dispositions de la loi en matière de restrictions verticales sont peu sévères. La loi est plutôt favorable aux arrangements verticaux qui sont supposés générer des gains en efficacité grâce à une intégration plus poussée des différents niveaux de production. Comme la loi stipule que seules les restrictions verticales qui ont un effet sur la concurrence "intermarque" sont susceptibles de réduire la concurrence, il importe de déterminer l'effet de ces restrictions sur la concurrence au niveau de la consommation finale. Les restrictions verticales couvertes par la loi sont les suivantes:

- Le refus de vendre: Si un client est incapable de se procurer un produit en raison d'une concurrence insuffisante entre les fournisseurs, le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs acceptent une partie comme client.
- La vente par voie de consignation: Si le Tribunal prouve qu'une entreprise fournit un négociant qui ne paie que ce qu'il vend ou qui peut retourner les produits invendus afin de contrôler les prix, il peut intervenir.

- L'exclusivité: La loi interdit qu'un fournisseur oblige ou incite un client à la vente exclusive de son produit.
- La vente liée: Un fournisseur ne peut exiger l'achat d'un second produit ou empêcher un client de distribuer, avec un produit, un autre produit qu'il ne fabrique pas.
- La limitation du marché: Lorsqu'un fournisseur exige qu'un client desserve un marché limité géographiquement et que ceci a des incidences négatives sur la concurrence, il y a infraction.
- Le prix à la livraison: Il est interdit qu'un fournisseur refuse à un client la livraison d'un article aux mêmes conditions que celles consenties aux autres clients à cet endroit, à moins de démontrer que l'approvisionnement de clients supplémentaires nécessite un investissement relativement important en capital.

Les accords de spécialisation doivent être inscrits et autorisés par le Tribunal qui doit conclure que les gains en efficacité surpassent les effets néfastes de l'accord et qu'ils nécessitent la mise en oeuvre d'un tel accord⁵⁸. Dans ces conditions, les accords seront exemptés de l'application des dispositions de la loi sur les complots et la vente exclusive.

2. Abus de position dominante

Contrairement à l'approche structuraliste qui a longtemps guidé l'approche américaine, l'approche canadienne est tolérante face à la concentration économique. Les entreprises dominantes risquent peu de faire l'objet d'un démantèlement ou de faire face à des peines sévères; mais des mesures correctives sont prévues pour

⁵⁸ Il s'agit d'accords à travers lesquels des entreprises 1) s'engagent à abandonner une certaine production à condition que les autres parties de l'accord abandonnent la production de certains

éliminer certains comportements abusifs⁵⁹. En comparaison avec le régime précédent, les positions dominantes ne relèvent plus du droit criminel; le fardeau de la preuve a donc été réduit à une balance de probabilités. Par ailleurs, le concept de “détriment à l’intérêt public” a été remplacé par la démonstration que le comportement a pour effet de réduire ou de restreindre substantiellement la concurrence.

Selon l’article 79, il y a position dominante lorsqu’une entreprise ou un groupe d’entreprises possède un pouvoir de marché⁶⁰. L’illégalité d’une position dominante découle de l’abus de l’entreprise ou du groupe d’entreprises dominantes, c’est-à-dire qu’il est nécessaire de prouver l’existence de comportements anticoncurrentiels qui empêchent ou qui réduisent sensiblement la concurrence. Trois étapes d’évaluation servent à déterminer les abus de position dominante: 1) il faut définir le marché pertinent pour appréhender l’espace marchand sur lequel opèrent les entreprises; 2) il faut établir l’existence d’une position dominante sur ce marché; et, 3) il faut prouver qu’il y a abus de la position dominante par l’existence de comportements abusifs. En outre, le Tribunal doit considérer que les effets anticoncurrentiels des comportements des entreprises dominantes peuvent résulter d’un rendement économique supérieur.

produits; et, 2) s’accordent pour acheter exclusivement des autres parties les articles ou les services faisant l’objet de l’accord.

⁵⁹ Lorsque toutes les conditions sont réunies pour justifier une action en vertu de l’article 79, le Tribunal peut ordonner l’arrêt de la pratique visée, le dessaisissement ou d’autres mesures plus sévères. Ces mesures visent à enrayer les effets d’une pratique ou à rétablir la concurrence, et non à empêcher les positions dominantes.

⁶⁰ Il est de plus en plus question d’appliquer ces dispositions à deux ou plusieurs firmes. Par exemple, les alliances stratégiques peuvent faire l’objet d’une poursuite en vertu de l’article 79 ainsi qu’en vertu des dispositions relatives aux complots ou aux fusionnements.

a) La définition du marché pertinent

La définition du marché pertinent est cruciale pour établir l'existence d'une position dominante puisqu'il s'agit de délimiter l'aire de marché qui sert à évaluer les sources de concurrence. Le marché pertinent n'est pas nécessairement défini par les frontières nationales; il peut être plus restreint ou englober un espace plus large. Or, la globalisation des marchés et l'ALÉNA favorisent l'élargissement des marchés pertinents pour inclure la concurrence étrangère, ce qui peut entraîner la sous-évaluation du potentiel anticoncurrentiel d'une position dominante ou, au moins, une plus grande tolérance. Lorsque la concurrence étrangère n'est pas incluse dans le marché pertinent, son impact concurrentiel sur le marché pertinent est, dans certains cas, pris en considération dans le processus d'évaluation.

L'approche est fondée sur les concepts de concurrence effective et de marché contestable, c'est-à-dire que l'examen porte sur la présence de concurrents capables de réduire la capacité de l'entreprise dominante d'établir un prix au-delà du niveau de prix concurrentiel. La méthode du monopoleur hypothétique adoptée dans les cas de fusionnements n'est pas jugée adéquate puisque l'entreprise est supposée déjà détenir une position dominante et, par conséquent, ce sont les conditions existantes qui sont déterminantes plutôt que celles qui pourraient exister dans le futur.

b) La notion de position dominante

Une position dominante implique un pouvoir de marché. Pour conclure au pouvoir de marché d'une entreprise, le critère de part de marché est pris en considération, mais il n'est pas déterminant. Comme l'a indiqué l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal estime qu'une

part de marché de 50% constitue un seuil minimum, ce qui suggère que les entreprises détenant une part de marché inférieure ne sont généralement pas dominantes⁶¹.

Toutefois, ceci ne signifie pas que les entreprises qui ont une part de marché supérieure à 50% soient en position dominante sur le marché; plusieurs autres critères doivent être considérés comme la part de marché des autres entreprises, les conditions d'entrée et de sortie sur le marché pertinent (autrement dit, la contestabilité du marché), l'intégration verticale, le contrôle de la distribution et la capacité excédentaire existante sur le marché. Les facteurs qui influencent les conditions d'entrée sur le marché pertinent sont très importantes dans l'approche canadienne; lorsque l'entrée de nouveaux concurrents n'implique pas de coûts irrécupérables élevés, il est jugé raisonnable de penser que la concurrence potentielle empêche les abus de positions dominantes.

c) La détermination de l'abus

En cas de position dominante, le Tribunal doit démontrer la présence d'agissements anticoncurrentiels qui empêchent ou qui réduisent sensiblement la concurrence. La liste, non-exhaustive, de ces comportements comprend:

- l'acquisition d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent afin d'empêcher l'entrée de ce dernier;
- l'utilisation temporaire de certaines marques de produits pour mettre au pas ou éliminer un concurrent;
- l'achat de produits dans le but d'influencer les structures de prix existants;

⁶¹ Les cas de jurisprudence ont porté sur des entreprises dont les parts de marché étaient supérieures à 85%. Nous reviendrons sur ces cas plus loin.

- la vente d'articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition dans le but de mettre au pas ou d'éliminer un concurrent;
- l'acquisition d'un concurrent pour réduire la concurrence.

Le processus d'évaluation porte sur l'impact de ces comportements sur le niveau de concurrence par rapport au niveau probable de concurrence en leur absence. Les effets doivent être substantiels, c'est-à-dire que la pratique doit créer des barrières à l'entrée qui permettent de préserver ou d'ajouter au pouvoir de marché de l'entreprise dominante. La structure des marchés n'est donc pas un facteur décisif puisque l'objectif est de contrôler les effets des comportements abusifs et non de contrôler la concentration. Par ailleurs, si les effets anticoncurrentiels reflètent une performance supérieure de l'entreprise par rapport à ses concurrents, le Tribunal n'interviendra pas puisque cela réduirait l'efficacité économique. Il y a là l'idée que la position dominante d'une entreprise puisse résulter de sa performance supérieure, ce qui nous renvoie aux débats théoriques de la première partie.

En ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir de marché au niveau vertical, l'article 79 est moins susceptible d'être appliqué. Dans la perspective canadienne, les restrictions verticales sont supposées causer peu d'effets anticoncurrentiels mais l'article 79 peut néanmoins être appliqué dans le cas de l'acquisition d'un client par l'entreprise dominante qui aurait des effets sur la concurrence horizontale.

3. Les fusionnements

Les dispositions relatives aux fusionnements s'adressent aux opérations qui créent ou qui visent à créer une position dominante qui réduit, ou qui pourrait réduire, sensiblement la concurrence. Les fusions qui peuvent être contestées impliquent

l'acquisition ou l'établissement, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise, ou encore d'un intérêt relativement important⁶². La loi prévoit la notification des fusionnements dans la mesure où il est plus facile et plus économique d'empêcher une fusion que de démanteler les industries.

Le DER a trois ans pour soumettre une transaction à l'examen du Tribunal qui pourra soit 1) approuver celle-ci; 2) émettre une ordonnance de ne pas procéder; ou, 3) donner une autorisation conditionnelle. Dans le cas de fusions déjà réalisées, le Tribunal peut émettre 1) une ordonnance de dissolution; 2) une ordonnance de se départir d'une partie de l'entité fusionnée; ou, 3) une ordonnance engageant l'entité fusionnée à prendre certaines mesures. Le DER peut aussi décider de surveiller les effets d'une fusion autorisée pour une période de 3 ans.

a) Le seuil de sensibilité

Puisque ce sont les fusionnements de grande envergure qui suscitent généralement le plus d'inquiétudes, le mécanisme de préavis obligatoire s'adresse aux opérations qui dépassent certains seuils de sensibilité. Le premier seuil vise les fusions d'entreprises dont les éléments d'actif ou le revenu annuel brut sont supérieurs à 400 millions de dollars canadiens. Le deuxième seuil cible, premièrement, les acquisitions

⁶² La notion de contrôle signifie la détention directe ou indirecte de plus de 50% des votes pouvant être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale et qui sont suffisants pour élire une majorité de ces administrateurs. La signification d'un intérêt relativement important est moins précise et dépend des cas spécifiques; il s'agit de pouvoir exercer une influence concrète sur le comportement économique. Cette flexibilité d'interprétation reflète le problème de la diversité des structures de gestion et de propriété qui rend impossible une définition plus précise. L'expérience du Bureau indique qu'il est nécessaire de détenir plus de 10% des actions comportant un droit de vote.

d'entreprises dont les éléments d'actifs ou les revenus sont supérieurs à 35 millions de dollars canadiens et donnent à l'entreprise acquérante 20% des votes d'une société cotée en bourse ou 35% des votes des sociétés non cotées en bourse, et, deuxièmement, les fusionnements entre entreprises qui impliquent des éléments d'actifs et des revenus supérieurs à 70 millions de dollars canadiens. La pré-notification obligatoire s'applique aussi aux sociétés étrangères qui font l'acquisition d'entreprises canadiennes, ainsi qu'à toute entreprise canadienne qui, en faisant l'acquisition d'une entreprise étrangère, ferait indirectement l'acquisition d'une entreprise canadienne⁶³.

b) Les critères d'examen

Le critère de pouvoir de marché est essentiel à l'analyse de l'effet vraisemblable ou actuel d'un fusionnement. En général, le fusionnement ne sera pas contesté si la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 35% après le fusionnement, ou lorsque la part de marché des quatre plus grandes entreprises (RC4) sur le marché est inférieure à 65% après la fusion. Si le RC4 dépasse 65% mais que la part de l'entreprise fusionnée est inférieure à 10%, le fusionnement ne sera pas contesté. Comme dans le cas des positions dominantes, le pouvoir de marché ne se limite pas à la part de marché et au niveau de concentration. D'autres critères doivent être pris en

⁶³ Dans le cas spécifique des entreprises étrangères, les opérations d'envergure (qui dépassent le seuil de sensibilité de la législation sur l'investissement étranger) seront aussi examinées par Investissement Canada qui évalue l'avantage net de l'investissement en fonction de six critères, incluant l'effet vraisemblable du fusionnement sur la concurrence. À cet effet, le DER fournit des informations et un avis positif ou négatif pour l'évaluation de ce critère. Néanmoins, le DER n'est pas lié à la décision d'Investissement Canada tout comme Investissement Canada n'est pas lié à une éventuelle pondération négative attribuée au facteur de concurrence.

considération pour l'application des dispositions relatives aux fusionnements. L'un des plus importants dans le contexte de l'internationalisation de la politique de la concurrence et de l'objectif d'améliorer les chances des entreprises canadiennes de participer aux marchés mondiaux est l'importance attribuée à la concurrence étrangère.

La concurrence étrangère peut justifier l'élargissement du marché pertinent au-delà des frontières du Canada et, dans ce cas, la part de marché d'une entreprise étrangère sera calculée de la même façon que celle d'une entreprise canadienne. Si le marché pertinent n'inclut pas la concurrence étrangère, l'analyse peut toutefois tenir compte des ventes des concurrents étrangers et des possibilités d'accroître les quantités vendues. Dans ce cas, une attention particulière sera accordée aux tarifs douaniers, aux contingents d'importation et aux accords de limitation volontaire des exportations, aux normes, aux conjonctures, aux taux de change, aux tendances technologiques, à l'impact de l'ALÉNA et des accords multilatéraux, à la connaissance du marché canadien des entreprises étrangères, aux alliances stratégiques, à la capacité excédentaire des entreprises, aux similitudes entre les structures de la demande et aux réseaux de transports.

Les lignes directrices sur les fusionnements ont souligné l'importance accrue de la concurrence internationale en raison de la mondialisation des marchés, de l'importance accrue des investissements étrangers et des alliances stratégiques au Canada, de l'ALÉ ainsi que de l'ALÉNA, de la rationalisation de l'industrie européenne et de la concurrence de plus en plus vigoureuse des entreprises établies dans les nouveaux pays industrialisés (Canada, 1991a).

Plusieurs autres critères sont intégrés à l'analyse des fusionnements. Au nombre de ceux qui sont mentionnés, on retrouve: la déconfiture d'une partie au fusionnement; la disponibilité de substituts acceptables et la possibilité que les acheteurs se tournent vers ces substituts; les barrières à l'entrée pour de nouveaux concurrents (barrières tarifaires et non-tarifaires au commerce international, les barrières inter-provinciales au commerce, la réglementation de l'accès et les effets du fusionnement sur ces entraves)⁶⁴; la concurrence réelle restante qui évalue les formes vraisemblables de rivalité qui existeraient suite à un fusionnement qui réduit la concurrence; la disparition d'un concurrent dynamique, efficace et innovateur; le changement et l'innovation sur le marché pertinent⁶⁵.

c) Seuil d'entrave à la concurrence

L'évaluation porte principalement sur la dimension des prix; il s'agit d'établir qu'une entité fusionnée pourra maintenir une augmentation de prix de 5% sur une période de 2 ans. Il est cependant possible de faire intervenir les effets anticoncurrentiels au niveau du service, de la qualité, de la variété, de la publicité ou de l'innovation. La méthode utilisée est celle du "monopoleur hypothétique"⁶⁶. On suppose que l'entité

⁶⁴ Le marché est contestable si des concurrents peuvent, dans un délai minimal de deux ans, représenter une concurrence suffisante pour dissiper les risques d'un fusionnement. Ils doivent pouvoir récupérer les coûts d'investissement, les coûts de surmonter les avantages reliés à la différenciation des produits et les coûts reliés aux comportements stratégiques des entreprises en place.

⁶⁵ Ce critère tient compte de la capacité de changement et d'innovation de l'entité fusionnée. Par ailleurs, les conditions de marché peuvent changer sur le marché pertinent en raison de l'arrivée de nouveaux concurrents, de l'émergence de nouveaux produits, des modifications de la réglementation ou de la politique commerciale.

⁶⁶ Le marché pertinent est défini comme étant le groupe le plus restreint de produits et la plus petite région géographique pour lesquels les vendeurs peuvent imposer et maintenir avec profit une augmentation de prix relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient

fusionnée se comporte comme un monopole, autrement dit qu'elle a le pouvoir de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence. L'examen consiste alors à vérifier si, sur le marché pertinent, il existe une concurrence réelle ou potentielle capable de discipliner l'entreprise fusionnée.

d) La défense d'efficacité

L'une des particularités de la politique de la concurrence du Canada est d'introduire la défense d'efficacité dans le texte de la loi. L'examen considère les gains de productivité et les gains d'efficience dynamique. La défense d'efficacité comprend les gains de productivité (économies d'échelle, l'intégration d'activités qui permettent la réduction des coûts, les possibilités de transferts techniques entre les parties) et les gains d'efficience dynamique qui sont de nature plus qualitative (possibilité de lancement optimal d'un nouveau produit, l'élaboration de nouveaux procédés de production ou l'amélioration de la qualité des produits). L'examen considère aussi les coûts engagés pour développer les gains d'efficience et la possibilité d'atteindre ces gains par des moyens alternatifs plus économiques et moins anticoncurrentiels. Une attention particulière est aussi accordée aux liens entre les gains en efficacité et l'augmentation des exportations ou la substitution aux importations de produits étrangers. Il est cependant spécifié que l'analyse de ces liens ne vise pas à étendre la catégorie des gains en efficience mais à inclure l'augmentation de production qui résulte du remplacement des importations ou de l'accroissement des exportations dans la production totale de l'entreprise fusionnée. Toutefois, le sens de ceci reste un

vraisemblablement pratiqués en l'absence de fusionnement, ce qui permet de concevoir que l'entité agit comme monopoleur hypothétique.

mystère. Selon Dimic (1993), le législateur aurait confondu les effets de balance commerciale avec les gains d'efficience, ce qui serait en accord avec l'objectif d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux. Mais si tel est le cas, cet aspect de la défense d'efficacité introduit des exigences de rendement qui sont en pratique incompatibles avec les engagements commerciaux internationaux du Canada.

En cas de conflit entre les objectifs d'efficience et de protection de la concurrence, l'article 96 spécifie que les objectifs d'efficience prévalent. L'approche est fondée sur le “bien-être total”, ce qui signifie que l'on considère exclusivement la perte sèche pour l'économie canadienne. Les effets de redistribution entre les acheteurs et les vendeurs n'entrent pas dans l'analyse qui met plutôt l'accent sur la somme des surplus des consommateurs et des producteurs. Néanmoins, la condition de neutralisation doit être remplie; les gains en efficacité doivent être supérieurs ou égaux aux effets anticoncurrentiels. Fait remarquable, le Canada est le seul pays à prévoir explicitement la défense d'efficacité et à adopter une approche qui fait abstraction des intérêts des consommateurs dans l'analyse des fusionnements. Ce fut un élément contesté par le Tribunal dans l'affaire Hillsdown, mais l'approche canadienne continuera probablement de mettre l'accent sur l'efficacité économique compte tenu de l'intensification de la concurrence internationale.

The need for an emphasis on efficiency is all the more important in a small economy, such as Canada. Concentration levels are high in many Canadian industries, yet firms may not be operating at minimum efficient scale. As a result, efficiency gains are realizable, in certain industries, through greater specialization and potential economies in production, distribution and marketing. The need to rationalize is all the more significant as the Canadian economy has become increasingly exposed to international competition. (Sanderson, 1995)

E. Les alliances stratégiques et la propriété intellectuelle

Étant donné leur multiplication depuis le début des années 90, le Bureau s'est penché sur l'application de la loi aux alliances stratégiques. En raison des formes de coopération très diversifiées que recouvre le concept d'alliances stratégiques, il est difficile d'en donner une définition précise. Dans une publication sur l'application de la loi aux alliances stratégiques, ces alliances sont perçues comme une réponse des entreprises aux nouvelles pressions concurrentielles (Canada, 1995b). Sont énumérées certaines caractéristiques courantes de ces alliances: 1) la préservation de l'autonomie des parties; 2) une durée déterminée (bien que longue); et, 3) une coopération de portée plus limitée que dans le cas d'une acquisition; et, 4) un échange entre les parties, notamment au niveau de la commercialisation ou de la R&D. Elles sont parfois conclues avec des partenaires étrangers pour faciliter le transfert de la technologie, contourner des entraves non tarifaires ou faciliter la connaissance et l'accès à de nouveaux marchés.

Si aucune disposition spécifique n'existe relativement aux alliances stratégiques, le document *Les alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence* (Canada, 1995b) confirme que la loi s'applique à ce type de collaboration interentreprises et que les alliances stratégiques entre des entreprises qui détiennent un pouvoir de marché sont plus susceptibles de contrevenir à la loi. Il est cependant possible qu'en l'absence de pouvoir de marché considérable, les comportements adoptés justifient l'application de certaines dispositions. Les dispositions qui peuvent être appliquées sont les sections sur le complot et certaines dispositions du code civil sur les accords de spécialisation, les fusionnements et l'abus de position dominante. Les alliances qui impliquent l'acquisition éventuelle du contrôle d'une des parties seront examinées en vertu des dispositions relatives aux fusionnements à moins qu'il y ait raison de croire

qu'il s'agisse plutôt d'un arrangement assimilable à un complot. Et là encore, et en général, les alliances verticales sont considérées plus acceptables que les alliances de type horizontal.

Il ressort de ces lignes directrices que l'approche canadienne est d'autant plus favorable aux alliances stratégiques qu'elle suppose que la plupart d'entre elles ne posent pas vraiment de problèmes de concurrence. Le Bureau estime d'ailleurs que ce sont les exigences des normes mondiales de la concurrence qui les motivent; dans un contexte de libéralisation des échanges internationaux et de globalisation économique, les alliances permettent aux entreprises canadiennes d'améliorer leur compétitivité, leur capacité d'innover et leur efficacité sans entraîner d'effets négatifs sur la concurrence.

F. Propriété intellectuelle

Le Bureau a récemment élaboré des lignes directrices sur l'application de la loi relativement à la propriété intellectuelle (Smith, 1998a; Anderson et Gallini, dir., 1998). La plupart des lois étrangères ont fait de même; le Japon en 1989, les États-Unis en 1995 et l'Union européenne en 1996. En 1996, aux États-Unis, la FTC a amorcé des études sur l'interface entre la politique de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle sur le marché mondial de la technologie de pointe qui a notamment débouché, en 1998, sur le *Digital Millennium Copyright Act*. Aussi, la propriété intellectuelle est une question importante abordée dans l'Accord de l'OMC et dans le chapitre 17 de l'ALÉNA. Le Bureau se devait donc d'aborder l'interface entre la concurrence et la propriété intellectuelle, d'autant que plusieurs poursuites portent directement ou indirectement sur les droits de propriété intellectuelle,

notamment les cas Microsoft et Ciga-Ceigy/Sandoz aux États-Unis et les affaires Nutrasweet, Nielsen, Interact, Télé-Direct et Warner au Canada.

Traditionnellement, le droit sur la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence ne sont pas compatibles. En fait, le droit sur la propriété intellectuelle accorde un monopole temporaire aux entreprises innovatrices, ce qui contredit les principes de base du droit de la concurrence. Toutefois, cette tension entre les deux types de loi s'estompe puisque les politiques de la concurrence s'orientent de plus en plus vers l'objectif d'innovation. Dans les années 80, plusieurs gouvernements ont introduit des exemptions en ce qui a trait aux accords de R&D⁶⁷. Désormais, le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle sont de plus en plus perçus comme deux instruments politiques pour encourager l'innovation et sa diffusion.

Bien sûr, il n'est pas certain que la concurrence par l'innovation soit un substitut à la concurrence par les prix et qu'elle ne favorise pas la monopolisation des marchés et le ralentissement du développement technologique. Les États-Unis et le Canada favorisent cependant le remplacement de l'approche traditionnelle par une approche au cas-par-cas pour garantir une concurrence saine et autoriser les arrangements commerciaux dont l'objet est de favoriser l'innovation. Les lignes directrices sont donc fondées sur la complémentarité des objectifs d'efficacité et d'innovation des deux types de droits. Trois principes se dégagent des lignes directrices: 1) le Bureau applique les principes généraux du droit de la concurrence, tous les droits de propriété seront sur un pied d'égalité et ils seront assujettis aux mêmes lois; 2) un droit de propriété intellectuelle ne confère pas nécessairement une puissance commerciale; et,

⁶⁷ Suite à l'adoption du National Cooperative Research Act aux États-Unis, plus de 700 accords ont bénéficié de l'exemption à l'application de la politique de la concurrence (Etats-Unis, 1999).

3) la concession d'une licence en matière de propriété intellectuelle favorise la concurrence (Smith, 1998a). Ces principes sont semblables à ceux qui se dégagent des lignes directrices américaines de 1995.

Nous verrons plus loin les cas d'application qui ont abordé les liens entre la concurrence, l'innovation et les droits de propriété intellectuelle. Pour l'instant, soulignons que les gouvernements modifient les politiques de la concurrence pour éviter qu'elles n'interfèrent avec l'innovation. Les nouvelles approches impliquent une analyse approfondie des effets de l'innovation sur les marchés et des effets des marchés sur l'innovation, ce qui constitue un défi de taille pour le droit de la concurrence. En général, il est supposé que: 1) la concurrence par l'innovation favorise le développement des meilleures technologies, ce qui peut être falsifié par les exemples de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation et des formats de vidéocassettes VHS qui démontrent comment, en raison de la concurrence imparfaite, le marché peut favoriser la domination de technologies inférieures; et, 2) l'utilisation de brevets n'est pas incompatible, exception faite de certains cas, avec la concurrence.

G. Le rôle pro-actif de la politique de la concurrence

Sur le plan coercitif, la loi permet une grande souplesse d'interprétation et d'application en faisant intervenir la défense d'efficacité, l'innovation et la concurrence étrangère. Le rôle de la politique de la concurrence est cependant beaucoup plus large dans la mesure où l'application de la loi n'est pas le seul moyen de promouvoir la concurrence (Anderson et Khosla, 1995). À cet égard, on constate que le rôle pro-actif de la politique de la concurrence, qui consiste à promouvoir l'existence d'un environnement concurrentiel propice à l'innovation fondé sur les

forces du marché, est de plus en plus important. Une grande partie du rôle proactif de la politique de la concurrence découle des dispositions de la loi (articles 125 et 126) qui donnent au DER le droit d'intervenir devant les organismes de réglementation, les tribunaux administratifs et d'autres organismes fédéraux. Le DER a d'ailleurs multiplié les interventions devant les organismes de réglementation fédéraux et provinciaux, il a contribué à l'élaboration des politiques économiques qui ont un impact sur la concurrence et sa participation dans les rencontres internationales pour défendre les intérêts du Canada en matière de concurrence s'est accrue. La politique de la concurrence s'inscrit donc dans le cadre plus large des nouvelles orientations de la politique économique canadienne qui sont de faire valoir une discipline concurrentielle fondée sur la libre concurrence et le libre-échange, le rôle du secteur privé dans l'amélioration de l'efficacité et la croissance des activités internationales des entreprises⁶⁸.

La politique de la concurrence n'opère pas en vase clos; les incidences de la politique de concurrence sur l'économie et sur les entreprises canadiennes sont prises en

⁶⁸ Le Bureau a entrepris des travaux de recherches qui ont d'ailleurs fait appel à la collaboration d'autres organismes gouvernementaux et de centres de recherche. On peut mentionner les initiatives suivantes:

- Organisation et participation à des conférences: Par exemple, en mai 1994, la Conférence sur les institutions nationales responsables de la politique de la concurrence dans un marché mondial.
- Participation à des projets de recherche: notamment celui sur la politique de la concurrence dans une économie mondiale coordonné par l'Université de Toronto. Les résultats de ces travaux ont fait l'objet d'une conférence sur la politique en matière de commerce en 1993.
- Études internes. Une étude a porté sur les liens entre la politique commerciale et la politique de la concurrence, voir Ireland (1992). Une étude sur les alliances stratégiques, à laquelle l'Université de Toronto a participé, a donné lieu à la publication en 1995 de lignes directrices sur les alliances stratégiques.
- Participation aux travaux du Secrétariat de la prospérité et du groupe directeur de la prospérité du secteur privé: mentionnons le rapport *Innover pour l'avenir: un plan d'action pour la prospérité au Canada* (1992) qui faisait suite à l'étude de Porter (1991) qui mettait l'accent sur l'importance de favoriser la rivalité entre les entreprises.
- Collaboration avec Investissement Canada et le Ministère des Affaires Extérieures et du Commerce International sur différents aspects des politiques sur la concurrence et sur l'ajustement structurel des entreprises.

considération, tout comme l'interface entre la politique de la concurrence et les autres aspects de la politique économique canadienne. Le Bureau

(...) porte de plus en plus d'intérêt au rôle de la politique de concurrence et à ses incidences sur la restructuration et la mondialisation des industries canadiennes. Au cours de l'exercice 1993-1994, la Direction a terminé une importante analyse comparative sur le rôle de la politique de concurrence et sur son lien avec d'autres politiques économiques dont l'objet est de promouvoir l'établissement de structures industrielles efficientes. (Canada, 1998a (1994), p. 44)

Le rôle pro-actif de la politique de la concurrence a été particulièrement important dans le processus de libéralisation commerciale et de déréglementation de l'économie canadienne. Nous avons déjà mentionné le mémoire présenté par le Bureau devant la Commission Macdonald. En ce qui concerne l'ALÉ, le Bureau a fourni les informations de base pour définir la position du Canada lors des négociations⁶⁹. Le Bureau a, par ailleurs, participé directement aux négociations portant sur l'ALÉNA. Ces accords de libre-échange prévoient aussi la participation du Bureau dans les travaux du Groupe de travail sur la concurrence. Le Bureau fait aussi des recommandations au Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE)⁷⁰.

En ce qui concerne la déréglementation, la politique de la concurrence a accordé une importance croissante à la promotion de la concurrence dans les secteurs

⁶⁹ À ce sujet, il faut mentionner l'importance du document de Ronayne, Anderson, et Khosla (1987). Notons que le Bureau a aussi informé les négociateurs canadiens lors du cycle de l'Uruguay.

⁷⁰ En 1998, le Bureau a présenté un mémoire contestant la décision du TCCE d'imposer des droits de 148% sur l'importation de nourritures pour bébés des États-Unis par Gerber suite à une plainte de dumping. En 1996, le DER a obtenu une nouvelle enquête du TTCE qui a consenti de prendre en considération les questions de concurrence dans le cas du sucre (relativement à une allégation de dumping des entreprises américaines et de subventions des produits provenant de l'UE sur le marché du sucre, Redpath, Lantic et B.C. Sugar avaient fait parvenir une plainte au TCCE qui, en 1995, avait reconnu un préjudice important en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*).

réglementés⁷¹. Les actions du Bureau ont touché la plupart des secteurs réglementés; le secteur du transport, de l'énergie, des services financiers et des télécommunications; ce dernier secteur est celui où les travaux et les actions du Bureau ont été les plus importants⁷². Le Bureau considère que le rôle de la politique de la concurrence est d'aider à l'évolution de ces industries réglementées vers la “voie dynamique de la discipline de marché”, et d'assurer qu’elles continuent à évoluer dans “des domaines concurrentiels, efficaces et innovateurs à l’avenir” (Canada, 1998a (1995), p. 11). Premièrement, son action consiste à participer aux processus de révision des politiques et d'intervenir devant les organismes de réglementation pour faire valoir les bénéfices de la concurrence. Comme nous allons le voir dans la section sur les télécommunications, le Bureau a aussi participé à l’élaboration de la *Loi sur les télécommunications*, au développement de la politique relative à l’autoroute de l’information et de la politique de convergence.

En deuxième lieu, l’approche consiste à contribuer au processus de transition en évaluant les exigences structurelles favorables à la concurrence et à déterminer les modalités d’introduction de la concurrence. Dans cette étape, les disciplines de la réglementation et du droit de la concurrence se chevauchent. Par exemple, dans le secteur des télécommunications, la *Loi sur les télécommunications* est appliquée par le CRTC et la *Loi sur la concurrence* est sous la responsabilité du Bureau de la concurrence et des tribunaux. Dans la mesure où les objectifs du CRTC est désormais

⁷¹ Les rapports annuels du Bureau confirment l’importance de la politique de la concurrence dans le processus de modification des cadres réglementaires. Le Rapport annuel 1994-95 titre l’une de ses sections “Industries en mutation: une priorité importante”; celui de 1995-96 parle d’“Industries en transition. Toujours la priorité du Bureau”; et, le rapport de 1996-97 de réitérer: “Les secteurs en voie de déréglementation, une priorité constante”.

⁷² Il est maintenant question de déréglementer l’hydroélectricité, notamment en Colombie-Britannique et en Ontario, où des études et des procédures de consultation ont récemment été entreprises.

de favoriser la transition vers la concurrence, les actions des deux organismes visent à être complémentaires. À cet égard, le Bureau fait des recommandations afin de réaliser la transition vers le marché concurrentiel.

Lorsque la réglementation cède la place à la concurrence, le Bureau doit établir l'approche qu'il adoptera pour faire appliquer le droit de la concurrence dans ces secteurs et garantir que les bénéfices de la déréglementation ne soient pas éliminés par les comportements anticoncurrentiels, notamment par ceux des anciens monopoles. Le Bureau a précisé que la diminution du rôle des organismes de réglementation ne signifie pas une réglementation par le droit de la concurrence puisque la déréglementation doit céder la place au marché pour la détermination des prix, des produits et des bénéfices des entreprises.

Selon l'expérience du Bureau dans les secteurs réglementés, une série de principes sont à considérer: 1) la réglementation directe ne devrait être envisagée que lorsque les forces du marché ne permettent pas la réalisation de l'objectif poursuivi; 2) dans le cas où il faut réglementer, la forme de réglementation qui fausse le moins la concurrence et nuit le moins à l'efficience dans les marchés devrait être retenue; 3) les circonstances d'abstention de réglementation devraient être définies de façon précise; 4) il faut évaluer les effets des modifications du cadre réglementaire sur la concurrence; et, 5) au cours de la période de transition, le droit de la concurrence doit être en place pour réprimer les atteintes à la concurrence.

Dans la troisième partie de cette étude, nous reviendrons plus spécifiquement sur le rôle de la politique de la concurrence dans le cadre de la déréglementation du secteur des télécommunications. Pour l'instant, nous voulions souligner le fait qu'à l'assouplissement du rôle coercitif de la politique de la concurrence se juxtapose le renforcement de son rôle pro-actif. L'hypothèse sous-jacente étant celle d'une

discipline concurrentielle inhérente au fonctionnement des marchés. Le resserrement des rapports entre les divers aspects de la politique économique et la politique de la concurrence est un fait marquant des années 90 puisque la politique de la concurrence est perçue comme un élément clé d'une politique industrielle efficace axée principalement sur l'élimination des entraves au fonctionnement du marché. Le rôle "pro-actif" de la politique de la concurrence met l'emphase sur l'impact des autres lois et règlements canadiens sur la concurrence afin de favoriser l'ajustement structurel et la compétitivité internationale des entreprises canadiennes dans un contexte de globalisation économique. Brièvement, et avant de conclure ce chapitre, disons quelques notes des projets de réforme qui ont abouti aux modifications de mars 1999.

H. Projet de loi C-20

Un projet de loi a modifié certains aspects de la politique de la concurrence, il s'agit du projet de loi C-20⁷³. Le processus de modification de la loi a été amorcé en juin 1995. Suite à la publication d'un document de travail par le DER, qui était alors G.N. Addy, les consultations furent entreprises sur un vaste éventail de propositions concernant les transactions devant faire l'objet d'un avis, la confidentialité et l'entraide juridique, la publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales, les indications sur le prix de vente habituel, la discrimination par les prix et les remises promotionnelles, l'accès au Tribunal, les ordonnances d'interdiction et le télémarketing trompeur. Le document de travail fut présenté à des associations, des entreprises, des membres de la communauté juridique et du milieu universitaire ainsi qu'aux

⁷³ Ce projet remplace le projet C-67 qui avait été abandonné en raison du déclenchement des dernières élections.

organismes chargés de l'application de la loi. Plus de 80 mémoires furent présentés.

En septembre 1995, le DER a annoncé la création d'un comité consultatif pour examiner les réponses au document de travail. Il faut souligner dès maintenant que les modifications cherchent à adapter la loi aux nouvelles réalités concurrentielles, et non à en modifier les principes de base.

Plusieurs recommandations du comité consultatif furent intégrées au projet de loi mais les propositions sur la confidentialité, l'entraide juridique et l'accès au Tribunal n'ont été pas retenues. C'est en novembre 1997 que John Manley, ministre de l'Industrie, a présenté le projet C-20 à la Chambre des communes. Le texte de la loi prévoit:

- De nouvelles dispositions en matière de télémarketing⁷⁴.
- La création d'un régime civil-pénal pour lutter contre la publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales qui distingue les cas les plus graves des cas moins graves qui seraient soumis à un nouveau régime civil. À l'égard des affaires civiles, les pouvoirs du *Tribunal* seraient accrus.
- Modification et clarification du droit relatif aux indications sur le prix de vente habituel des produits.
- Autorisation, dans les cas les plus graves, d'intercepter des communications privées sans le consentement des entreprises pour les affaires de complot, de truquage des offres ou de télémarketing trompeur.
- Modification et clarification du processus de préavis des fusionnements⁷⁵. Le DER se concentre sur les cas de fusionnements qui suscitent de sérieuses craintes. À cet égard, le processus d'examen est renforcé.
- Élargissement des pouvoirs des tribunaux et du Tribunal.

⁷⁴ Il faut souligner la création du *Groupe de travail canado-américain sur les pratiques commerciales transfrontalières trompeuses* lors du dépôt du projet de loi C-20 en 1997. Le Bureau collabore avec la FTC dans des affaires de publicité trompeuse sur internet. Une première poursuite a débouché sur la condamnation d'une société qui utilisait l'internet pour fins de promotion, il s'agit de l'affaire *Integrity*.

⁷⁵ Le fardeau réglementaire des entreprises sera réduit par l'assouplissement des conditions d'obtention d'ordonnances provisoires et par le remplacement de la peine d'emprisonnement par une amende n'excédant pas 50 000 dollars canadiens dans le cas de l'omission de préavis.

- Définition des paramètres de la responsabilité du DER quant à l'administration et à l'application de certaines lois en matière d'étiquetage.

Ces modifications accentuent le virage pro-actif de la politique de la concurrence en réduisant le fardeau réglementaire des entreprises dans les cas les moins graves et en comptant sur un programme de conformité fondé, entre autres, sur la publication de lignes directrices, la délivrance d'avis consultatifs et l'éducation du public. Le renforcement de la politique de la concurrence repose paradoxalement sur une approche d'allégement du cadre réglementaire. Par exemple, en ce qui concerne les fusionnements, le DER confirme la double tendance de “renforcement-allégement”.

Même si les propositions renforcent le processus d'examen des fusionnements, elles réduisent d'environ 15 pour-cent le nombre de transactions dans lesquelles nous serons impliqués. Nous sommes également convaincus que le projet de loi C-20 réduira la paperasserie des gens d'affaires concernant des cas routiniers. (Finckenstein, 1998e)

Plus de dix ans après l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, le projet de loi C-20 a apporté les premiers amendements à la loi; ils ont été adoptés en mars 1999. Il est maintenant question d'aborder les modifications législatives dans le cadre d'un processus permanent qui adapterait plus rapidement le cadre de la loi aux changements des réalités commerciales. En 1998, le Bureau a d'ailleurs créé l'*Unité permanente des modifications* qui fut responsable de suivre l'évolution du projet C-20 et qui doit travailler de façon permanente sur les révisions futures en vue d'éviter l'élaboration d'énormes projets de loi qui couvrent une trop grande diversité de problèmes. Ce processus devrait apporter des modifications à tous les trois ou quatre ans.

L'une des priorités des modifications futures sera d'aborder la question de la confidentialité et de l'entraide juridique sur le plan international (Finckenstein, 1998c).

En 1996, la Cour suprême a confirmé qu'une demande faite à un organisme étranger n'exigeait pas l'autorisation judiciaire canadienne, ce qui suggère que des modifications à la loi pourraient être faites pour permettre la conclusion de traités d'entraide avec d'autres pays comme ceux qui découlent de la loi sur l'entraide en matière de concurrence adoptée par les États-Unis en 1994. Plusieurs questions doivent d'abord être débattues dont la possibilité que l'échange d'informations puisse entraîner des poursuites privées en dommages et intérêts, particulièrement en ce qui concerne les États-Unis, et causer préjudice aux intérêts canadiens si les renseignements étaient utilisés par d'autres organismes étrangers. Il existe aussi un débat sur l'impact de ce type de coopération sur la possibilité d'appliquer les mesures de protection contre l'application extraterritoriale des lois étrangères.

Un certain consensus existe à l'effet que la coopération et l'échange de renseignements sont généralement considérés conformes à l'intérêt public si les renseignements sont couverts par les dispositions de la loi sur la confidentialité des renseignements. On s'entend aussi sur l'éventualité d'inclure les affaires civiles dans les accords d'échange de renseignements en adoptant l'approche utilisée dans le cas des affaires criminelles. Certaines conditions ont été définies pour garantir que l'échange de renseignements est conforme à l'intérêt public, les accords devraient: 1) n'être signés qu'avec les pays qui ont une politique de la concurrence similaire à celle du Canada; 2) être fondés sur la réciprocité; 3) assurer que les pays étrangers respectent les conditions spécifiées pour l'utilisation des renseignements.

I. Conclusion sur l'approche canadienne

La politique de la concurrence s'inscrit dans le cadre de la nouvelle politique économique du Canada. Celle-ci met l'accent sur la création d'un environnement propice au secteur privé et au développement des activités internationales des entreprises canadiennes. Globalement, l'approche canadienne suppose qu'il existe peu de raisons d'intervenir en autant que les barrières institutionnelles et réglementaires soient éliminées. De la politique de la concurrence, on attend donc qu'elle joue un rôle pro-actif qui aille dans le sens des réformes réglementaires et des politiques de libéralisation des échanges, et, ce faisant, en renforce les effets. Ce rôle pro-actif réduit, en quelque sorte, le rôle coercitif de la politique de la concurrence; plutôt que de faire intervenir la politique de la concurrence, le Bureau tente de favoriser la concurrence sur le marché canadien par le biais d'autres politiques qui peuvent accroître la contestabilité du marché.

Un changement est intervenu dans les objectifs de la politique de la concurrence, les objectifs externes venant désormais avant les objectifs internes. Ainsi, les critères d'efficacité, incluant l'innovation, et de compétitivité internationale se combinent-ils pour accroître la marge de manœuvre des entreprises, ce qui a pour effet de rendre tout à fait secondaires dans l'examen des cas les deux autres critères que sont la dispersion du pouvoir économique et la défense des intérêts des consommateurs. Cette nouvelle approche part d'un double présupposé; la concurrence internationale limite les effets anticoncurrentiels des pratiques restrictives des entreprises et les gains en efficacité et en compétitivité justifient la réduction de la rivalité entre les entreprises. De ceci, on peut tirer trois conséquences. Tout d'abord, la concurrence étrangère se substitue au rôle qu'il incombait jusqu'ici à l'État de jouer à travers la politique de la concurrence dans la régulation de la concurrence et la défense des

intérêts des consommateurs. Ensuite, comme les entreprises peuvent se prévaloir des critères d'efficacité et de compétitivité en cas de fusionnements ou d'alliances, leur acceptation devient tacite (du moins en autant que les procédures administratives sont suivies) et l'examen des positions dominantes devient à toute fins pratiques impossible à mener. Enfin, la politique de la concurrence joue dans le développement économique du pays un rôle qui, traditionnellement, était assigné aux politiques industrielles et commerciales. Ce rôle est d'autant plus ambigu que, d'un côté, de la politique de la concurrence on attend qu'elle joue un rôle proactif dans l'adaptation de l'économie canadienne aux évolutions de l'économie mondiale, et d'un autre côté, sa grande tolérance envers la concentration économique a pour effet de faire de celle-ci un instrument stratégique pour la conquête des marchés extérieurs.

À la fin des années 70, la Commission Bryce a évoqué l'importance des particularités du marché canadien pour défendre une attitude souple et favorable à la concentration économique. Dans les années 80, alors que la politique de la concurrence allait être modifiée substantiellement, le processus qui a mené au libre-échange nord-américain a contribué à mettre de l'avant l'idée que la concurrence internationale peut justifier la suspension de l'application de la politique de la concurrence au profit d'une discipline concurrentielle émanant des forces du marché et de l'ouverture du marché canadien. Désormais, l'idée que la concentration économique peut permettre une plus grande efficacité et une plus grande participation des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux est dorénavant inscrite dans la législation sur la concurrence.

La loi est très souple. Elle tolère les accords interentreprises qui n'ont pas d'effets anticoncurrentiels excessifs sur la concurrence et les accords verticaux, de R&D et les accords de spécialisation peuvent bénéficier de moyens de défense importants. L'un des moyens d'exemption les plus controversés au niveau international est celui qui

autorise les cartels à l'exportation; à cet égard, le Canada a assoupli les critères d'exemptions et il permet l'exemption de cartels qui ont des effets sur le marché canadien. L'approche canadienne relativement aux abus de position dominante ne favorise pas une intervention structurelle; elle s'attaque plutôt aux comportements abusifs des entreprises dominantes lorsqu'ils réduisent excessivement la concurrence et elle considère la possibilité que les effets restrictifs puissent résulter d'une performance économique supérieure de l'entreprise dominante. Les critères d'évaluation du pouvoir de marché ne sont donc pas limités aux parts de marché des entreprises, la législation privilégie une analyse cas-par-cas qui évalue la contestabilité des marchés.

En matière de fusionnements, le renforcement ou la création d'une position dominante n'est pas une condition suffisante pour justifier la contestation des transactions ou le démantèlement d'une entité fusionnée; plusieurs critères interviennent dans le processus d'évaluation, notamment la prise en compte de la concurrence étrangère et, lorsque la transaction implique des effets anticoncurrentiels importants, l'examen doit évaluer les gains en efficacité. La politique de la concurrence adopte l'approche du bien-être total. Cette approche dresse un bilan économique des effets des pratiques commerciales sur l'ensemble de l'économie et met l'emphase sur les objectifs d'efficacité. Ainsi, les effets sur la distribution des surplus ne constituent pas un motif suffisant pour justifier une intervention de la politique de la concurrence; bien que la méthode d'évaluation de la perte sèche pour l'économie canadienne ne soit pas précisée, l'approche canadienne requiert l'évaluation de la diminution de la somme des surplus des producteurs et des consommateurs⁷⁶. Dans cette perspective, l'approche canadienne n'est sensible aux intérêts des consommateurs que dans les cas où les

effets anticoncurrentiels sont plus importants que l'augmentation du surplus des producteurs.

La politique de la concurrence du Canada se démarque des lois étrangères en se souciant de plus en plus des intérêts des producteurs et en insistant sur les gains en terme d'efficacité économique et de compétitivité internationale. Dans le prochain chapitre, nous verrons que la jurisprudence confirme, par la souplesse d'interprétation des autorités, le préjugé favorable à l'entreprise inscrit dans le cadre réglementaire de la concurrence du Canada.

⁷⁶ Il demeure, sinon de façon approximative, très difficile de mesurer ces surplus.

CHAPITRE 4 L'APPLICATION DE LA LOI⁷⁷

Ce chapitre montrera que le préjugé favorable à l'entreprise et aux forces du marché est renforcé par la souplesse d'interprétation et d'application de la loi. Il ne pourrait en être autrement; la loi met l'accent sur l'efficacité, l'innovation et la compétitivité, mais, aussi, il est difficile de faire preuve d'une plus grande rigueur lorsque la concurrence potentielle doit principalement venir de l'extérieur et agir, en quelque sorte, comme une main invisible qui rend contestables les conditions internes de la concurrence. Il ne pourrait en être autrement, aussi, parce qu'il n'y a aucune raison de faire intervenir la politique de la concurrence, à moins que les gouvernements étrangers se plaignent, lorsqu'il s'agit de pratiques qui permettent d'accroître les activités internationales des entreprises canadiennes et qui n'ont pas d'effets sur le marché canadien. En réalité, la notion de position dominante ne concerne plus les autorités canadiennes que dans les cas où ce sont les pratiques des FMN étrangères qui affectent le marché canadien - voire les concurrents canadiens de ces entreprises.

L'application de la loi est traversée par une tension qui découle de la globalisation économique; la loi nationale doit appréhender une dynamique concurrentielle qui traverse les frontières de l'économie nationale. Bien que la coopération avec les autorités étrangères favorise l'application de la loi dans certains cas, cette tension alimente la tolérance des autorités canadiennes responsables de la concurrence face aux

⁷⁷ Nous avons sélectionné les cas les plus importants. L'un des choix que nous avons fait est de concentrer notre survol de la jurisprudence sur les affaires de complot, d'abus de position dominante et de fusionnement.

pratiques des entreprises canadiennes, d'autant qu'elles ne peuvent facilement procéder à l'application extraterritoriale de la loi.

Dans ce chapitre, les aspects de la jurisprudence que nous ferons ressortir sont que: 1) le nombre de poursuites est limité; 2) le critère de “réduction excessive” de la concurrence est l'un des éléments majeurs qui permet la justification des pratiques restrictives au Canada; et, 3) le rôle de l'efficacité et de la concurrence étrangère est considérable dans l'examen des fusionnements. Nous constaterons aussi que l'application de la loi fait toujours face à des problèmes de légitimité.

A. Complots

L'article 45 de la législation n'a pas été appliqué sans rencontrer d'importants problèmes. Relativement à l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, la Cour suprême a dû déterminer si cet article était inconstitutionnel en raison de l'imprécision du terme “indûment” et de la nécessité de prouver l'intention subjective de l'accusé de réduire la concurrence. Cette affaire a rendu l'application de l'article 45 extrêmement difficile entre septembre 1990 et juillet 1992, mais la Cour suprême du Canada a finalement confirmé la validité constitutionnelle des dispositions relatives aux complots⁷⁸. Dès 1992, certaines poursuites ont débouché sur des condamnations⁷⁹.

⁷⁸ Dans cette affaire, la Cour suprême de Nouvelle-Écosse avait statué que l'article 45 était inconstitutionnel. La Cour suprême du Canada a jugé que l'article 45 ne violait pas la *Charte canadienne des droits et libertés*; elle a établi que l'exercice d'un pouvoir de marché doit être accompagné d'un comportement susceptible de réduire la concurrence; elle a clarifié la signification du

Dans les affaires plus récentes, les cas suivants peuvent être mentionnés: en 1995, dans une affaire de complot sur le marché de contraceptifs et de narcotiques en 1988, une amende de 2 millions de dollars canadiens fut imposée à l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires (AQPP)⁸⁰; en 1996, une amende similaire fut imposée à Rebut DMP; une amende de 6 millions de dollars canadiens a fait suite à la condamnation de quatre entreprises de la région de Montréal reconnues coupables d'avoir partagé le marché du ciment⁸¹; et, en 1999, huit entreprises de déneigement de la région de Montréal ont été reconnues coupables de complot.

À partir de 1995, l'application de la loi en matière de complot a véritablement pris une dimension internationale. Selon le DER (Finckenstein, 1998c), les enquêtes du Bureau sur des cartels impliquant des intérêts étrangers ont triplé depuis 1994. Il est intéressant de noter d'ailleurs que les autorités canadiennes ont bénéficié de la coopération des autorités américaines dans trois affaires importantes ayant impliqué des entreprises étrangères. Déjà, en 1993, une poursuite avait abouti à la première condamnation d'un complot dirigé de l'étranger qui avait pour but le partage du marché des insecticides biologiques utilisés pour la protection des forêts. Cette

mot "indûment"; et elle a établi que l'intention coupable pouvait reposer sur la démonstration qu'une personne raisonnable aurait dû savoir que la pratique entraînerait des effets néfastes sur la concurrence.

⁷⁹ Une amende de 1,6 millions de dollars canadiens fut imposée à quatre entreprises pour avoir fixé le prix du fil de ficelage dans l'Ouest canadien entre 1988 et 1989. Il s'agit de Davis Wire Industries, Gerrard Ovalstrapping, Titan Steel & Wire et Tree Island Industries. Toujours en 1992, suite à des poursuites dans une affaire de partage du marché de fourniture du gaz comprimé, des amendes totalisant plus de 6 millions de dollars canadiens ont impliqué les entreprises Air Liquide Canada, Liquid Carbonic Air, Air Products Canada, et Canox-Union Carbide-Linde Division.

⁸⁰ Cette affaire impliquait aussi des pratiques de complot relativement aux honoraires des pharmaciens. Les entreprises impliquées dans ce complot étaient: Le Groupe Jean Coutu, McMahon Essaim, Les Magasins Koffler de l'Est (Pharmaprix), Famili-Prix, Cumberland et Uniprix.

⁸¹ Il s'agit de Ciment Québec, Ciment St-Laurent, Lafarge Canada et Béton Orléans.

infraction avait eu lieu entre 1982 et 1988 et elle impliquait Bayer A. G. (Allemagne), maison mère de Chemagro, Sumimoto Chemical (Japon) et Sumimoto Canada⁸².

Dans les trois autres affaires, qui ont d'ailleurs abouti à des condamnations, la Couronne a grandement bénéficié de la coopération du ministère de la Justice des États-Unis, conformément à l'accord bilatéral de 1995 sur l'application des lois sur la concurrence des deux pays. Le premier cas visait un complot sur le marché des tuyaux en fonte entre janvier et septembre 1990, et, en septembre 1995, la Canada Pipe Company fut condamnée à payer une amende de 2,5 millions de dollars canadiens, ce qui représentait la plus importante amende imposée relativement à un seul chef d'accusation. L'entreprise avait conclu un accord avec une entreprise américaine, la U.S. Pipe, relativement au retrait de cette dernière du marché canadien⁸³. Cette affaire a établi, pour la première fois, que l'entente n'avait pas à être mise en exécution pour constituer une infraction à l'article 45. Le deuxième cas est une affaire de fixation des prix sur le marché du papier thermosensible pour télécopieur durant l'année 1991 qui mettait en cause des sociétés canadiennes, américaines et japonaises⁸⁴.

⁸² L'enquête a bénéficié d'éléments de preuve fournis par Abbott Laboratories en échange d'une immunité contre une poursuite à son égard et suite au remboursement de 2,1 millions de dollars canadiens aux autorités forestières de l'Ontario et du Québec. Chemagro a été condamnée à une amende de 1,25 million de dollars canadiens pour avoir mis à exécution le complot au Canada et à 750 000 dollars canadiens pour un complot interne. Sumimoto Canada fut condamnée à une amende semblable.

⁸³ Au moment de l'infraction, la Canada Pipe était le seul fabricant de ce type de tuyau au Canada, et l'entreprise détenait 85% de ce marché. Son concurrent était la U.S. Pipe and Foundry Company, une entreprise opérant aux États-Unis qui distribuait ses produits par l'entremise de Louisbourg Construction située à St-Eustache. Le président de Canada Pipe, un citoyen américain, est aussi président de la U.S. Pipe. La tentative de la U.S. Pipe de rompre son contrat avec son distributeur (Louisbourg Construction) n'ayant pas réussi, le complot n'a pas été mis à exécution.

⁸⁴ Elles ont dû payer des amendes totalisant 3,45 millions de dollars canadiens. L'enquête a impliqué des entreprises japonaises, notamment la Mitsubishi Paper Mills.

La troisième affaire s'est terminée en juillet 1998 par la condamnation de plusieurs entreprises qui, entre 1992 et 1995, avaient participé à un complot international de fixation des prix et de partage du marché mondial de la lysine, un additif utilisé dans l'alimentation des porcs et de la volaille, et de l'acide citrique. Dans cette affaire, la plus importante amende pour une infraction à l'article 45 a été imposée en mai 1998 à Archer Daniels Midland qui a dû débourser 16 millions de dollars canadiens⁸⁵. Des entreprises japonaises et une entreprise coréenne furent aussi poursuivies⁸⁶. En octobre 1998, deux autres entreprises étrangères ont été reconnues coupables dans cette affaire de complot, et l'enquête se poursuivait⁸⁷. En rapport avec cette affaire, le DER affirmait qu'il existait "une coopération des organismes d'application de la loi en vue de limiter les activités des cartels internationaux (et que) les contrevenants ne peuvent pas s'attendre à échapper aux sanctions au Canada en poursuivant leurs agissements illégaux à l'extérieur du pays" (Finckenstein, 1998d).

Les poursuites d'ententes internationales se multiplient, notamment dans le cas d'un important cartel sur le marché des vitamines. Toutefois, il demeure que le succès de ces poursuites repose sur la coopération internationale, ce qui limite les interventions

⁸⁵ Pendant la période visée, il est estimé qu'Archer Daniels Midland a vendu pour 48 millions de dollars canadiens de lysine et 17 millions de dollars canadiens d'acide citrique sur le marché canadien (les ventes canadiennes pour ces produits sont, respectivement, de 89 millions de dollars canadiens et de 104 millions de dollars canadiens).

⁸⁶ Ajinomoto (Japon) a été condamnée à une amende de 3,5 millions de dollars canadiens, et Sewon America, une filiale de Sewon Company (Corée), a été condamnée à une amende de 70 000 dollars canadiens (cette faible amende s'explique par la coopération de l'entreprise à l'enquête). La société Kyowa Hakko Kogyo Company (Japon) a été frappée d'une ordonnance d'interdiction mais le procureur général lui a accordé l'immunité puisqu'elle avait été la première entreprise à coopérer à l'enquête du Bureau et à fournir des éléments de preuve.

⁸⁷ Il s'agit de la société suisse Jungbunzlauer A. G. et de Haarmann & Reimer Corporation, la filiale américaine de Bayer Corporation, qui doivent respectivement payer des amendes de 4,7 millions de dollars canadiens et de 2 millions de dollars canadiens. Au début de 1999, dans le cadre des enquêtes du Bureau sur le marché des additifs alimentaires, une autre entreprise japonaise, Fujisawa Pharmaceutical, fut reconnue coupable de complot sur le marché du gluconate de sodium.

aux cas les plus graves et qui font l'objet d'un consensus dans les deux pays. Les différences internationales persistent et elles sont susceptibles de limiter les efforts de coopération. La loi canadienne est moins sévère que les législations étrangères sur les ententes. Au Canada, l'illégalité d'une entente repose sur la preuve d'une réduction excessive de la concurrence. Même si la loi ne permet pas explicitement la défense d'efficacité en matière de complot, il est possible que les considérations économiques et stratégiques interviennent; le fait que seules les ententes qui réduisent excessivement la concurrence soient illégales, permet de distinguer les "bonnes" des "mauvaises" ententes. C'est d'ailleurs principalement ce qui explique que les mesures d'exceptions n'ont pas été déterminantes dans l'application de l'article 45.

B. Abus de position dominante

Les cas d'abus de position dominante examinés par le DER et soumis au Tribunal sont peu nombreux et ils ont impliqué des entreprises qui détenaient des parts de marché supérieures à 85%, et dont les comportements abusifs étaient reliés à des pratiques contractuelles abusives, sauf dans le cas Interac, où ils étaient reliés au contrôle des réseaux électroniques nécessaires à la fourniture de services par guichet automatique. L'approche du Bureau repose sur une analyse “cas-par-cas” du pouvoir de marché des entreprises qui est évalué en fonction de l'élasticité de la demande pour les produits en question. Ce sont les conditions de marché et les comportements des entreprises qui existent, ou qui ont existé, qui sont déterminantes, mais la concurrence potentielle est un facteur important qui influence autant la définition du marché et l'analyse des critères intégrés à l'examen⁸⁸. Voyons ce qu'il en a été de l'application de l'article 79 dans les rares cas qui ont fait l'objet de poursuites.

1. DER v. NutraSweet: première ordonnance prohibitive

En octobre 1990, le Tribunal a émis sa première ordonnance contre l'abus de position dominante de NutraSweet, un producteur américain d'asparthame qui détenait 95% du

⁸⁸ Soulignons que dans le cas de NutraSweet, le Tribunal a indiqué que le marché pertinent était défini par l'espace de marché où les prix tendent vers l'uniformité tandis que dans le cas Laidlaw, l'approche fut modifiée pour définir le marché pertinent en fonction de la possibilité que les concurrents limitent la capacité de l'entreprise en position dominante d'élever les prix au-dessus du prix concurrentiel. Pour une discussion de l'approche canadienne concernant la définition du marché pertinent dans les cas d'abus de position dominante, voir OCDE (1996e).

marché canadien en 1989 et qui adoptait des pratiques pour empêcher l'entrée de concurrent sur le marché et limiter la part de marché de son seul concurrent sur le marché canadien, Tosoh Canada⁸⁹.

NutraSweet considérait que la définition du marché pertinent devait inclure certains substituts à l'asparthame et couvrir l'ensemble du marché mondial. Elle arguait que ses principaux clients, Coca-Cola et Pepsi-Cola, pouvaient limiter son pouvoir de marché, mais cet argument fut rejeté. Le marché pertinent fut déterminé comme étant le marché de l'asparthame puisque, selon le Tribunal, aucun produit n'entrait en concurrence directe avec ce produit et qu'aux États-Unis, malgré la présence de produits de substitution, les concurrents n'avaient pas concrètement limité le pouvoir de marché de NutraSweet. Sur le plan géographique, le marché pertinent fut défini comme étant le marché canadien puisque les prix de l'asparthame de NutraSweet aux États-Unis et en Europe étaient plus élevés qu'au Canada, ce qui laissait à penser que le marché international était segmenté et que les conditions d'opération sur chacun des marchés nationaux étaient différentes⁹⁰.

La présence de barrières à l'entrée a permis au Tribunal de conclure au pouvoir de marché de NutraSweet. L'ordonnance prohibitive a requis la non-exécution de contrats d'approvisionnement exclusif qui exigeaient des clients canadiens d'acheter l'asparthame de NutraSweet et l'élimination de contrats de vente à rabais pour les

⁸⁹ En juin 1989, le Directeur avait déposé une demande auprès du Tribunal contre NutraSweet en vertu des articles 77 (exclusivité et vente liée) et 78 et 79 (abus de position dominante). Tosoh était à l'origine de la plainte.

⁹⁰ Notons que le brevet canadien pour la production d'asparthame avait expiré et que NutraSweet bénéficiait encore d'un brevet aux États-Unis qui lui permettait de fixer des prix 50% plus élevés qu'au Canada.

clients qui utilisaient le logo de NutraSweet, ou qui achetaient exclusivement à NutraSweet⁹¹.

2. DER v. Laidlaw: deuxième ordonnance prohibitive

En janvier 1992, le Tribunal a émis une deuxième ordonnance prohibitive contre Laidlaw Waste System (Laidlaw), une entreprise de collecte de déchets. La définition de la dimension géographique du marché pertinent a fait l'objet de débats; le Tribunal a utilisé une approche qui considérait la possibilité que des concurrents puissent limiter la capacité de l'entreprise d'élever les prix au-delà du niveau concurrentiel. Le Tribunal a accepté la position du DER sur l'analyse du pouvoir de marché de Laidlaw; le DER suggérait que l'argument de Laidlaw, fondé sur l'entrée éventuelle de nouveaux concurrents dans le cas d'une hausse des prix, ne pouvait être déterminant puisque ceci ne prenait pas en compte le pouvoir de marché de l'entreprise⁹². Bien que la preuve n'ait pas été faite que les prix étaient monopolistiques, le Tribunal fut d'avis que la politique de prix de Laidlaw indiquait l'exercice d'un pouvoir de marché. Par ailleurs, les acquisitions de concurrents par Laidlaw, dans la mesure où certaines d'entre elles portaient la part de marché de Laidlaw à 100%, ont été intégrées dans l'analyse bien que le Tribunal ait mis l'emphase sur les pratiques contractuelles de Laidlaw plutôt que sur cet aspect structurel. L'ordonnance a interdit à Laidlaw de

⁹¹ Les contrats d'exclusivité couvraient 90% du marché canadien.

⁹² L'argument du DER évoquait la “cellophane fallacy”. La “cellophane fallacy” fait référence à la poursuite américaine contre du Pont de Nemours (1956) qui a pris en considération des substituts au produit en question, ce qui a contribué à sous-estimer le pouvoir de marché de Du Pont. En effet, dans le cas où le marché n'aurait pas inclus les substituts au cellophane, la part de marché de l'entreprise était de 75% alors que, dans le cas inverse, cette part diminuait à 20%. Voir Constantine (1995) pour une discussion de la “cellophane fallacy”.

faire l'acquisition de concurrents pour une période de trois ans et d'utiliser certaines clauses contractuelles jugées anticoncurrentielles.

3. DER v. Nielsen: troisième ordonnance prohibitive

Le 30 août 1995, le Tribunal a ordonné à Nielsen de ne pas appliquer les clauses de ses contrats avec les épiciers et les pharmaciens canadiens lui procurant un accès exclusif aux données prélevées par balayage électronique. Le Tribunal a interdit à l'entreprise de signer des contrats à long terme avec ses clients pour vendre son service de suivi “MarketTrack”. Le jugement du Tribunal reposait sur le fait que The D&B Companies of Canada contrôlait, par l'intermédiaire de sa filiale Nielsen Marketing Research, l'ensemble du marché canadien de fourniture de services de suivi du marché et que les pratiques contractuelles de Nielsen réduisaient sensiblement la concurrence⁹³. L'ordonnance visait à rendre les données accessibles aux concurrents potentiels, et plus spécifiquement à IRI, une compagnie rivale de Nielsen sur le marché américain qui se plaignait d'être incapable de pénétrer le marché canadien en raison des pratiques anticoncurrentielles de Nielsen.

4. DER v. Télé-Direct: quatrième ordonnance prohibitive

En février 1997, le Tribunal a rendu une ordonnance visant Télé-Direct, une filiale des Bell Canada Entreprises (BCE) pour faire suite à une demande de la part du DER portant sur les articles 77 (vente liée) et 79 (abus de position dominante). Télé-Direct

⁹³ Les contrats de Nielsen étaient de très longue durée (5 ans) et ils incluaient une clause de la “nation la plus favorisée” qui obligeait tout concurrent à payer autant que Nielsen pour les données.

détient une part très importante du marché de publicité dans les annuaires téléphoniques. Le Tribunal a conclu que Télé-Direct devait mettre fin à ses pratiques anticoncurrentielles discriminatoires contre les consultants et les clients de Télé-Direct qui décident de retenir les services de consultants⁹⁴.

Il faut mentionner que dans l'affaire CANYPS, le Tribunal avait rendu sa première ordonnance par consentement en 1995 pour interdire aux éditeurs des annuaires téléphoniques des Pages Jaunes de se livrer à certaines pratiques relatives à la vente de publicité nationale. Il s'agit du premier cas d'abus de position dominante visant une pratique conjointe, en l'occurrence une pratique des membres des Pages Jaunes canadiennes (CANYPS), une association regroupant les éditeurs des Pages Jaunes au Canada. L'ordonnance a interdit la répartition exclusive des annonceurs nationaux entre les défenderesses et le refus de ces dernières de traiter avec d'autres vendeurs ou d'exercer une discrimination à leur égard.

5. DER v. Banque de Montréal (Interac): ordonnance par consentement

En juin 1996, le Tribunal a rendu une ordonnance par consentement contre Interac et ses neuf principaux membres qui, selon le DER, exerçaient une domination conjointe au niveau de la fourniture de services communs de réseaux électroniques au Canada (guichets automatiques). Les pratiques anticoncurrentielles consistaient à limiter

⁹⁴ Le Tribunal a cependant conclu que: 1) Télé-Direct ne s'était pas livrée à des agissements anticoncurrentiels contre des éditeurs indépendants; 2) certains agissements anticoncurrentiels n'ont pas donné lieu à une diminution sensible de la concurrence; et, 3) le refus de Télé-Direct d'autoriser certains concurrents à employer ses marques de commerce (les mots Pages Jaunes et les doigts qui marchent) constituait un exercice légitime de ses droits découlant de la *Loi sur les marques de commerce*, et que le paragraphe 79(5) protège les pratiques découlant de l'exercice de ces droits contre des poursuites en vertu de l'article 79.

l'accès aux réseaux, à imposer des frais excessivement élevés pour de nouveaux membres et de restreindre les types de services offerts, ce qui limitait l'innovation. L'enquête du DER a permis de conclure une entente avec Interac sur les questions de l'accès, des frais et de l'innovation. L'ordonnance de 1996 fut néanmoins assouplie en 1998 pour permettre aux principaux membres de sanctionner les entités "branchées" qui ne respectaient pas les normes du réseau.

En conclusion, la jurisprudence relative à l'abus de position dominante n'a pas donné lieu au démantèlement d'entreprises dominantes sur le marché canadien. La présence de puissants oligopoles sur le marché canadien n'est pas remise en cause; l'accent est plutôt mis sur les pratiques anticoncurrentielles des entreprises qui détiennent un pouvoir commercial et la méthode utilisée pour établir l'existence d'un pouvoir de marché intègre plusieurs autres critères qui s'ajoutent à celui de la part de marché des entreprises. Si le Canada est un des pays où la concentration économique est très forte par rapport au niveau de concentration industrielle observé dans les autres pays, l'application de la loi confirme une attitude favorable vis-à-vis des positions dominantes sur le marché canadien. Nous avons constaté le nombre limité de cas d'application de l'article 79 et la préférence pour des mesures correctrices plutôt que pour le démantèlement des entreprises dominantes qui adoptent des pratiques abusives. Dans les cas Nielsen, NutraSweet et Télé-Direct, la question de l'application de la loi en rapport avec l'exercice de droits de propriété intellectuelle fut soulevée. Comme l'élaboration actuelle de lignes directrice en la matière le suggère, l'approche canadienne s'oriente vers une analyse spécifique de chacun des cas pour déterminer les effets anticoncurrentiels et l'interface du droit de la concurrence et du droit de propriété intellectuelle.

C. Fusionnements

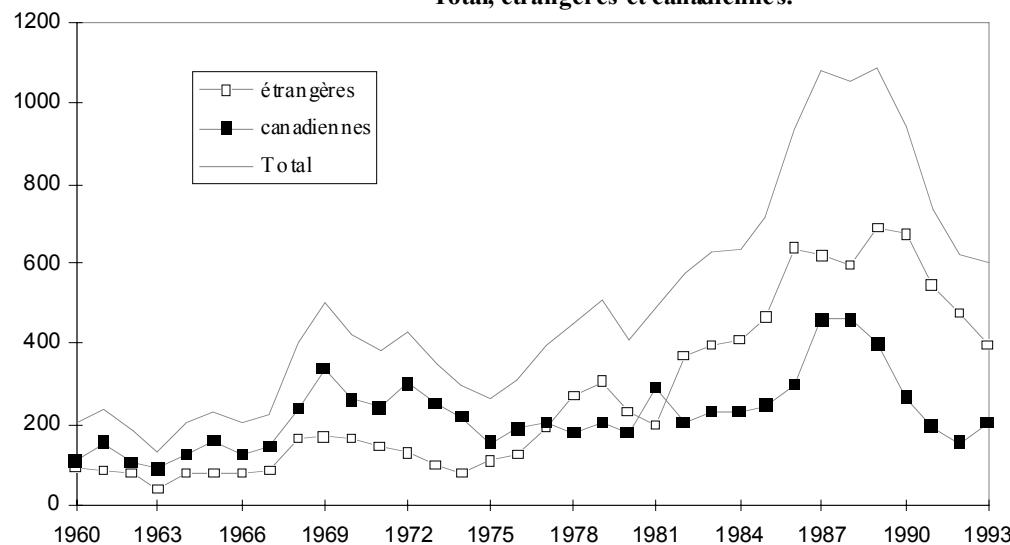
L'importance de cette section par rapport aux sections précédentes s'explique par la disponibilité des données sur les fusionnements qui permet de cerner le nombre et la nature des transactions en rapport avec l'application de la loi. Les données statistiques indiquent l'importance croissante des fusionnements. L'étude de l'application de la loi confirme le nombre limité de transactions qui, selon le Bureau, soulèvent des problèmes de concurrence et l'importance des critères économiques et stratégiques qui favorisent l'autorisation des fusions.

1. Les données statistiques sur les fusionnements

Entre 1960 et 1993, on observe l'importance croissante des opérations de fusionnements au Canada, surtout à la fin des années 80 (graphique 1). Aussi, depuis le début des années 80, le nombre des fusions où l'entreprise acquérante est étrangère est en très nette progression par rapport à celles dont la nationalité de l'entreprise acquérante est “dite” canadienne. Entre 1960-69, les fusions “dites” étrangères représentaient 38% des transactions totales; elles sont passées à 42% entre 1970-79, à 61% entre 1980-89, et elles représentaient 72% des fusions totales entre 1989 et 1993⁹⁵. Mais, et nous y reviendrons, plus récemment, le nombre des fusions et des acquisitions des entreprises canadiennes à l'étranger est en forte croissance.

⁹⁵ Les données qui portent sur les fusions étrangères impliquent des fusions visant une société acquérante sous contrôle étranger (la nationalité de la participation majoritaire dans la société acquise a pu être étrangère ou canadienne) et que les fusions “dites” canadiennes sont des fusions visant une société acquérante dont on ignore si elle est sous contrôle étranger (la société acquise avant la fusion pouvait être étrangère ou canadienne). Les données fournies par le Registre ainsi que celles des autres sources ne révèlent pas le nombre exact des fusions et acquisitions au Canada. Elles proviennent de

**Graphique 1: Nombre de fusionnements au Canada entre 1960 et 1993
Total, étrangères et canadiennes.**



Source: *Registre des fusionnements du Bureau de la concurrence*.

Pour la période 1993-1997, nous avons utilisé les données fournies par l'annuaire *Mergers and Acquisitions in Canada* qui ne sont pas compatibles avec celles du Registre. Par exemple, les données de l'annuaire incluent les opérations des entreprises canadiennes à l'étranger, ce qui nous a empêché d'intégrer les données provenant de ces deux sources. Les données de l'annuaire nous donnent un aperçu plus détaillé des opérations transfrontalières et elles permettent de saisir l'importance des acquisitions à l'étranger par des entreprises canadiennes.

Le nombre de fusionnements annoncés au Canada a augmenté très rapidement depuis 1993; de 895 en 1993, il a atteint 1262 en 1997 (graphique 2). La croissance de la valeur totale des fusionnements a été plus forte, de 35 milliards de dollars canadiens

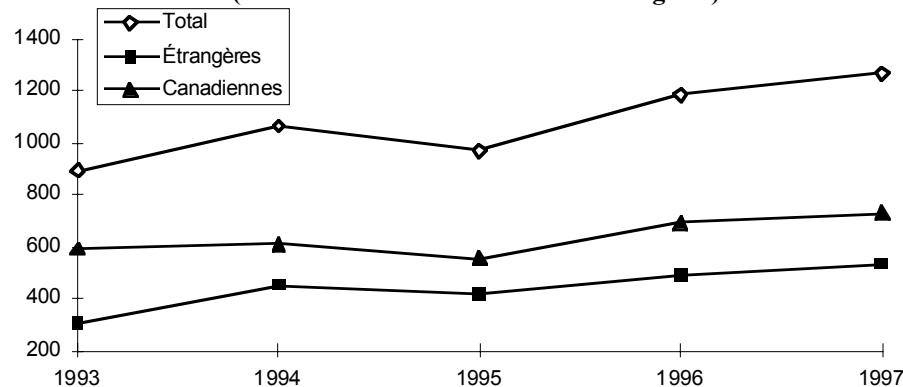
publications rapportant les fusions annoncées et, en ce sens, plusieurs opérations ne sont pas comptabilisées.

en 1993, elle est passée à 102 milliards de dollars canadiens en 1997 (graphique 3).

Ainsi, la taille des transactions augmente.

Graphique 2: Nombre de fusionnements annoncés au Canada, 1993-1997.

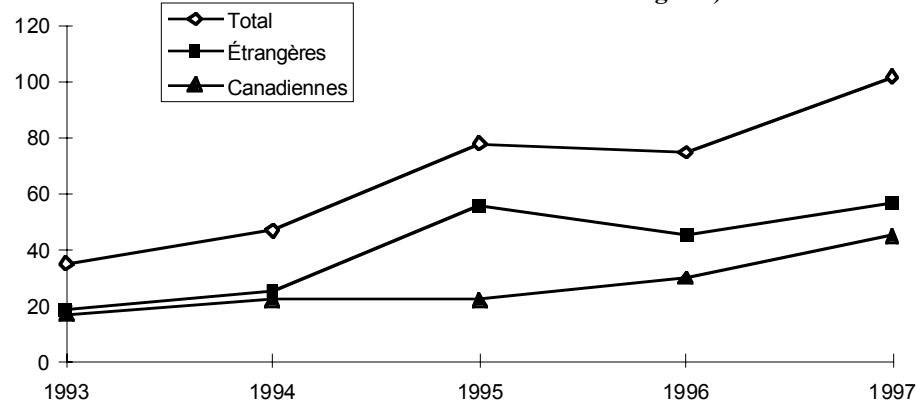
(total et fusions canadiennes et étrangères)



Source: *Mergers and Acquisitions in Canada (1997)*

Graphique 3: Valeur des transactions annoncées, 1993-1997.

(en milliards de dollars canadiens, total et fusions canadiennes et étrangères)



Source: *Mergers and Acquisitions in Canada (1997)*

Si le nombre de transactions atteint un niveau inégalé en 1997, la tendance observée en 1998 ne suggère aucun ralentissement. Le nombre de transactions annoncées dans les

six premiers mois de l'année 1998 (605) est quelque peu inférieur à celui des six premiers mois de l'année 1997 (630), mais la valeur totale des fusionnements annoncés dans cette même période en 1998, soit 106 milliards de dollars canadiens, est supérieure à la valeur totale des transactions annoncées pour toute l'année 1997, soit 102 milliards de dollars canadiens. Ainsi, le tableau qui liste les plus importantes transactions depuis 1986 (tableau IX), sera modifié de façon significative par les fusionnements qui ont été enregistrés en 1998. En effet, 17 méga-fusions ont été annoncées durant la première moitié de 1998, pour une valeur totale qui atteint 73 milliards de dollars canadiens⁹⁶. Parmi les plus importants fusionnements annoncés, on retrouve l'acquisition de PolyGram NV par Seagram, celle de Bay Network par Nortel et la fusion de TransCanada Pipelines et de Nova Corp.⁹⁷. Dans la deuxième moitié de 1998, d'importants fusionnements ont aussi été annoncés, notamment celui de BCTel et de Telus et le projet Loblaws/Provigo. Depuis, se sont ajoutés les projets Air Canada/Canadien, BCE/Téléglobe, Dunohue/Abitibi-Consolidated, et Alcatel a annoncé l'acquisition de Newbridge.

⁹⁶ Une méga-fusion est une transaction de plus d'un milliard de dollars canadiens. Ces données ne tiennent pas compte des deux fusions de banques annoncées dans cette période.

⁹⁷ Call-Net (Sprint Canada) a aussi fait l'acquisition de Fonorola. Pétro-Canada et Ultramar ont aussi annoncé leur intention de fusionner, mais le projet fut abandonné à l'été 1998. Hollinger a aussi été autorisée à faire l'acquisition de la participation restante de Southam (49,55%).

Tableau IX: Les 10 plus importantes transactions de fusions/acquisitions entre 1986 et 1997

	Valeur (millions)	date (annonce)	entreprises
1	12210	avril 95	E. I. du Pont de Nemours & Co. (cible)/Seagram Co. (vendeur)
2	7770	avril 95	MCA Inc. (cible)/ Seagram Co. (acquéreur)/ Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. (vendeur)
3	5678	octobre 97	Television Assets (US)/HSN Inc. (acquéreur)/ Seagram Co. (Vendeur)
4	5230	avril 87	Dome Petroleum Ltd. (cible)/ Amoco Corp. (acquéreur)
5	4929	janvier 89	Texaco Canada Inc. (cible)/ Imperial Oil Ltd. (acquéreur)
6	4672	février 96	West Publishing Co. (cible)/ Thomson Corp. (acquéreur)
7	4400	août 90	STC PLC (cible)/Northern Telecom Limited (acquéreur)
8	4300	février 96	Diamond Fields Resources Inc. (cible)/ Inco Ltd. (acquéreur)
9	4100	février 97	Abitibi-Price Inc. (cible)/ Stone Consolidated Corp. (acquéreur)
10	3100	février 94	Maclean Hunter Limited (cible)/Rogers Communications Inc. (acquéreur)

Source: *Mergers & Acquisitions in Canada, 1997 Annual Directory*.

Depuis 1994, le nombre de transactions de grande taille a augmenté considérablement (tableau X). Les transactions d'une valeur supérieure à 500 millions de dollars canadiens représentaient 40,9% des transactions en 1994 alors qu'elles représentaient 51,7% en 1997. L'augmentation la plus notable a été au niveau des transactions de 500 millions à 1 milliard de dollars canadiens, mais les données de 1998 indiquent que les fusionnements de plus d'un milliard de dollars canadiens sont en forte croissance.

Tableau X: Répartition des fusionnements annoncés, par importance, 1994 et 1997 (valeur en millions de dollars et en pourcentage)				
	1994		1997	
	valeur	%	valeur	%
0,5 à 10	919	2,0	1087	1,1
10 à 50	4431	9,5	7714	7,6
50 à 100	3743	8,0	6760	6,7
100 à 500	18409	39,6	33598	33,1
500 à 1000	6550	14,1	25057	24,7
plus de 1000	12445	26,8	27395	27,0
Total	46488	100	101612	100

Source: Mergers and Acquisitions in Canada, 1997 Annual Directory.

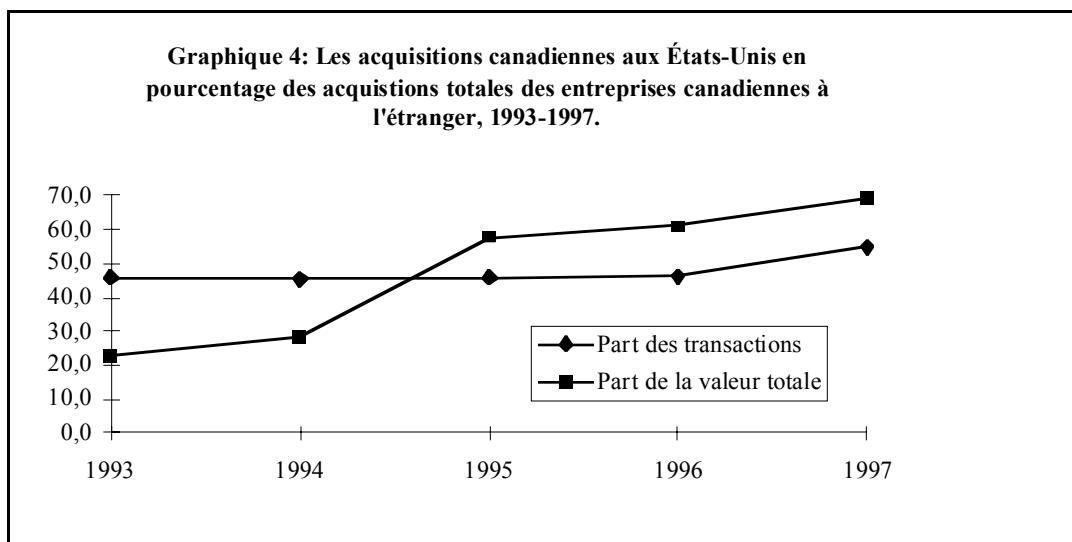
En ce qui concerne les fusions internationales, elles augmentent aussi rapidement. La multiplication des fusions internationales est d'ailleurs un phénomène mondial; la CNUCED (1997) évaluait la valeur de ces opérations à près de 275 milliards de dollars américains en 1996 alors qu'elle était estimée à 162 milliards de dollars américains en 1993 (tableau XI). L'Union Européenne est un terrain important pour les fusions internationales tant au niveau de l'origine de l'entreprise acquérante qu'au niveau de l'origine de l'entreprise ciblée. L'importance des États-Unis comme pays d'origine des fusions internationales est aussi remarquable, mais c'est surtout la progression des fusions internationales qui ciblent des entreprises américaines qui est frappante. Le fait le plus significatif est toutefois que les fusions internationales dont le pays d'origine est le Canada ont augmenté de 7 à 22 milliards de dollars américains de 1993 à 1996; elles étaient alors deux fois plus importantes que les fusions internationales qui ciblent des entreprises sur le marché canadien.

	1993	1994	1995	1996
Fusions internationales dans le monde	162	196	237	275
Union Européenne				
Origine*	75	75	99	114
Cible**	52	58	75	77
Amérique du Nord				
Origine	45	52	80	87
Cible	40	63	74	81
Canada				
Origine	7	9	15	22
Cible	6	6	11	10
États-Unis				
Origine	38	43	66	65
Cible	35	56	63	71
* Origine: pays d'origine de l'entreprise acquérante				
** Cible: pays d'origine de l'entreprise acquise				
<i>Source: CNUCED (1997)</i>				

L'un des faits marquants de la première moitié de 1998 est justement la multiplication des acquisitions d'entreprises étrangères par les entreprises canadiennes; elles en ont acquis 165 pour une valeur totale de 46 milliards de dollars canadiens, ce qui est supérieur aux données qui couvrent toute l'année 1997, soit 29 milliards de dollars canadiens. Des 165 entreprises étrangères acquises par des entreprises canadiennes durant la première moitié de l'année 1998, 110 étaient des entreprises américaines et la valeur de ces transactions a atteint 27 milliards de dollars canadiens; à titre de comparaison, les entreprises américaines ont fait l'acquisition de 69 entreprises canadiennes, pour une valeur totale de 13 milliards de dollars canadiens⁹⁸. C'est donc

⁹⁸ Ces données sont tirées de l'article de Mackinnon (1998) du *Globe and Mail*.

surtout vers les États-Unis que les entreprises canadiennes se tournent; plus de 50% des opérations internationales visent des entreprises situées aux États-Unis (graphique 4). La progression de la valeur des transactions est d'ailleurs phénoménale puisque de 23% en 1993, la valeur des opérations des entreprises canadiennes aux États-Unis a atteint 69% de la valeur totale de leurs opérations internationales en 1997.



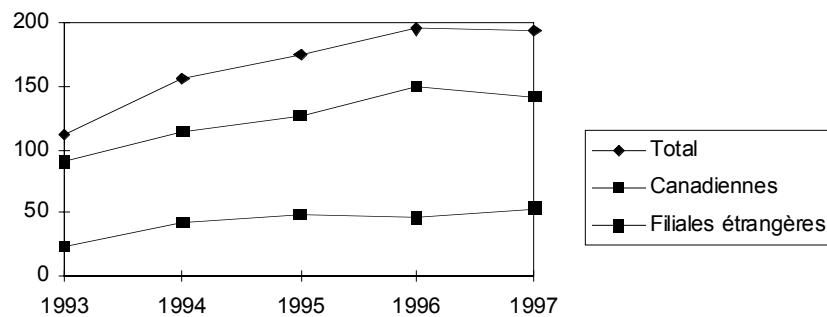
Source: Mergers and Acquisitions in Canada (1997)

Si les entreprises canadiennes sont plus actives que les entreprises étrangères, en ce qui concerne le nombre de transactions, leurs opérations sont moins importantes. Les entreprises étrangères ont fait d'importantes acquisitions sur le marché canadien. Le graphique 5 indique que, de 1993 à 1997, le nombre d'opérations internationales d'entreprises étrangères a presque doublé, en passant de 112 à 194, alors que la valeur de leurs opérations transfrontalières visant des entreprises situées au Canada a augmenté de plus de 500%, en passant d'une valeur totale de 5 milliards de dollars canadiens à 28 milliards de dollars canadiens (graphique 6). La plupart des fusionnements annoncés par les entreprises étrangères visaient des entreprises canadiennes mais, les données sur la valeur des transactions indiquent les transactions qui visent l'acquisition de filiales canadiennes de sociétés étrangères sont plus

importantes. En 1997, les acquisitions par des entreprises étrangères de filiales étrangères au Canada représentaient 16 milliards de dollars canadiens alors que la valeur des acquisitions d'entreprises canadiennes s'élevait à 12 milliards de dollars canadiens.

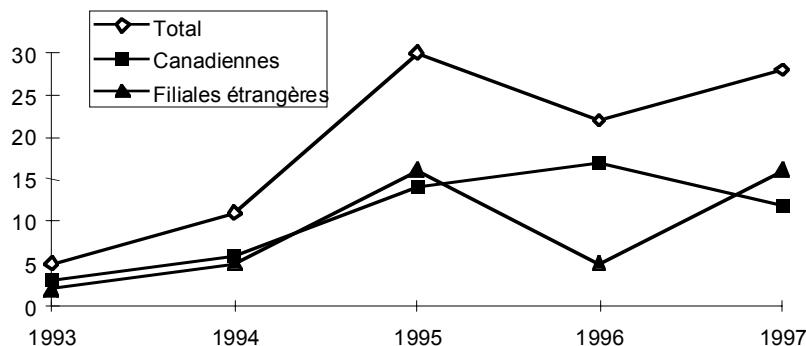
Les entreprises américaines sont à l'origine de plus de la moitié du nombre de ces fusionnements; leur part varie entre 52% et 62%. La part des entreprises américaines sur le plan de la valeur annuelle de ces fusionnements est plus variable, en moyenne, elle représente environ 40%. Ceci suggère que les entreprises américaines sont à l'origine de la plupart des projets des acquisitions d'entreprises situées au Canada, mais que les autres entreprises étrangères ont fait des acquisitions plus importantes, bien que moins nombreuses.

Graphique 5: Nombre de transactions des entreprises étrangères au Canada, entre 1993 et 1997.



Source: Mergers and Acquisitions in Canada (1997)

Graphique 6: Valeur des transactions annoncées par des entreprises étrangères au Canada, entre 1993 et 1997, en milliards de dollars canadiens.



Source: Mergers and Acquisitions in Canada (1997)

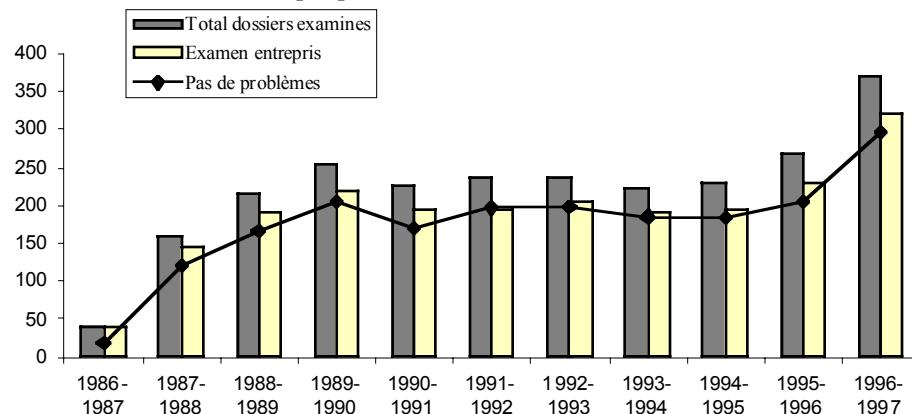
Ce survol des données statistiques indique que les fusions sont en nette progression, tant au niveau de leur nombre qu'au niveau de leur taille. En 1998, le nombre de mégafusions a atteint un sommet dès la première moitié de l'année. Aussi, les fusions internationales prennent de l'importance et les entreprises canadiennes ont multiplié les acquisitions d'entreprises étrangères, qui sont maintenant plus nombreuses que celles des entreprises étrangères qui ciblent des entreprises au Canada. Cela va dans le sens des données relatives à l'investissement direct; les stocks d'IDI canadiens à l'étranger sont maintenant supérieurs aux stocks d'IDI au Canada. Néanmoins, les transactions des entreprises étrangères au Canada sont de plus grande taille. L'intérêt de ces données dans le cadre de notre étude est triple; elles suggèrent que: 1) le Bureau doit examiner un nombre croissant de transactions; 2) les examens impliquent de plus en plus des entreprises étrangères qui font d'importantes acquisitions au Canada; et, 3) les opérations de fusions réalisées par les entreprises canadiennes se font de plus en plus à l'étranger. Ces dernières, à moins d'avoir des effets indirects sur le marché canadien, ne sont pas visées par la loi, mais elles sont susceptibles de

faire l'objet d'examen par les autorités étrangères. Ces données confirment donc ce que nous disions plus haut; à savoir le paradoxe d'une politique de la concurrence qui voit son champ d'application considérablement réduit, d'une part parce que les entreprises canadiennes opèrent de plus en plus à l'étranger, et d'autre part, parce que les fusions au Canada impliquent de plus en plus de sociétés étrangères. Si d'un côté, la tolérance est la règle pour des raisons de compétitivité, de l'autre, elle l'est tout autant dans la mesure où la promotion des investissements étrangers constitue, avec celle des intérêts canadiens à l'étranger, l'une des grandes priorités de la politique économique canadienne.

Comme nous allons le voir maintenant, les fusions examinées au Canada sont de plus en plus nombreuses, mais on constate aussi que très peu de fusionnements ont été contestés. Voyons ceci de plus près.

2. L'examen des fusionnements

Le nombre croissant de fusionnements de grande envergure se traduit par une augmentation considérable du nombre d'examens entrepris par le Bureau, surtout dans les secteurs des télécommunications, de l'énergie, du pétrole, du transport et des services financiers. Entre 1986 et 1989, le nombre d'examens amorcés est passé de 40 à 191. Dans une période d'accalmie relative, entre 1991 et 1993, le nombre de fusions examinées n'a pas diminué, puisque les transactions d'importance ont augmenté par rapport au nombre total des fusionnements. L'augmentation phénoménale des opérations de fusionnements a porté à 319 le nombre d'examens entrepris par le Bureau durant l'exercice 1996-97 (graphique 7). En 1998, le nombre d'examens entrepris a atteint 393.

Graphique 7: Examen des fusionnements 1989-1997.

Sources: *Rapports Annuels du DER (Canada, 1998a)*.

Il faut toutefois souligner que la proportion des fusions examinées par rapport au total des fusions n'a pas augmenté même si la taille des fusionnements est en nette progression. Environ 80% des fusionnements ne soulèvent aucune inquiétude quant aux dispositions de la loi et ne font l'objet d'aucun examen et, depuis le début des années 90, on constate que dans 95% des cas examinées, le Bureau a conclu qu'il n'y avait pas d'effets anticoncurrentiels (tableau XII). Des fusionnements examinés, quelques-uns seulement ont été portés devant le Tribunal. En 1997-98, 403 ont été classés et dans 398 cas, le Bureau a jugé qu'il n'y avait aucun problème d'ordre concurrentiel lié à ces opérations; il y aurait eu trois projets abandonnés ou restructurés suite à l'examen du DER et quatre demandes faites au Tribunal.

Tableau XII: Examens des fusions, 1986-1997.

	<i>Dossiers classés</i>	<i>pas de problème</i>	(%)	<i>Surveillance</i>	<i>Abandon (tout ou partie) suite aux objections du DER</i>	<i>Demandes au Tribunal</i>
1986-87	26	17	65	5	3	1
1987-88	133	120	90	7	2	2
1988-89	182	166	91	10	2	4
1989-90	223	204	91	13	2	4
1990-91	183	170	93	10	1	3
1991-92	203	196	97	5	1	3
1992-93	207	198	96	4	3	3
1993-94	188	185	98	1	2	2
1994-95	189	183	97	2	3	2
1995-96	215	204	95	4	3	3
1996-97	306	296	97	2	0	3

Source: *Rapports Annuels du DER (Canada, 1998a)*

En réalité, si l'on considère le nombre de demandes au Tribunal depuis 1986 en rapport aux fusionnements, il n'en n'existe que 17 en date du 31 mars 1998, et si l'on exclut les deux demandes qui portent sur des modifications d'ordonnances, il ne reste plus que 15 cas (tableau XIII).

Tableau XIII: Liste des demandes du DER au Tribunal concernant des affaires de fusionnements, 1986-1998.

	<i>Dépôt de la demande</i>	<i>Décision du Tribunal</i>
Palm Dairies	1986-87	1986-87
Sanimal Industries	1987-88	1992-93
Air Canada	1987-88	1989-90
Institut Merrieux	1988-89	1988-89
Pepsi-Cola Canada	1988-89	1988-89
Asea Brown Boveri	1989-90	1989-90
Imperial	1989-90	1989-90
Southam	1990-91	1992-93
Hillsdown	1990-91	1991-92
Air Canada	1992-93	1993-94
Imprimerie Quebecor	1994-95	1994-95
Seaspan	1995-96	1996-97
Canadien Pacifique	1996-97	1997-98
Canada Waste	1996-97	1997-98
ADM	1996-97	1997-98
Southam	1997-98	1997-98
Canada Waste Services/Capital	1997-98	1998-99

Source: Tribunal de la concurrence, Rapport de rendement 1997-98. (Canada, 1998b)

Dans plusieurs cas, et pour des raisons diverses, le DER s'est désisté, notamment dans les cas Sanimal, Institut Merrieux, Pepsi-Cola, et Canadien Pacifique, ce qui porte le nombre de cas à 11. Dans la plupart des cas, le Tribunal a émis des ordonnances de consentement qui engageaient les entreprises à prendre certaines mesures correctives. Le cas le plus controversé fut le cas Southam.

Très peu de fusions ont donc été contestées. Quelques-unes ont fait l'objet d'une surveillance de la part du DER, et certaines fusions furent autorisées à condition soit

de remplir certaines exigences ou soit de modifier les projets initiaux. Voyons de plus près les critères qui ont influencé l'examen des fusionnements⁹⁹.

a) Absence d'effet sur la concurrence

Lorsqu'il n'existe pas de chevauchement des activités des entreprises engagées dans un projet de fusion, le Bureau considère que le fusionnement ne diminuera pas la concurrence¹⁰⁰. C'est notamment ce qui a amené le DER à autoriser l'acquisition de Edmonton Telephone Corporation par Telus/AGT en février 1995. Dans ce cas, le DER a aussi pris en considération le contexte de déréglementation et l'engagement de Telus à assurer l'accessibilité de ses infrastructures aux concurrents¹⁰¹. Même dans les cas où il y a chevauchement des activités, mais que la fusion n'a pas comme effet de les étendre, l'examen ne peut conclure à la réduction de la concurrence. C'est dans cette perspective qu'en mai 1996, le DER n'a pas contesté l'acquisition de 21,5% des actions ordinaires de Southam par Hollinger qui portait sa participation à 41%.

Cependant, pour le *Conseil des Canadiens*, la transaction Hollinger-Southam était contraire à la *Charte des droits et libertés*, et il a fait porter l'affaire à la Cour fédérale d'appel qui a rejeté sa demande. Le DER a fait valoir que la politique de la

⁹⁹ Khemani et Shapiro (1993) ont mis en évidence l'importance accordée à la part de marché, au niveau de concentration mais aussi à la concurrence étrangère et à la présence de barrières à l'entrée dans les examens entre 1986 et 1989.

¹⁰⁰ Le chevauchement des activités de Loblaw et Provigo dans certaines régions est un élément d'importance dans l'examen de la fusion des deux entreprises.

¹⁰¹ En 1989, l'accès aux infrastructures avait été important dans le cas de la fusion des systèmes de réservations d'Air Canada et de Canadian pour créer le système Gemini. Suite à une entente sur les conditions d'accès, le DER a fait une demande d'ordonnance par consentement, qui fut émise par le Tribunal. Avec l'implication d'American Airlines dans Canadian, cette fusion fut remise en cause. En 1992, une demande a été faite au Tribunal pour modifier l'ordonnance et libérer Canadian du contrat le liant à Gemini. Air Canada et Gemini se sont opposés mais le Tribunal a libéré Canadian.

concurrence n'était pas adéquate pour considérer les questions sociales soulevées par cette transaction¹⁰². Aussi, tout récemment, en septembre 1998, le DER a décidé de ne pas s'opposer à l'acquisition par Southam de *The Financial Post* et de quatre quotidiens du sud de l'Ontario. Selon l'examen du Bureau, cette opération n'allait pas réduire sensiblement la concurrence; au contraire, elle pourrait résulter en une concurrence encore plus vigoureuse entre le nouveau journal de Southam et *The Globe and Mail*.

b) Présence de concurrents importants et concurrence étrangère

Un autre critère significatif est la présence de concurrents importants et de la concurrence étrangère. À la fin des années 80, la concurrence étrangère a joué un rôle dans l'examen de la fusion de Michelin et Uniroyal, alors que le marché géographique fut défini comme étant celui de l'Amérique du Nord, et dans le cas Consumer Packaging (Khemani et Shapiro, 1993). Plus récemment, en mai 1997, dans le cas de la fusion de Corporation Stone Consolidated et de Abitibi-Price qui allait créer le premier producteur mondial de papier journal, le DER a annoncé qu'il ne s'opposerait pas à la fusion puisqu'il estimait que la nouvelle entreprise, avec 30% du marché, faisait face à des concurrents importants, notamment Donahue, Avenor et Kruger.

En 1994, la transaction entre Canadian et American Airlines a été conclue et Canadian a accédé au système Sabre (SIR d'AMR). Voir Clifford (1993).

¹⁰² En 1980, la Commission Kent avait déjà mentionné que la politique de la concurrence ne permettait pas d'aborder les particularités de ce secteur. Les cas K.C. Irving (1974) et Southam-Thompson (1981) avaient été contestés sans succès pour la Couronne. L'affaire Southam/Lower Mainland Publishing a aussi été controversée, nous reviendrons sur cette affaire plus loin.

L'entrée de concurrents étrangers est d'ailleurs la raison pour laquelle, en mai 1997, le DER a demandé de suspendre les procédures dans l'affaire relative à l'acquisition du Groupe Cast North America par l'Agence Canada Maritime, une filiale du Canadien Pacifique. Cette affaire avait été très contestée¹⁰³. En septembre 1997, le Tribunal a accepté de suspendre l'affaire pour permettre au DER d'évaluer si l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, notamment Maersk Canada, Sea-Land Services et P&O Nedlloyd, était susceptible de remédier à la diminution de la concurrence résultant du fusionnement des deux transporteurs par conteneurs. Comme au 31 mars 1998, date limite pour rouvrir l'affaire, le DER n'avait pas fait de demande au Tribunal, elle fut abandonnée.

L'éventuelle entrée de concurrents a aussi justifié l'autorisation de certaines fusions. Ce fut le cas de celle de FIGC (Smith Books) et Coles Books, une filiale de Southam, qui ne fut pas contestée en raison de l'éventuelle entrée de détaillants américains sur le marché et ceci, malgré la grande part de marché de l'entité fusionnée. En 1989, en raison de la mise en place de l'ALÉ, l'entrée éventuelle de concurrents américains avait aussi été un facteur important dans l'autorisation de l'acquisition des activités de transport et de distribution d'électricité de Westinghouse Canada par Asea Brown Boveri (ABB). Dans ce cas, des mesures complémentaires furent prises pour tenir compte de la possibilité que l'entrée de la concurrence étrangère ne se réalise pas. Afin de réduire les effets anticoncurrentiels de la transaction, une demande a été faite au Tribunal pour obliger ABB à un dessaisissement éventuel en fonction des

¹⁰³ Ces transporteurs étaient les plus importants opérateurs à partir du Port de Montréal et la directrice intérimaire, Mme Francine Matte, s'était opposée à la transaction et elle avait fait une demande au Tribunal en décembre 1996 faire la faire interdire. Elle alléguait que la concurrence serait sensiblement réduite dans la fourniture de services intermodaux de transport par conteneurs non réfrigérés dans le Port de Montréal. Dans le cas où le directeur n'engageait aucune procédure pour lever le sursis de l'instance avant le 31 mars 1998, la demande initiale serait rejetée.

conditions d'importations de certains intrants et de la concurrence étrangère. Cette ordonnance par consentement prévoyait la séparation des opérations de ABB et de TTI (Transelectrix Technology Inc. de Westinghouse Canada) pour faciliter un éventuel dessaisissement dans le cas où il ne serait pas possible d'obtenir de mesures de dégrèvement tarifaire en ce qui concerne l'importation de transformateurs de grande capacité. Le décret fut prorogé jusqu'au 31 décembre 1999; l'entrée attendue de McGraw Edison (filiale de Coopers Industries) comme fournisseur de transformateurs au Canada ne s'était pas concrétisée.

En août 1992, la concurrence étrangère a encore une fois été un facteur important dans la décision du DER de retirer la demande qu'il avait faite en 1987 pour faire annuler deux fusions qui avaient permis à Sanimal Industries (Sanimal) d'accroître sa part du marché de la fonte de graisses animales. C'est par l'entremise de l'acquisition de Lomex par sa filiale, Alex Couture, que Sanimal était devenue actionnaire majoritaire de Paul & Eddy et de Fondoir Laurentide. Suite à ces deux fusions, l'industrie, qui comptait quatre entreprises, ne comptait plus que deux entreprises indépendantes; Sanimal détenait 90% du marché alors que 10% du marché était occupé par Les Moulins Maple Leaf¹⁰⁴. En juin 1987, le Tribunal avait ordonné la dissolution des deux fusions mais en 1992, après que la Cour suprême ait confirmé la validité des lois en rapport avec cette affaire, le DER a retiré sa demande de dessaisissement en raison des changements de conditions sur le marché de fonte de graisses animales au Québec.

¹⁰⁴ Ce cas fut particulièrement litigieux puisque la défense a remis en cause la constitutionnalité de la *Loi sur la concurrence* et celle de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, ce qui a rendu difficile l'application de la loi entre 1990 et 1992. L'entreprise a fait appel de la décision devant la Cour supérieure du Québec en alléguant que les dispositions relatives aux fusions et que la loi sur le Tribunal était inconstitutionnelle. L'affaire s'est rendue devant la Cour suprême qui, en juillet 1992, a confirmé la constitutionnalité de la loi.

Un fendoir américain était entré sur le marché en 1991 et le fendoir appartenant à Hillsdown Holdings Canada offrait une concurrence accrue à Sanimal. Par ailleurs, le DER a aussi pris en considération la décision du Tribunal de rejeter sa demande dans l'affaire Hillsdown Holdings en 1992¹⁰⁵.

La notion de concurrence potentielle, de l'étranger et dans l'ouest canadien, a aussi été un élément important dans l'examen du DER concernant l'acquisition par ADM Agri-Industries (filiale canadienne de la société Archer-Daniels-Midland, Illinois) des activités canadiennes de minoterie (farine de blé) de Maple Leaf Mills¹⁰⁶. Annoncée en 1996, cette transaction impliquait les deux plus grandes entreprises de minoterie au Canada. Le DER a conclu que la transaction diminuerait sensiblement la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en farine de blé au Québec et dans les provinces maritimes mais il a estimé qu'en Ontario, la U.S. Milling Company de Buffalo deviendrait un concurrent important et que, dans l'Ouest du Canada, des projets d'agrandissement par d'autres minoteries empêcheraient une diminution sensible de la concurrence. Ainsi, la demande du DER n'a porté que sur la vente d'une minoterie située sur la rue Oak à Montréal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ En mars 1992, le Tribunal avait effectivement refusé d'ordonner un dessaisissement dans l'affaire opposant le DER et Hillsdown Holdings. En juillet, Hillsdown Holdings avait pris le contrôle d'Orenco (Ontario Rendering Company Limited) en faisant l'acquisition de 56 % de Canada Packers. Le DER soutenait que le contrôle par Hillsdown de Rothsay (contrôlée à travers sa filiale à part entière, Maple Leaf Mills) et d'Orenco entraînerait une diminution sensible de la concurrence. Un critère important dans la décision du Tribunal a été le déclin du marché en raison de la baisse de consommation de viande rouge et du déplacement de l'élevage du bétail de l'Ontario vers la Saskatchewan et l'Alberta.

¹⁰⁶ L'acquisition portait sur la participation de Maple Leaf Mills dans les minoteries détenues conjointement avec ConAgra et Aliments Maple Leaf.

¹⁰⁷ En mai 1997, le Tribunal a rendu une ordonnance par consentement exigeant qu'ADM vende cette minoterie et qu'elle s'engage à fournir à l'acquéreur, pendant trois ans, une quantité de farine sensiblement équivalente à la capacité de production de la minoterie, ce qui doublait la capacité d'approvisionnement de l'acquéreur sur le marché. Rappelons qu'ADM a été reconnue coupable d'une infraction à l'article 45 en 1998.

En 1997, l'importation de capsules à vide métalliques a eu une importance significative dans la décision du DER de ne pas s'opposer à l'acquisition de Carnaudmetalbox par Crown Cork and Seal Company, une filiale de Crown U.S. Les deux fabricants de couvercles en métal contrôlaient l'ensemble du marché canadien. Vu qu'aucun concurrent n'existe, le Bureau redoutait les effets de la transaction, d'autant qu'un contrat de licence conclu aux États-Unis entre Crown et White Cap, le plus important fabricant en Amérique du Nord, interdisait la vente de capsules par White Cap sur le marché canadien sans l'autorisation de Crown, et vice-versa pour le marché américain. Mais finalement, le Bureau a décidé de ne pas s'opposer à la transaction après que Crown se soit départi de certains de ses droits de propriété intellectuelle et d'autres droits découlant de l'accord avec White Cap, ce qui assurait une deuxième source d'approvisionnement pour le produit en question.

c) Défense d'efficacité

La défense d'efficacité a rarement été un facteur déterminant dans la jurisprudence; elle n'a d'ailleurs été explicitement invoquée que dans l'affaire *Hillsdown*¹⁰⁸. Le fait qu'un seul cas soumis au Tribunal ait impliqué un débat sur les gains en efficacité s'explique principalement par le fait que les examens des fusionnements ont généralement conclu que les transactions n'auraient pas d'effets anticoncurrentiels substantiels. Le recours à la défense d'efficacité n'a donc pas été nécessaire, ce qui a amené certains observateurs à conclure que l'orientation de la politique de la concurrence vers l'objectif d'efficacité ne s'est pas matérialisée. Il faut cependant

noter que le Bureau et le DER ont pris en considération les gains en efficacité (Sanderson, 1995). Le DER procède à une évaluation hypothétique comparative des effets anticoncurrentiels et des gains en efficacité invoqués par les parties¹⁰⁹. Il s'agit d'examiner la pertinence des gains en efficacité annoncés et d'en évaluer l'importance. Le Bureau fait appel à des services d'experts mais une grande part du processus d'évaluation repose sur l'analyse du DER. Le Bureau reconnaît la difficulté de prévoir les effets des fusionnements sur l'efficacité économique, mais il considère néanmoins que le degré de difficulté n'est pas supérieur à celui de prévoir les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement ou les réponses des entreprises rivales.

Toutefois, il n'est pas certain que les gains en efficacité pris en considération se soient réalisés; à cet égard, le Bureau ne fait pas vraiment de suivi exhaustif, mais dans les quelques cas où il a effectué une surveillance, les données recueillies ne permettent pas de conclure. Dans certains cas, les gains en efficacité ont été supérieurs à ceux qui étaient escomptés alors que, dans d'autres, il s'est avéré que les fusionnements n'avaient pas du tout générés les gains en efficacité annoncés par les entreprises. Certaines propositions ont d'ailleurs été faites pour rendre la défense d'efficacité conditionnelle à la réalisation des gains en efficacité par l'entité fusionnée dans le cadre de la surveillance de 3 ans autorisée par la loi. Pour Sanderson (1995), cette

¹⁰⁸ Il faut souligner que les gains en efficacité ont aussi été abordés dans la décision du Tribunal, en 1989, en rapport au fusionnement d'Imperial Oil et de Texaco Canada, mais comme dans l'affaire Hillsdown, cet élément n'a pas été déterminant dans la décision.

¹⁰⁹ Comme nous l'avons déjà mentionné, les gains en efficacité concernent les économies de ressources, ce qui exclut les aspects de redistribution des revenus. Ils peuvent être de deux types. Le premier type de gains sont des gains d'efficacité au niveau de la production (sur le plan du produit, de l'organisation de l'entreprise ou des liens entre les entreprises); le deuxième type de gains sont plus difficiles à évaluer, il s'agit des gains en efficacité dynamique (au niveau de l'introduction optimale de nouveaux produits, de l'efficacité des procédés de production, de la qualité du produit et du service). Hillsdown a présenté trois catégories de gains en défense: les gains au niveau de l'administration par la réduction des employés; les gains au niveau des coûts de transport par camion; et, les gains au niveau de la réduction des coûts de production.

proposition bute sur deux problèmes majeurs: 1) elle nécessiterait la séparation de l'entité fusionnée pour permettre un éventuel démantèlement, ce qui limiterait les possibilités de réaliser les gains en question; et, 2) plus fondamentalement, le travail du Bureau et du DER prendrait une dimension réglementaire pour surveiller le comportement et les décisions des entreprises, ce qui contredit la philosophie de base du Bureau de s'en remettre au marché.

Le débat le plus important sur la défense d'efficacité est survenu dans le cadre de l'affaire Hillsdown et il a porté sur une controverse au sujet de l'interprétation de l'article 96 et sur la validité et la signification de l'approche du “bien-être total”¹¹⁰. Madame la juge Barbara Reed suggérait que l'article 96 signifie d'accorder plus de poids aux gains en efficacité lorsque les effets néfastes d'un fusionnement, tant au niveau du transfert entre les producteurs et les consommateurs qu'au niveau des inefficacités, n'étaient pas établis de façon certaine. Le DER a argué que si l'intention du Parlement avait été de prévenir les effets sur les prix à la consommation, ceci aurait été spécifié dans le texte, et qu'une telle interprétation enlèverait toute pertinence à l'article 96¹¹¹. Cette tension avait déjà, rappelons-le, été un aspect controversé dans les débats autour de la réforme de la politique de la concurrence dans les années 70 lorsqu'il fut question de faire dépendre la défense d'efficacité sur les bénéfices aux consommateurs.

¹¹⁰ Le Tribunal n'a pas proposé d'autres approches. Pour une discussion de cette affaire, voir Crampton (1993).

¹¹¹ Aux États-Unis, les gains en efficacité sont pris en considération, mais l'utilisation d'un “price test” est requis. Les gains en efficacité ne peuvent impliquer une augmentation des prix à la consommation.

L'approche du “bien-être total” n'a pas été remise en cause par ce débat et elle pourrait d'ailleurs gagner en importance dans les cas futurs (Sanderson, 1995). Il est fort probable que la défense d'efficacité, malgré les débats qu'elle soulève, soit invoquée plus souvent dans le contexte de la multiplication des méga-fusionnements et de l'exposition croissante des entreprises canadiennes à la concurrence étrangère. Actuellement, son impact est limité principalement par le fait que la politique de la concurrence n'a pas bloqué un très grand nombre de fusionnements en jugeant les effets anticoncurrentiels insuffisants.

3. Application des dispositions sur les fusionnements

Dans les cas où l'examen conclut à l'existence d'effets anticoncurrentiels suffisants pour justifier la contestation d'un fusionnement, le DER peut négocier avec les entreprises ou demander au Tribunal d'émettre une ordonnance en vue de faire appliquer des mesures correctives. Dans certains cas, il peut demander l'annulation ou l'interdiction d'un fusionnement, mais cette situation ne s'est jamais présentée.

a) Autorisation conditionnelle

L'approche du Bureau favorise des solutions négociées entre les parties aux fusionnements et le DER¹¹². L'autorisation conditionnelle permet d'éviter de bloquer les fusionnements. Dans les cas les plus récents, l'acquisition de Scott Paper par Kimberly-Clark, réalisée aux États-Unis en décembre 1995, fut autorisée après que Kimberly-Clark ait annoncé son intention de se départir de sa participation majoritaire dans Scott¹¹³. Cette mesure faisait suite aux réserves du DER mais surtout à la décision américaine d'autoriser la transaction à condition que l'entreprise vende des usines aux États-Unis, en Europe, au Mexique et au Canada. Ce n'est pas la seule affaire où une décision américaine a eu un impact sur l'autorisation d'un fusionnement au Canada. Dans le cas de la fusion des entreprises suisses, Ciba-Geigy et Sandoz¹¹⁴, en vue de créer Novartis, un examen a conclu que le fusionnement annoncé en 1996 réduirait la concurrence sur un certain nombre de marchés mais le Bureau a autorisé la fusion suite à un accord entre les parties et la Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis relativement à un certain nombre de dessaisissements et d'octrois de

¹¹² En décembre 1988, le DER avait retiré sa demande au Tribunal relativement à la fusion de Frito-Lay de Pepsi-Cola Canada et de Hostess Food Products suite à un réarrangement de la transaction qui prenait en considération ses préoccupations. En février 1990, le Tribunal a rendu une ordonnance par consentement exigeant qu'Imperial Oil vende une raffinerie acquise suite à la transaction avec Texaco Canada et en septembre 1990, Ultramar Canada s'est porté acquéreur, sous réserve de son engagement envers le DER de continuer à exploiter la raffinerie de Dartmouth pendant au moins sept ans, à moins d'un changement important. En 1994, Ultramar a fourni un préavis de changement défavorable important au DER. Suite à plusieurs pressions, le DER a finalement conclu qu'il y avait eu changement défavorable important et il a libéré Ultramar de son engagement envers la raffinerie en question.

¹¹³ En 1996, Kimberly-Clark a vendu à Proctor & Gamble les usines de Scott de fabrication de débarbouillettes situées aux États-Unis et au Canada.

¹¹⁴ Au Canada, les deux sociétés étaient concurrentes dans les domaines de médicaments sur ordonnance, de la santé animale, des herbicides de grandes cultures, des semences et des médicaments vendus sans ordonnance. La décision américaine a aussi mis l'emphase sur les mesures nécessaires pour garantir que la fusion favorise l'innovation sans réduire la possibilité d'entrée de concurrents notamment en ce qui a trait au développement de la thérapie génétique. L'entité devra rendre accessible sa technologie et ses brevets par des contrats de licences.

licences, tant aux États-Unis qu'au Canada. Dans ces deux affaires impliquant des entreprises étrangères, le Canada a considéré que les mesures exigées par les autorités américaines éliminaient les risques d'effets anticoncurrentiels des fusions sur le marché canadien.

En 1997, le DER a mis fin à son examen de la transaction entre Videotron et CFCF après que le CRTC ait requis la vente de TQS pour réduire l'incidence de la transaction sur l'offre de temps d'antenne et sur l'achat d'émissions de langue française à des producteurs indépendants. La même année, le DER ayant fait part de ses réserves, Canada Waste Services (CWS) a consenti à un dessaisissement partiel avant de faire l'acquisition de l'entreprise de gestion des déchets solides non dangereux de Laidlaw qui, elle-même, avait été acquise en décembre 1996 par Allied Waste Holdings¹¹⁵. Plus récemment, lorsque CWS a annoncé l'acquisition de WMI Waste Management of Canada (WMI), le Bureau a jugé qu'un dessaisissement partiel serait nécessaire. Cette acquisition faisait suite à l'acquisition de WMI par la société mère de CWS, USA Waste Services, et au retrait de WMI du commerce de la collecte et de l'élimination des déchets solides au Canada. En octobre 1998, un accord étant intervenu avec l'entreprise, le DER a annoncé qu'il ne contesterait pas la transaction.

¹¹⁵ Par cette transaction, CWS devenait le plus important fournisseur de services de collecte et d'élimination de déchets solides non dangereux au Canada et le DER considérait que ceci entraînerait une diminution sensible de la concurrence sur quatre marchés locaux (Sarnia, Brantford, Ottawa et l'Outaouais). En avril 1997, le Tribunal a ordonné à CWS de procéder à un dessaisissement partiel et de donner un accès à prix favorable à ses décharges à l'acquéreur.

b) Ordonnances de dessaisissement partiel

Très peu de cas ont impliqué des ordonnances de dessaisissement partiel. Le plus important est l'affaire Southam/Lower Mainland Publishing. En novembre 1990, le DER avait demandé au Tribunal d'exiger de Southam la vente de deux journaux communautaires et d'une publication immobilière, c'est-à-dire *The Vancouver Courier*, le *North Shore News* et le *Real Estate Weekly*¹¹⁶. L'ordonnance du Tribunal de 1993 n'a cependant porté que sur la vente de l'un de ces deux journaux et elle fut contestée par le DER et par Southam. En 1995, Southam a aussi contesté la décision de la Cour d'appel fédérale qui avait infirmé la décision du Tribunal en faveur du DER¹¹⁷. En mars 1997, la Cour suprême a conclu, en faveur de Southam, que la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû infirmer la décision du Tribunal puisque celui-ci est un tribunal spécialisé et que la définition du marché n'était pas déraisonnable mais elle a aussi rejeté l'appel de Southam relativement à la décision du Tribunal. Suite à cette décision Southam devait, conformément à l'ordonnance du Tribunal, se départir du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly* dans un délai de six mois. Alléguant un changement de circonstances, Southam a demandé la modification de cette ordonnance pour ne vendre que l'édition du North Shore, du *Real Estate Weekly*. Cette demande fut rejetée par le Tribunal en janvier 1998. Après huit ans de controverses, ce

¹¹⁶ En 1989 et 1990, Southam avait fait l'acquisition de 13 journaux communautaires, d'une publication immobilière et de plusieurs entreprises de distribution et d'imprimerie situées dans la région de Vancouver. Southam possédait déjà *The Vancouver Sun* et *The Province*. Contrairement au DER, le Tribunal a séparé en deux marchés distincts les quotidiens et le marché de la publicité immobilière. En juin 1992, le Tribunal a conclu que l'acquisition par Southam du *The Vancouver Courier* et du *North Shore News* ne nuisait vraisemblablement pas à la concurrence mais que l'acquisition du *North Shore News* et du *Real Estate Weekly* diminuerait sensiblement la concurrence sur le marché de publicité immobilière. En décembre 1992, le Tribunal a considéré que la vente de l'une des publications réduirait les effets anticoncurrentiels de la fusion, ce qui a fait l'objet de l'ordonnance de dessaisissement du 8 mars 1993.

dessaisissement n'avait pas encore été réalisé, et lorsque Southam fit une nouvelle demande de modification de l'ordonnance du Tribunal en septembre 1998 pour ne vendre que l'édition du North Shore, le DER a finalement acquiescé.

En 1996, six ans après le début de l'affaire Southam, le DER a contesté des fusionnements intervenus sur le marché de fourniture de remorqueurs dans le port de Vancouver; il s'agit de l'affaire Seaspan¹¹⁸. La demande déposée par le DER fut contestée par Seaspan mais une entente sera finalement conclue entre l'entreprise et le DER sur certaines mesures correctives. Le DER a donc remplacé sa demande initiale de dessaisissement par une demande d'ordonnance par consentement¹¹⁹. Toutefois, en mars 1998, le Tribunal a émis une ordonnance par consentement modifiant celle de 1997; l'entreprise n'a pas à procéder au dessaisissement. La demande de modification, qui a été acceptée par le DER, reposait sur l'arrivée d'un nouveau concurrent, Tiger Tugz, sur le marché du remorquage et de l'assistance maritimes.

¹¹⁷ La Cour d'appel fédérale a statué, le 8 août 1995, que le Tribunal n'avait pas appliqué le critère approprié pour définir le marché du produit et que l'affaire devait être présentée à une nouvelle formation du Tribunal.

¹¹⁸ Dans cette affaire, deux fusions étaient visées: la première fusion avait eu lieu en octobre 1994, alors que Dennis Washington, propriétaire de C. H. Cates & Sons, avait acquis un intérêt important de Seaspan International, et la deuxième fusion était survenue en juin 1995, lorsque M. Washington a acheté la Norsk Pacific Steamship Company.

¹¹⁹ En janvier 1997, le Tribunal a émis une ordonnance par consentement qui obligeait M. Washington à choisir des éléments de l'entité fusionnée dont il devra se dessaisir. Les mesures correctives obtenues par le DER dans l'ordonnance par consentement étaient semblables à celles de sa demande initiale, mais l'importance du dessaisissement requis était réduite.

c) Conclusion sur l'application de la loi relativement aux fusionnements

L'application de la politique de la concurrence a été très favorable aux fusionnements d'entreprises¹²⁰. Le nombre d'examens a augmenté de 100% depuis 1994, et plusieurs d'entre eux portent sur des fusions horizontales qui sont de plus en plus nombreuses. Toutefois, peu de fusions ont été contestés par le DER. En réalité, moins de 15 fusions ont fait l'objet d'une demande au Tribunal en vue de dessaisissement partiel et dans plusieurs cas le DER a retiré sa demande initiale. Aussi, moins de trois fusions par année ont été abandonnées ou restructurées suite aux objections du DER.

Il apparaît donc que le contrôle des fusionnements n'a pas entraîné un grand nombre d'interventions, ce qui confirme que les autorités canadiennes considèrent, en accordant une importance considérable à la concurrence étrangère, que le libre-échange atténue les problèmes de concurrence au Canada (Dimic, 1993). Ainsi, "dans le cadre d'un marché pertinent qui peut être régional, nord-américain ou mondial, un grand nombre de fusionnements et de pratiques commerciales qui auraient auparavant soulevé des problèmes actuellement n'inquiètent pas les autorités antitrust nationales" (Weston, 1993). Comme nous l'avons constaté dans ce chapitre, la concurrence étrangère a joué un rôle très important dans plusieurs cas, bien que l'on puisse douter que la libéralisation des échanges et la mondialisation soient des substituts

¹²⁰ En juin 1998, le Bureau s'est néanmoins opposé à une alliance entre Pétro-Canada et Ultramar avant que ce projet soit abandonné. Par ailleurs, il s'est aussi opposé à l'acquisition de ICG, une division de Pétro-Canada par Superior Propane mais le Tribunal a refusé de s'opposer à cette fusion. Il s'agit des deux plus grandes entreprises sur le marché du propane et la transaction permettrait à Superior de contrôler 73% du marché canadien. Le Bureau continue de s'opposer à ce fusionnement. Superior considère que le propane est en concurrence avec d'autres sources d'énergie comme le diesel, l'électricité, le gaz naturel ou le bois; elle a aussi invoqué des gains en efficacité importants.

satisfaisants à une politique de la concurrence pour limiter l'exercice du pouvoir de marché des entreprises (Anderson et Khosla, 1995).

D'un autre côté, à mesure que le marché nord-américain se développe, un grand nombre de fusionnements ont des effets transnationaux. Plusieurs examens ont impliqué des entreprises étrangères, mais les fusions n'ont pas fait l'objet d'interdiction ou de dessaisissement complet; certaines mesures préalables ou correctives ont été exigées par le Bureau ou par les autorités étrangères. D'un autre côté, les fusionnements qui ont été examinés à l'étranger ont soulevé des différences significatives. Par exemple, l'acquisition projetée de la société de Havilland par ATR en 1991 a été bloquée par la Communauté européenne, alors qu'elle avait été autorisée par le Canada; la FTC a imposé des modifications aux termes de l'acquisition de Connaught Biosciences par l'Institut Merieux en 1991, même si aucune des deux entreprises n'avait d'actifs aux États-Unis; et, en ce qui a trait au fusionnement ABB/Westinghouse, le Département de la Justice a restructuré les accords en 1989, ce qui a amené le Bureau à déposer une requête devant le Tribunal relativement à sa propre ordonnance par consentement puisqu'il était possible que les interventions des États-Unis entravent l'application des correctifs canadiens. Nous reviendrons sur ces zones de conflits dans le prochain chapitre.

Les gains en efficacité ont joué un rôle très important dans les examens du DER. La défense d'efficacité n'a toutefois pas été un élément déterminant dans les décisions du Tribunal puisque très peu de fusionnements ont été considérés anticoncurrentiels. Le Tribunal n'a eu à se prononcer qu'une fois sur cet aspect de l'application des dispositions sur les fusionnements. Bien qu'il existe un débat sur l'interprétation de l'article 96 et sur l'approche du bien-être total, la défense d'efficacité n'a pas véritablement été remise en cause.

En somme, l'application de la loi relativement aux fusionnements est très souple.

Dans le cas le plus important de dessaisissement partiel, après plus de huit années de controverses, Southam a finalement obtenu du DER la modification de l'ordonnance du Tribunal de 1993. Le Bureau s'est toutefois opposé aux projets de fusionnement des banques. L'examen des projets des fusions des banques effectué par le Bureau est de loin le plus exhaustif et le plus important; le total des actifs des quatre banques impliquées atteignaient près de 600 milliards de dollars canadiens. Voyons ce qu'il en est.

4. Le débat sur les fusionnements des banques

En 1998, dans le cadre de la modification du cadre réglementaire du secteur financier et suite à l'annonce de deux fusions impliquant quatre des six grandes banques canadiennes, le Bureau a dû se pencher sur l'éventualité d'autoriser ces fusionnements et sur les incidences qu'elles auraient sur le système financier canadien. Rappelons que le gouvernement canadien a signé l'accord sur les services financiers de l'OMC qui prévoit la libéralisation des activités internationales des banques, des compagnies d'assurances et des firmes de courtage en 1999 et qu'il a aussi assoupli les exigences d'entrée pour les banques étrangères au Canada. Parallèlement à ces mesures, le processus de modification du cadre réglementaire du secteur des services financiers se poursuit depuis la création du *Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers* (groupe de travail) en décembre 1996. Le groupe de travail a déposé son rapport en septembre 1998 et le Bureau s'est prononcé sur les projets de fusions en décembre 1998. Revenons tout d'abord sur les travaux du Groupe de travail et sur la position du Bureau.

a) La contribution du Bureau aux travaux du Groupe de travail

En réponse au *Document de discussion* soumis par le Groupe de travail en juin 1997, le Bureau a préparé un mémoire dans lequel il estime “que c'est en s'en remettant le plus possible à la concurrence et aux forces du marché qu'on atteindra les objectifs d'intérêt public fondant le présent examen, et non en continuant à réglementer ou en recourant davantage à la réglementation” (Canada, 1997b, p. I). Ce mémoire exposait les dispositions de la loi applicables à ce secteur, c'est-à-dire les dispositions sur les fusionnements, le refus de vendre, l'abus de position dominante, les diverses formes de restrictions verticales et les dispositions criminelles concernant la publicité trompeuse, le maintien des prix, les prix d'éviction et le complot.

Les dispositions de la loi ne sont pas spécifiques au secteur financier, à l'exception de l'article 49 (1) qui interdit formellement certaines ententes entre les institutions financières fédérales¹²¹. Toutefois, en ce qui concerne les fusionnements, le Bureau a jugé nécessaire de développer des *Lignes Directrices pour l'application de la loi: fusionnements de banques* (Canada, 1998c) dont une version préliminaire était annexée au mémoire. Ces lignes directrices ont fait l'objet d'un processus de consultation qui fut enclenché en février 1998, soit un peu plus d'un mois après l'annonce par M. Cleghorn et M. Barrett du projet de fusion entre la Banque Royale et la Banque de Montréal.

Les principales recommandations du mémoire étaient les suivantes:

¹²¹ Aucune évaluation des effets anticoncurrentiels des ententes visées par cet article n'est requise, ces ententes interdites *per se*. Il s'agit des ententes sur les taux d'intérêt, les frais de services et les montants ou les types de prêts aux clients. L'article 49 (2) de la loi prévoit des exceptions lorsque ces ententes s'adressent à des clients situés à l'extérieur du Canada, à des opérations qui n'affectent pas les

- le cadre réglementaire doit être souple et reposer sur les résultats du marché plutôt que sur des résultats prédéterminés;
- les institutions financières devraient avoir le plus de latitude possible dans le choix des produits et services, notamment elles devraient être autorisées à offrir du crédit-bail et des produits d'assurance à leurs clients;
- le ministre des Finances ne devrait pas s'opposer à l'acquisition d'une institution financière fédérale pour des raisons de concurrence, puisque cette tâche revient au DER, au Tribunal et aux tribunaux judiciaires¹²²;
- dans une perspective plus large d'intérêt public, le groupe de travail devrait recommander au ministre des Finances des critères à appliquer dans son évaluation des fusionnements;
- les allégations selon lesquelles seuls les fusionnements permettent de faire face à la concurrence étrangère doivent être examinées en fonction de l'intérêt public et dans la mesure où les stratégies qui visent les marchés étrangers requiert le fusionnement d'institutions canadiennes, le cadre réglementaire devrait encourager la concurrence étrangère et permettre aux banques étrangères d'établir des succursales au Canada (l'effet d'une modification éventuelle des restrictions relatives à la propriété des banques sur la concurrence doit être pris en considération);
- la mondialisation des marchés requiert de prendre des mesures au niveau international pour que le contrôle réglementaire et l'application de la loi se fassent de façon cohérente et efficace et dans la coopération.

b) L'annonce des projets de fusionnement

L'annonce du fusionnement de la Banque Royale et de la Banque de Montréal en janvier 1998 et celle, en avril suivant, du projet de fusion de la CIBC et de la banque

clients, ou qui ont trait à l'échange de statistiques ou de renseignements de solvabilité, ou encore à l'utilisation d'installations communes.

¹²² L'application des dispositions relatives aux fusionnements devrait permettre d'atteindre l'objectif qui est actuellement recherché par la règle voulant que "les grandes institutions financières ne s'achètent pas entre elles" qui découle des notes explicatives des modifications apportées à la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* en 1990. Cette règle signifie que le ministre des Finances doit tenir

Toronto-Dominion, ont exercé des pressions sur le processus de modification du cadre réglementaire¹²³. Le ministre des Finances, Paul Martin, surpris par le projet de fusion de la Banque Royale et de la Banque de Montréal, a déclaré qu'un changement aussi fondamental de la structure des marchés financiers ne pouvait être permis avant que le groupe de travail ne se prononce, mais l'annonce de la fusion de la CIBC et de la Toronto-Dominion fut accueillie plus favorablement. Depuis janvier 1998, les regroupements d'institutions financières s'étaient multipliés à l'étranger. Aux États-Unis, on observait les fusions de Citicorp et de Travelers, de Nations Bank et Bank America, et de la First Chicago avec Bank One. En Suisse, le Crédit Suisse avait annoncé l'acquisition de Winterthur. En Grande-Bretagne, le HSBC développait ses opérations internationales en Amérique du Sud et de grandes manoeuvres ont aussi lieu en Allemagne et au Japon. En novembre 1998, c'était au tour de la Deustch Bank d'annoncer une fusion avec une banque américaine, la Banker's Trust, ce qui la plaçait au premier rang mondial. Présentant leurs fusions comme la réponse canadienne à la concurrence des sociétés étrangères sur le marché canadien et sur le marché mondial, les banques canadiennes ont mis l'emphase sur l'importance qui devrait être accordée à la concurrence étrangère et aux gains en efficacité¹²⁴. Elles justifient la nécessité de la déréglementation et de l'autorisation de leurs projets de fusionnement par les

compte de la taille des institutions, ainsi que de leurs activités à l'échelle mondiale, lorsqu'il doit autoriser ou interdire l'acquisition ou la fusion d'institutions financières.

¹²³ L'entité créée par la fusion de la Banque Royale et la Banque de Montréal aurait un actif de 453 milliards de dollars canadiens, des revenus de 16,5 milliards de dollars canadiens et des bénéfices de 3 milliards de dollars canadiens (dont 40% réalisé à l'extérieur du Canada). Elle couvrirait entre 30 et 35% du marché canadien et elle serait dans les dix banques les plus importantes en Amérique du Nord et la 22ième au monde. Dans le cas de la fusion Toronto-Dominion/CIBC, la nouvelle banque aurait une taille à peu près comparable. Reste à savoir si le processus de concentration serait suivi par une fusion de la Banque Scotia et de la Banque Nationale; si la structure du marché des services financiers évoluerait alors vers un partage entre 3 ou 4 grandes banques ou encore vers un duopole, avec au Québec, le Mouvement Desjardins comme rempart contre une concentration excessive.

¹²⁴ Notons la présence au Canada de la Banque de Hong Kong et de la Citibank ainsi que l'entrée de Wells Fargo, de MBNA Capital One Financial, de ABN-Amro, de GE Capital, d'AT&T Capital Canada et d'une "banque virtuelle" des Pays-Bas (ING).

économies d'échelle permettant d'accroître leur compétitivité, leur efficacité et l'innovation. Cela dit, le danger est que, par cette stratégie, les banques se servent de la déréglementation et de la concentration pour accroître leurs bénéfices au détriment de l'intérêt public¹²⁵. Comment garantir le jeu de la concurrence?

c) La concurrence étrangère, les gains en efficacité et l'innovation

Une concentration excessive a traditionnellement justifié la réglementation étatique, mais la réglementation n'est plus l'option retenue; les deux piliers de la refonte du cadre réglementaire du système financier sont de favoriser les forces du marché et de libérer les banques des contraintes réglementaires pour leur permettre de s'ajuster et d'innover. C'est donc au droit de la concurrence qu'il revient de garantir que les stratégies des institutions financières respectent certaines règles du jeu concurrentiel.

Dans la perspective du Bureau, la concurrence étrangère peut jouer un rôle important surtout dans la perspective de l'élimination éventuelle des restrictions sur la propriété des institutions financières et des restrictions sur les institutions étrangères¹²⁶. Cette

¹²⁵ Une première phase de concentration a, au cours des dernières années, été caractérisée par l'acquisition par les banques de la plupart des sociétés de fiducie et des maisons de courtage. On assisterait maintenant, dans le cas où les fusionnements étaient approuvés, à une seconde phase de concentration qui serait beaucoup plus significative.

¹²⁶ Les restrictions sur la propriété inscrites dans la *Loi sur les banques* limitent à 10% la participation d'une personne ou d'un groupe de personnes dans une banque, ce qui constitue un obstacle aux fusionnements. Selon le DER, cette restriction vise à protéger la stabilité des institutions financières plutôt que la concurrence. Puisqu'elles limitent la concurrence en vue du contrôle des institutions, l'on compte davantage sur la concurrence entre les institutions. Elles limitent aussi les pressions concurrentielles exercées par l'économie mondiale, en réduisant la marge de manœuvre des institutions canadiennes et en interdisant les fusionnements avec les banques étrangères. En ce qui a trait aux restrictions visant les institutions étrangères, elles sont de trois types: le plafonnement des actifs à 25%, la limitation des succursales et les exigences d'affiliation. Suite aux accords internationaux, le plafonnement est remis en cause et les restrictions relatives aux succursales ont été

approche peut cependant surestimer la concurrence étrangère pour trois raisons: 1) les banques étrangères concentrent leurs activités sur des niches spécialisées; 2) il n'est pas certain qu'elles soient intéressées à établir un réseau de succursales pour rivaliser avec les banques canadiennes, d'autant que ces réseaux peuvent devenir un fardeau pour les banques canadiennes; et, 3) il existe aussi la possibilité que le rôle concurrentiel de la concurrence étrangère soit éliminé par d'éventuelles acquisitions étrangères d'institutions canadiennes.

Le rôle de l'innovation et de l'efficacité sont aussi des éléments qui peuvent jouer en faveur de l'autorisation des fusionnements des banques. La Banque Royale et la Banque de Montréal avaient d'ailleurs annoncé que la nouvelle banque investirait 7 milliards de dollars canadiens sur 5 ans dans le développement technologique pour s'ajuster aux nouvelles formes de concurrence avec de nouveaux produits et de nouveaux réseaux. L'intérêt pour les niches spécialisées à haut rendement est très important et les réseaux traditionnels sont de plus en plus en marge des nouveaux services financiers, ce qui suggère que les réseaux de succursales ne seraient plus réellement une barrière à l'entrée, mais plutôt un désavantage concurrentiel. Le développement technologique favorisait l'émergence de ce qu'il convient d'appeler des "banques virtuelles". La question qui se pose pour l'examen du Bureau est: dans combien de temps?

Plus immédiatement, c'est du décloisonnement du secteur financier dont il est question puisqu'il s'agit de permettre aux banques d'investir dans les activités de courtage, les fonds communs de placement, la planification financière, l'assurance et le

éliminées pour les banques américaines et mexicaines. Ne restent que les exigences d'affiliation et, pour les banques de l'extérieur de l'Amérique du Nord, les restrictions sur le nombre de succursales.

crédit-bail¹²⁷. Sur ce point, le mémoire du Bureau considérait que les gains en efficacité étaient possibles. Pour le ministre des Finances par contre, les sources d'inquiétudes étaient plus nombreuses notamment en ce qui avait trait aux effets de la pénétration des banques sur les marchés de l'assurance et du crédit-bail pour la survie des courtiers et des vendeurs d'automobiles indépendants. Pour le Bureau, une telle éventualité ne posait pas de problème de concurrence; au contraire la concurrence en serait accrue. À son avis, pour que les craintes des courtiers et des vendeurs se matérialisent, il faudrait que les banques agissent de concert pour introduire des prix d'éviction, ce qui est illégal, et qu'elles puissent récupérer les pertes encourues par cette stratégie sans craindre l'entrée de nouveaux concurrents, ce qui serait improbable.

En 1998, les lignes directrices sur les fusionnements des banques ont été rendues publiques et le Bureau a terminé son examen des projets de fusions en décembre¹²⁸. Le Bureau a jugé que ces fusions soulevaient des interrogations sur certains marchés et que le rôle de la concurrence étrangère, de l'innovation et de l'efficacité ne pouvaient, dans le délai requis par la loi, éliminer les effets anticoncurrentiels des fusions¹²⁹. Bien que l'opposition aux projets actuels soit importante, il serait étonnant que les fusionnements des banques ne soient pas, à un moment ou à un autre, autorisés, d'autant qu'ailleurs dans le monde, les fusionnements se multiplient et que la taille

¹²⁷ Malgré le décloisonnement amorcé depuis 1985, les banques font toujours face à des restrictions quant aux services financiers qu'elles peuvent offrir. La réforme de 1992 a réduit la distinction entre les marchés des banques, des sociétés de fiducie et des sociétés d'assurance, mais cette convergence des marchés n'est pas complète tant que les banques ne pourront entrer sur le marché des assurances et des produits de crédit-bail.

¹²⁸ C'est toujours le ministre des Finances qui doit se prononcer. Le Bureau a fait part de son examen au ministre.

¹²⁹ L'examen a porté plus spécifiquement sur les segments de marché où le seuil de concentration atteignait 35% (les produits des succursales, les cartes de crédit et les valeurs mobilières). L'examen

relative des banques canadiennes sur le marché mondial après la réalisation des fusions serait toujours petite face aux institutions étrangères.

Dans le cas des projets actuels toutefois, le ministre des Finances a décidé de ne pas les autoriser, tout en spécifiant que les banques pourront présenter de nouveaux projets. Cette décision va dans le sens du rapport du groupe de travail MacKay: celui-ci avait recommandé que les fusionnements soient rendus possibles, mais que des mesures soient prises pour protéger les consommateurs, notamment par le truchement de l'examen des fusionnements par le Bureau. Il semble que les banques se préparent à soumettre de nouveaux projets qui prendraient en considération les mesures requises par le gouvernement et le Bureau. Il semble aussi que les fusionnements pourraient alors être autorisés.

Avec la multiplication des fusionnements dans le secteur financier, les problèmes de concentration et de stabilité financière sont de plus en plus transportés au niveau international. Le mémoire du DER avait souligné la nécessité de promouvoir l'internationalisation de l'application des politiques de la concurrence et d'élargir la coopération internationale entre les organismes de réglementation en matière de services financiers¹³⁰. En réalité, la libéralisation et la déréglementation nationale des services financiers ont une très large avance par rapport à un éventuel cadre réglementaire international, ce qui laisse supposer que la communauté internationale devra compter sur le marché “mondial” pour assurer la stabilité du système financier,

du Bureau fut critiqué notamment en rapport avec son analyse des changements technologiques et la période de 2 ans utilisée dans l'analyse des effets anticoncurrentiels.

¹³⁰ P. Martin s'est d'ailleurs fait lui-même l'avocat d'une démarche de réglementation internationale en s'opposant à l'approche des États-Unis et du Royaume-Uni.

régler le jeu concurrentiel et contrer les effets anticoncurrentiels d'une concentration accrue dans ce secteur.

D. Conclusion

L'application de la loi n'a pas donné lieu à des mesures très interventionnistes de la part des autorités responsables de la concurrence. Certes, certaines ententes ont été interdites et, plus récemment, quelques poursuites importantes ont ciblé des ententes internationales. Il demeure toutefois que pour la loi canadienne, la grande majorité des ententes ne sont pas illégales.

Malgré le degré élevé de concentration de l'économie canadienne, les cas d'application de la loi aux abus de positions dominantes ont été très peu nombreux. Le DER n'a fait que six demandes au Tribunal dans des affaires relatives à l'article 79 contre NutraSweet, Laidlaw, Nielsen, AGT, Télé-Direct et Banque de Montréal (Interac). Conformément à l'approche canadienne, les poursuites ont porté sur les pratiques abusives, plus particulièrement sur les pratiques contractuelles, des entreprises dominantes plutôt que sur les considérations structurelles.

L'approche canadienne est très favorable aux fusionnements d'entreprises: 1) bien que le nombre et la taille des fusionnements prennent de l'importance, le pourcentage des transactions examinées par rapport aux transactions annoncées n'a pas augmenté; et, 2) dans la quasi-totalité des cas, les transactions examinées ne soulevaient pas d'inquiétudes sur le plan concurrentiel. La concurrence potentielle et la concurrence étrangère ont joué un rôle important dans l'examen des fusionnements. Si la défense d'efficacité n'a pas été déterminante dans les décisions du Tribunal, les examens du

Bureau y ont accordé une importance considérable; en fait, la raison principale qui explique le rôle limité de la défense d'efficacité est le nombre restreint de transactions qui ont été contestées par le Bureau.

Dans les cas où les fusions furent contestées, le Bureau a favorisé des solutions négociées et qu'il n'a jamais demandé de dessaisissement complet. Le Tribunal n'a eu à se prononcer que sur une quinzaine de fusionnements. Certains cas, notamment l'affaire Southam, l'affaire Sanimal et l'affaire Canadien Pacifique, ont motivé des demandes de dessaisissement partiel, mais ils ont été litigieux; dans le premier cas, le dessaisissement n'a pas été réalisé et une demande de modification a finalement été acceptée par le DER et le Tribunal pour réduire l'importance du dessaisissement; dans le second cas, le DER a finalement retiré sa demande initiale après plusieurs années de litiges; et, dans le troisième cas, la demande a été abandonnée suite à l'entrée de concurrents étrangers. Dans l'affaire Seaspan, la demande de dessaisissement a aussi été retirée. Malgré un refus des projets initiaux et bien que le secteur financier soit très concentré, le Bureau ne s'oppose pas à une éventuelle autorisation des regroupements des institutions financières.

Somme toute, l'application de la loi confirme la très grande souplesse de la politique de la concurrence du Canada face à la concentration économique. Elle confirme que l'approche canadienne mise plutôt sur les effets proconcurrentiels de la concurrence étrangère et sur les gains en efficacité pour compenser les effets anticoncurrentiels des pratiques corporatives. Toutefois, le nombre de plaintes a augmenté; elles sont passées de 1424 en 1995-96, à 2040 en 1996-97, pour atteindre 6939 en 1997-98.

(Canada, 1998b). En contraste, de 1986 à 1998, seulement 26 demandes furent présentées au Tribunal¹³¹.

Mentionnons que sur ces 26 demandes au Tribunal, trois affaires portaient sur le refus de vendre; elles ont impliquées Chrysler (1988), Xerox (1990) et Warner (1997). Le cas Warner a une importance considérable puisque le Tribunal a effectivement reconnu, comme le suggérait Warner, qu'il ne possédait pas les compétences nécessaires pour obliger Warner à accorder des licences à l'entreprise BMG pour fabriquer, distribuer ou vendre des produits enregistrés par Warner. La question de l'interface entre le droit de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence fut donc importante. Warner a aussi contesté la portée extraterritoriale de la loi en arguant que la loi canadienne ne pouvait atteindre les filiales américaines de Warner¹³². L'incertitude que soulèvent les questions de droits de propriété intellectuelle et d'application extraterritoriale pose d'importants défis à la loi. Avec la priorité croissante des objectifs d'innovation et de compétitivité internationale au sein de la politique économique canadienne pour permettre aux entreprises canadiennes de faire face à la concurrence sur les marchés internationaux, la politique de la concurrence doit en effet faire une balance de plus en plus complexe entre des objectifs souvent contradictoires et son application suggère qu'elle adopte une approche très souple pour éviter de faire obstacle à l'ajustement et aux stratégies des entreprises.

Cette attitude est d'autant plus indiquée dans le contexte de la croissance des opérations transfrontalières. La loi a ciblé certaines opérations transfrontalières, et dans le cas de certaines ententes et fusions internationales, les enquêtes et les mesures

¹³¹ Treize autres demandes portaient sur la réouverture des affaires pour modifier ou annuler les décisions “définitives” du Tribunal (Canada, 1998b).

d’interdiction ou correctives ont bénéficié de la collaboration ou des décisions des autorités américaines, mais les problèmes d’extraterritorialité posent un défi de taille aux autorités canadiennes tant au niveau de l’orientation de la politique de la concurrence qu’au niveau de son application. Les cas de coopération internationale, qui sont d’ailleurs, admettons-le, de plus en plus nombreux, ne signifient pas que la politique de la concurrence n’est pas en concurrence systémique avec les lois étrangères. Comme nous allons voir dans le chapitre suivant, les différences internationales persistent et la convergence des approches nationales indique que les politiques de la concurrence deviennent un instrument très important dans le cadre des nouvelles stratégies des États. En réalité, la coopération internationale, dans ses formes actuelles, serait une façon de gérer la concurrence systémique entre les systèmes nationaux beaucoup plus qu’un moyen d’ériger un véritable droit économique supranational.

¹³² BMG s’approvisionnait chez The Columbia House Company dont Warner détenait 50%.

Dans la mesure où la libéralisation des échanges internationaux peut réduire la pertinence de la politique de la concurrence, la politique canadienne accorde un rôle pro-concurrentiel à la concurrence internationale. Toutefois, le directeur du Bureau reconnaît que “la présence des concurrents étrangers dans l'économie canadienne ne garantit pas que le marché intérieur est exempt de pratiques anticoncurrentielles” (Canada, 1998a (1994), p. 12). D'une part, les conditions internes de la concurrence peuvent réduire l'accès au marché, et d'autre part, la concurrence étrangère, par le truchement du commerce ou de l'investissement international, peut ne pas avoir l'effet pro-concurrentiel escompté. Par exemple, les importations d'une entreprise en position dominante à l'étranger, ou d'un cartel à l'exportation, ont souvent des effets anticoncurrentiels. Ainsi, le Directeur note-t-il: “devant la poussée de la mondialisation et de la libéralisation des échanges commerciaux et devant les possibilités de collusion anticoncurrentielle d'intérêts privés existant en dehors de nos frontières, le Bureau doit accorder davantage d'importance au domaine antitrust international” (Canada, 1998a (1994), p. 3). En réalité, la libéralisation n'a pas éliminé les problèmes de concurrence; elle a même transporté les politiques de la concurrence sur la table des négociations internationales¹³³.

¹³³ Aussi est-il significatif de relever que l'OMC ait consacré le dossier spécial de son rapport annuel de 1997 à la politique de la concurrence, celui de 1996 ayant porté sur l'investissement international, et que le *World Investment Report* de 1997 de la CNUCED est titré “Transnational Corporations, Market Structures and Competition Policy” (OMC, 1997 et CNUCED, 1997).

La dimension internationale de la politique de la concurrence du Canada vise deux objectifs distincts: promouvoir les entreprises canadiennes sur les marchés internationaux et défendre le marché canadien contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères. Le premier objectif repose sur la souplesse de la politique de la concurrence et le deuxième dépend de la possibilité de contrer l'application des lois étrangères et les pratiques anticoncurrentielles des entreprises étrangères. Dans les deux cas, l'impact de la politique de la concurrence déborde du marché canadien. Le Canada se doit donc d'être un partenaire "coopératif" et d'entretenir des relations cordiales avec ses partenaires commerciaux tout en défendant les intérêts canadiens au Canada et sur les marchés internationaux. L'importance de la coopération internationale augmente non seulement en raison de l'internationalisation des pratiques corporatives mais aussi en raison de l'internationalisation des politiques de la concurrence.

Deux obstacles limitent la coopération internationale: 1) l'orientation nationale de la politique de concurrence; et, 2) la convergence internationale des cadres réglementaires orientés vers les objectifs d'efficacité et de compétitivité qui met paradoxalement les politiques de la concurrence au service des intérêts nationaux, ce qui alimente la concurrence systémique. Comme la politique de la concurrence joue un rôle stratégique qui affecte les positions relatives des concurrents sur les marchés, son rôle dans la promotion de l'intégration économique internationale est donc incertain. Au niveau international, il ne s'agit donc pas de réduire de simples frictions systémiques; insérées dans le cadre de politiques orientées sur la croissance extérieure, les politiques de la concurrence accentuent la rivalité internationale, ce qui requiert en matière de coopération internationale d'aller au-delà d'une "cohabitation améliorée" des lois nationales.

En réalité, les efforts de coopération internationale semblent servir à baliser un processus d'internationalisation unilatéral des politiques de la concurrence et à limiter les effets des pratiques étrangères sur les entreprises et les marchés nationaux plutôt qu'à protéger la concurrence. Certes, la coopération est en nette progression, mais elle tend vers des formes qui favorisent la souplesse et le pragmatisme des cadres réglementaires d'une part, l'intégration de considérations économiques reliées à l'insertion des entreprises nationales dans l'économie mondiale d'autre part, ce qui accentue, dans un cas comme dans l'autre, les risques de conflits dans la mesure où la définition des pratiques interdites et des critères d'évaluation est de plus en plus "arbitraire".

La concurrence systémique découle du fait que la plupart des lois nationales se sont assouplies lorsqu'il s'agit de promouvoir la compétitivité des entreprises alors qu'elles trouvent une nouvelle rigueur quand il s'agit de contrer les pratiques étrangères. La coopération internationale est au prise avec les effets de cette concurrence qui se joue entre les systèmes nationaux. Chose certaine, la Canada doit nécessairement prendre en considération le fait que les conditions de la concurrence sont affectés non seulement par les entreprises mais aussi par les autorités responsables de la concurrence à l'étranger. Ces dernières sont, comme la politique de la concurrence canadienne, engagées dans une logique de concurrence systémique. Les politiques de la concurrence des États-Unis, de l'Union Européenne et du Japon seront abordées successivement afin de faire ressortir leur souplesse vis-à-vis des pratiques des entreprises nationales et leur renforcement face aux pratiques étrangères.

A. États-Unis

1. Introduction

La politique de la concurrence des États-Unis est sans aucun doute la plus connue et la plus interventionniste au monde. Cependant, elle ne fut pas toujours appliquée avec la même rigueur; plusieurs moyens d'exemption et de défense existent et ont été utilisés depuis l'adoption de la loi Sherman en 1890. Aussi, depuis une vingtaine d'années, un changement majeur d'orientation a eu un impact très considérable sur la politique de la concurrence américaine. Ce changement s'est premièrement manifesté par la mise en veilleuse de l'action antitrust dans les années 80 pour ensuite se traduire, dans les années 90, par un débat sur l'application des lois dans un contexte de la globalisation économique qui accorde plus de poids à la défense d'efficacité, à l'innovation et à la concurrence étrangère. Bellon a souligné cette rupture en distinguant la première révolution antitrust, qui a débuté en 1890, de la seconde, qui s'est imposée dans les années 80, les deux étant fondées “sur des approches sensiblement différentes des concepts de pouvoir de marché et d'efficacité des structures et, plus largement, des rapports entre la collectivité et l'entreprise aux États-Unis” (Bellon, 1993, p. 10).

La loi américaine, du moins jusqu'au changement d'orientation des années 80, se concentre principalement sur l'intérêt du consommateur d'où la nécessité de garantir la concurrence effective et de prévenir la concentration du pouvoir économique. À

l'origine, la politique de la concurrence avait strictement un caractère juridique; elle se souciait peu des comportements des entreprises au niveau économique. Il s'agissait avant tout de prévenir la création de puissances économiques incompatibles avec les principes de la démocratie et de la liberté économique; autrement dit, d'éviter les conflits entre la capitalisme et le libéralisme. Généralement, les États-Unis accordaient peu d'importance à l'analyse économique et, bien que la concentration était acceptée, elle devait être contrôlée. Le changement d'attitude face à la politique de la concurrence dans les années 80 fut, en grande partie, une réponse à la perte de compétitivité des entreprises américaines qui, pour les économistes ultra-libéraux et les défenseurs d'une politique industrielle active, s'expliquait en partie par le fait que la politique de la concurrence affaiblissait la position des firmes américaines face à l'étranger. Revenons tout d'abord sur la politique de la concurrence des États-Unis avant ce changement d'orientation.

Bellon (1993) a distingué quatre phases dans la première révolution antitrust. La première période, de 1889 à 1905, fut marquée par d'importants débats et par deux poursuites significatives. En 1899, l'affaire Addison Pipe and Steel a établi qu'une entente était illégale en soi tandis qu'en 1904, le démantèlement de Northern Securities de J.P. Morgan a démontré que l'application de la loi aux monopoles était essentiellement un processus juridique qui ne devait pas tenir compte des effets de la concentration sur l'efficacité. La seconde période, entre 1906 et 1920, fut marquée par d'importantes poursuites; les plus grandes entreprises ont fait l'objet de poursuites relativement aux dispositions visant les monopoles. En 1911, l'application de la loi a provoqué le démantèlement de Standard Oil, d'American Tobacco, de Corn Product Refinery et de Du Pont de Nemours. Ces démantèlements reposaient sur la notion de mauvais "trusts" puisque les décisions étaient fondées sur la règle de raison, ce qui signifie que les autorités devaient prouver que les ententes étaient néfastes.

C'est d'ailleurs ce qui a permis la défense de American Can Co. en 1916 et de la US Steel en 1920 contre l'application de la loi Sherman; ces derniers furent considérés comme étant des bons "trusts". C'est donc dans cette période que certains fléchissements de la loi ont permis de justifier certaines ententes et certains des cartels à l'exportation¹³⁴.

Durant la troisième période, de 1920 à 1938, la politique de la concurrence fut mise en sommeil. Entre 1933 et 1935, la politique du New Deal mise en oeuvre par Roosevelt pour faire face à la crise économique était effectivement incompatible avec l'application de la politique de la concurrence. La politique du New Deal (National Recovery Act) permettait la mise en oeuvre de "codes de concurrence loyale" entre les entreprises. Mais cette loi a été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême, et l'on a assisté à une certaine revitalisation de l'action antitrust entre 1936 et 1940. Si ce n'est véritablement que suite à la Seconde Guerre Mondiale que la cartellisation et la monopolisation seront attaquées sévèrement, il faut souligner qu'à partir de la fin des années 30, un débat important fut amorcé relativement à l'impact de la concentration industrielle. Aux États-Unis, c'est particulièrement le développement des thèses des institutionnalistes qui a spécifié les termes du débat. En effet, de Veblen, en passant par Commons jusqu'à Galbraith, s'installe l'idée que l'économie doit être abordée en utilisant des approches alternatives qui intègrent la grande entreprise, les autres institutions économiques et le rôle des politiques économiques. Bien que ce courant soit loin d'être homogène, d'ailleurs Galbraith a refusé d'y être officiellement lié (Beaud et Dostaler, 1993), on retrouve une ouverture commune vers une "économie"

¹³⁴ Le démantèlement de la Standard Oil n'a pas affecté son réseau à l'étranger et que la décision de la Cour suprême de rejeter le démantèlement de US Steel Corporation évoquait des considérations reliées au commerce extérieur. Pour une discussion de la distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes, voir Fox et Sullivan (1990).

alternative à celle qui était proposée par la théorie néo-classique et qui a ouvert un énorme champ de travaux, notamment sur la firme et les structures de marché, qui ont eu une très grande influence sur la politique de la concurrence américaine.

A partir de la fin des années 30 jusqu'à la fin des années 70, c'est-à-dire pendant la quatrième période, si aucun démantèlement ne fut ordonné, l'approche américaine a généralement été méfiante face à la concentration économique que ce soit au niveau vertical aussi bien qu'au niveau horizontal¹³⁵. Durant cette période, l'influence des travaux de Bain (1956) sur les liens entre la concentration industrielle et les barrières à l'entrée a d'ailleurs renforcé l'aversion américaine face au monopole et à la concentration excessive. Effectivement, à partir de la fin des années 60, les autorités responsables de la concurrence ont adopté l'approche structuraliste de l'école de Harvard. Elles n'ont accordé que peu d'importance aux considérations d'efficacité et de compétitivité des entreprises et les conditions de la concurrence sur le marché américain étaient déterminantes.

Le changement d'orientation amorcé à la fin des années 70 a modifié les principes de l'action antitrust qui accordera un poids considérable aux analyses économiques de l'école de Chicago (Kwoka et White, 1989). Premièrement, les arguments en faveur du laissez-faire ont favorisé la mise en veilleuse de l'action antitrust. Tout l'arsenal antitrust fut critiqué comme étant non pertinent, inefficace, onéreux et contre-productif et pour être au service de certaines entreprises qui s'en servaient pour

¹³⁵ L'affaire Alcoa (1945) a confirmé l'illégalité formelle des monopoles; DuPont de Nemours a dû vendre sa participation dans General Motors; les affaires Western Electric et IBM ont fait l'objet d'un compromis en 1956; les dispositions sur les fusions furent appliquées aux banques en 1963 dans le cas Philadelphia National Bank; et, de 1969 à 1974 des poursuites ont ciblé IBM, LTV, ITT, et AT&T.

réduire la concurrence (Devey, 1990). La poursuite contre IBM fut abandonnée en 1982 et celle d'AT&T a abouti au démantèlement de 1984. Ce mouvement a été accompagné de la déréglementation massive de plusieurs secteurs de l'économie américaine pour favoriser les forces du marché et la réduction des barrières à l'entrée, et d'une emphase accrue sur les critères d'efficacité dans la jurisprudence. Par ailleurs, l'idée apparaît que la politique de la concurrence doit jouer un rôle pour favoriser la compétitivité des entreprises et de l'économie américaines. Par exemple, en 1984, le *National Cooperative Research Act* a permis les accords de coopération entre firmes indépendantes au niveau de la R&D.

Le changement d'orientation ne s'est pas traduit par la modification des lois; les critères d'efficacité et de compétitivité ont cependant pris une importance marquée dans la jurisprudence et dans l'élaboration des lignes directrices qui guident l'interprétation de certains textes. La jurisprudence a porté son attention sur le comportement des entreprises, et non plus exclusivement sur les caractéristiques structurelles des industries puisque la concentration pouvait favoriser l'efficacité et que les concurrents potentiels garantissaient la contestabilité des marchés.

L'assouplissement de l'action antitrust a été manifeste au niveau du nombre réduit de poursuites, du développement des exceptions, de l'importance accordée à la concurrence étrangère, de la promotion des accords de coopération en R&D, du rôle important que devait jouer la déréglementation dans la promotion de la concurrence, des mesures prises contre les restrictions verticales, les fusions et la prédateur et de l'élargissement de la définition du marché pertinent.

La politique de la concurrence constitue désormais le premier substitut à une politique industrielle explicite en prenant une orientation moins coercitive et plus stratégique qui, comme le suggère Bellon, "n'apparaît naturellement pas au hasard et constitue

une réponse explicite aux difficultés structurelles de l'industrie américaine devant les nouvelles données de la compétitivité mondiale et de l'inadaptation de son organisation et de ses institutions” (Bellon, 1993, p. 17)¹³⁶. Avec l'arrivée de l'administration Clinton, l'idée de réactiver la politique de la concurrence et de favoriser la rivalité concurrentielle a refait surface, et elle a motivé certaines poursuites importantes notamment contre Microsoft et Intel. Il n'est pas question d'un retour à une approche structuraliste bien que certains économistes aient supporté une orientation structuraliste (Adams, 1990; Adams et Brock, 1992). Il s'agirait plutôt d'éviter la sous-évaluation des effets anticoncurrentiels en accordant trop d'importance aux théories qui lient la concentration aux gains en efficacité, qui n'ont d'ailleurs pas été réalisés malgré la période de clémence dont les entreprises ont bénéficié durant les années 80¹³⁷. L'accent est mis sur une approche plus empirique que celle des ultra-libéraux.

L'une des premières actions de la nouvelle administration fut de réviser les lignes directrices en matière de restrictions verticales qui sous-estimaient le potentiel anticoncurrentiel des restrictions verticales intra-marques et affirmaient l'existence de gains en efficacité (Souty, 1994). Le changement que la nouvelle administration a apporté ne doit pas être surévalué. Dans les années 90, les États-Unis ont favorisé le mouvement de consolidation à travers les opérations de fusionnement et ils ont renforcé l'exemption des cartels à l'exportation et les mesures pour discipliner la concurrence étrangère. Il faut mentionner que plusieurs économistes ont justifié

¹³⁶ Pour une critique de la politique de la concurrence américaine, voir Eisner (1991).

¹³⁷ Pitofsky (1996) souligne que l'orientation de la politique de la concurrence au 21ème siècle ne peut être fondée sur l'approche rigoureuse des années 60 lorsque la concurrence internationale était presque nulle ni sur l'approche ultra-libérale des années 80. L'orientation de la politique de la concurrence doit établir un “common ground” approprié pour le 21ème siècle.

l'utilisation de la politique de la concurrence dans le cadre d'une stratégie nationale en matière de compétitivité (Reich, 1980, 1983). Aussi, de plus en plus, la rigueur de l'application des lois dépend de l'évaluation de la concurrence étrangère et du contrôle effectif des pratiques restrictives par les autorités étrangères pour favoriser l'accès aux marchés internationaux des entreprises américaines, autant que sur la compétitivité des entreprises américaines face aux entreprises étrangères, plus particulièrement face aux entreprises européennes et japonaises (Thurow, 1993). Nous allons maintenant aborder les dispositions de la loi en soulignant l'assouplissement de son application et le renforcement des dispositions visant les entreprises étrangères.

Tout d'abord, il faut mentionner que l'application de la politique de la concurrence repose sur l'action de la Federal Trade Commission (FTC), de la Division Antitrust du Département de la Justice et des États, et que plusieurs textes de loi forment l'arsenal antitrust américain. La loi la plus importante est certainement la loi Sherman de 1890 qui s'attaque aux ententes, monopoles et tentatives de monopolisation au niveau du commerce intérieur ou extérieur. Deux autres lois, adoptées en 1914, sont d'une grande importance; il s'agit de la loi Clayton et de la loi sur la FTC¹³⁸. La loi Clayton fut adoptée pour compléter la Section 2 de la loi Sherman sur les monopoles et la monopolisation. Elle a permis d'élargir la portée de la politique de la concurrence à des pratiques commerciales restrictives comme la discrimination par les prix, la vente exclusive, la vente liée ainsi que le contrôle croisé de firmes concurrentes. La Section 7 de la loi interdit les fusions qui réduisent substantiellement la concurrence. D'autres lois ont apporté des précisions et des amendements à la politique de la concurrence; il s'agit de la loi Webb-Pomerene (1918) sur les cartels à l'exportation, de

la loi Robinson-Patman (1936)¹³⁹ sur les restrictions verticales, de la loi Celler-Kefauver (1950)¹⁴⁰ et de la loi Hart-Scott-Rodino (1978) sur la notification des fusions.

2. Les ententes

En principe, aux États-Unis, les ententes sont interdites *per se* en vertu de l'article 1 de la *Loi Sherman*, dès lors qu'elles restreignent le commerce intérieur. Nous avons mentionné que la jurisprudence a toutefois tenté de distinguer les “bonnes” des “mauvaises” ententes. Avec l'influence de l'école de Chicago sur la jurisprudence américaine, l'utilisation de la règle de raison pour empêcher l'action antitrust fut généralisée à quasiment presque tous les cas d'ententes. Certains autres infléchissements, plus spécifiques, sont remarquables en rapport avec les accords de coopération en R&D et les restrictions verticales et ils ont permis d'intégrer les considérations d'innovation et d'efficience. Soulignons que des modifications apportées en 1993 au National Cooperative Research Act exigent que les installations de la co-entreprise soient situées aux États-Unis, ce qui constitue un traitement

¹³⁸ La FTC est indépendante du gouvernement. Elle détient des pouvoirs quasi-judiciaires pour l'application des lois antitrust. Elle peut entreprendre des poursuites criminelles mais elle ne peut imposer de peines criminelles. Elle peut imposer des amendes.

¹³⁹ Elle a amendé la section 2 de la loi Clayton sur la discrimination par les prix. Si la loi Clayton nécessitait de faire la preuve d'une réduction de la concurrence, la loi Robinson-Patman rend illégale la discrimination qui a comme effet de désavantager, d'éliminer, ou de réduire la concurrence. Cette loi répondait aux préoccupations des petites entreprises face au développement de grandes chaînes. Il s'agissait à l'époque de protéger des petites épiceries. Posner (1976) a critiqué cette loi puisqu'elle favorise la défense des concurrents plutôt que l'intérêt du consommateur.

¹⁴⁰ La loi Celler-Kefauver a apporté des amendements à la Section 7 de loi Clayton pour inclure les achats partiels des actifs d'une autre entreprise dans les fusionnements visés par la loi. Auparavant, la loi Clayton ne s'appliquait qu'aux rachats d'entreprises et non aux rachats d'actifs. La loi Celler-Kefauver fut appliquée dans la fameuse affaire Brown Shoe en 1962.

discriminatoire et une distorsion aux échanges et aux investissements. Le Canada a d'ailleurs dénoncé les effets discriminatoires de ces modifications (Luton, 1995).

La nouvelle approche américaine a également assoupli la loi en matière de cartels à l'exportation. La rigueur de la loi Sherman a rendu nécessaire de spécifier, bien avant la loi canadienne, les modalités d'exception de ces ententes avec l'adoption du *Webb-Pomerene Act* en 1918. En 1982, les dispositions d'exemption ont été assouplies par l'adoption du Titre III de l'*Export Trading Company Act* (ETCA); l'emphase sur la prévention des effets des cartels à l'exportation sur le commerce intérieur ou sur le commerce des autres exportateurs américains fut remplacée par l'examen de leurs effets sur les prix aux États-Unis ainsi que sur la concurrence interne et le commerce international des États-Unis. Plusieurs études ont montré que les cartels n'entraînent pas nécessairement l'augmentation des exportations et du bien-être économique aux États-Unis, qu'ils profitent davantage aux grandes entreprises qu'aux petites et que les motifs derrière ces ententes impliquent la collusion¹⁴¹.

Néanmoins, l'opposition aux cartels à l'exportation est faible. En fait, l'approche américaine se trouve de plus en plus façonnée par les défis de la concurrence internationale et par les objectifs stratégiques des entreprises. Il est d'ailleurs significatif que la justification des cartels soit désormais de plus en plus fondée sur l'existence d'obstacles à l'accès sur les marchés étrangers (Pitofsky, 1993)¹⁴². La

¹⁴¹ Officiellement, cette exemption vise à permettre aux petites et moyennes entreprises nationales de pénétrer des marchés étrangers et de réaliser des économies en coordonnant leurs activités de commercialisation. Une étude suggère que les cartels d'exportation n'ont pas amélioré les termes de leur échange et le bien-être sur le marché intérieur (Dick, 1990). En outre, il apparaît que ces cartels servent aux grandes entreprises pour partager les marchés.

¹⁴² Au début des années 80, une entreprise japonaise dans la fabrication de papier (Daishowa), et sa filiale américaine, ont intenté une poursuite contre un cartel d'exportation de bois (North Coast Export) qui refusait de la fournir en copeaux de bois mais le cartel à l'exportation s'est défendu en accusant à son tour Daishowa de coopérer avec des acheteurs japonais pour l'importation des produits.

rigueur de la politique de la concurrence est désormais perçue comme un frein aux activités internationales des entreprises américaines et il est révélateur de constater que depuis quelques années, le *Foreign Trade Anti-Trust Improvement Act* (FTATIA) a réduit la portée des lois américaines en ce qui concerne les cartels à l'exportation formés à l'étranger par des entreprises américaines qui n'affectent que les marchés étrangers.

Bref, la politique de la concurrence américaine sur les ententes est certainement plus sévère que la loi canadienne, mais il existe de plus en plus de moyens d'exemptions et de défense. L'assouplissement des dispositions sur les cartels à l'exportation illustre la dimension stratégique de l'action antitrust aux États-Unis. Il demeure que, contrairement au Canada, les cartels à l'exportation doivent être inscrits dans un registre, que l'exemption ne peut être accordée lorsque les cartels d'exportation ont un effet sur le marché intérieur et que l'application de la loi Sherman ne requiert pas une preuve de réduction excessive de la concurrence.

3. Les monopoles

La Section 2 de la Loi Sherman s'applique aux monopoles ou aux tentatives de monopolisation. L'application de la loi aux cas de monopoles et de monopolisation fut particulièrement interventionniste entre 1904 et 1920, et, en 1945, dans l'affaire Alcoa, la jurisprudence a établi que la “règle de raison” n'était pas admissible dans les

Daishowa a posé la question de l'exemption réciproque du cartel à l'importation lorsqu'il traite avec un cartel à l'exportation, mais cette demande d'exemption fut rejetée. Il est bien évident que dans la perspective nationale, l'exemption des cartels à l'importation est difficilement justifiable. Ce cas illustre que l'instrumentalité stratégique est inhérente à l'orientation nationale des politiques de la concurrence.

cas de monopoles et l'entreprise fut reconnue coupable de monopolisation sur la base de sa part de marché¹⁴³. Dans les années 60, sous l'influence de l'école de Harvard, l'approche structuraliste a motivé des poursuites contre IBM, Xerox et AT&T¹⁴⁴. Progressivement, la défense d'efficacité fut considérée pour réduire les inquiétudes que soulevait la concentration industrielle et en 1980, la FTC a acquitté DuPont dans une affaire portant sur le titanium dioxide en spécifiant que l'action antitrust réduirait l'innovation.

Dans les années 80, les actions anti-monopoles seront graduellement réduites. En fait, le démantèlement d'AT&T fut la dernière manifestation de la rigueur d'application des dispositions sur les monopoles. La part de marché détenue par une grande entreprise est de plus en plus considérée comme l'indicateur d'une performance supérieure, d'un meilleur sens des affaires ou encore de la capacité d'innover. Comme l'ont indiqué les lignes directrices sur les fusionnements de 1992, les parts de marché n'indiquent pas automatiquement l'existence ou l'absence d'un pouvoir de marché. D'autres critères doivent être utilisés pour établir l'existence d'un pouvoir de marché, comme l'existence d'obstacles à l'entrée, l'existence de substituts, le nombre et la taille des entreprises concurrentes ou encore la nature du produit¹⁴⁵. L'examen doit aussi considérer la possibilité que la position dominante soit le résultat d'une

¹⁴³ Cette décision indiquait que: 1) une part de marché de 90% constituait un seuil de sensibilité justifiant un examen des autorités compétentes; 2) une part de marché inférieure à 70% ne permettait que très rarement de conclure à un pouvoir de marché; et, 3) une part de marché de 33% ne conférait rarement un pouvoir de marché aux entreprises.

¹⁴⁴ L'affaire IBM sera abandonnée en 1982 et la poursuite contre AT&T aboutira au démantèlement de 1984. En 1975, la poursuite contre Xerox avait fait l'objet d'une solution négociée qui n'a eu que peu d'impact sur l'entreprise. Soulignons qu'en 1956, deux poursuites, celle qui visait Western Electric et une autre qui s'attaquait à IBM, ont débouché sur des compromis entre les entreprises et les autorités antitrust.

¹⁴⁵ Un autre élément important de la jurisprudence consiste à garantir l'accès à des "facilités essentielles" contrôlées par une entreprise pour rendre possible la concurrence; il s'agit du "network antitrust". Ceci a été particulièrement important dans le cas des télécommunications.

concurrence intense ou celui d'une performance supérieure, ce qui a pour effet d'orienter l'action antitrust vers la prévention des pratiques anticoncurrentielles plutôt que vers le contrôle de la concentration.

Il faut toutefois souligner que dans les années 90, les autorités sont devenues plus méfiantes face à la monopolisation, ce que vient illustrer la poursuite contre Microsoft¹⁴⁶. La poursuite porte sur les tentatives de la compagnie de s'imposer sur le marché des logiciels de navigation internet au détriment de son concurrent, Netscape. L'un des éléments de défense de l'entreprise est de faire valoir que sa position sur le marché est le résultat d'une performance supérieure et que les pratiques restrictives alléguées ne réduisent pas la concurrence. Il n'est pas question de mettre en cause la part de marché de Microsoft qui détient environ 90% du marché des systèmes d'exploitation. La politique de la concurrence américaine ne condamne plus les monopoles qui se sont constitués de manière "légitime"; les poursuites visent les pratiques anticoncurrentielles des entreprises dominantes plutôt que les caractéristiques structurelles de l'industrie.

L'assouplissement de la loi américaine est très marqué, il apparaît même que certaines pratiques prédatrices sont considérées proconcurrentielles lorsque les conditions d'entrée sont difficiles (OCDE, 1996a et États-Unis, 1999). Ainsi, par exemple, dans

¹⁴⁶ En 1994, Microsoft a été obligé de renoncer à certaines pratiques aux États-Unis et en Europe. Microsoft s'engageait à ne pas prendre avantages de sa dominance au niveau des systèmes d'exploitation. Selon Reback, un avocat qui représente plusieurs plaignants, Microsoft a violé cette ordonnance, ce qui justifie la nouvelle poursuite concernant les navigateurs internet. La poursuite s'attaque aux pratiques de Microsoft qui visent à maintenir son monopole sur les systèmes d'exploitation et à l'étendre au marché des logiciels de navigation internet. Microsoft aurait tenté, en mai 1995, de partager le marché des logiciels de navigation avec Netscape. Netscape est conçu pour opérer sur tous les systèmes d'exploitation et Microsoft voulait le limiter aux systèmes autres que Windows 95. Microsoft a aussi requis l'installation d'Explorer, son logiciel internet, par les fabricants qui détiennent une licence de Windows 95 et il aurait tenté de lier Explorer à son nouveau système

le cas des entreprises qui contrôlent des installations de réseaux nécessaires à la fourniture de services des firmes rivales, il est maintenant question d'autoriser le groupement de services. La politique de la concurrence considère désormais que le groupement de services par des entreprises dominantes permet de développer de meilleurs produits à de meilleurs prix en raison des économies de gamme sans nécessairement poser de problèmes d'accès au marché.

4. Les fusionnements

L'assouplissement de la politique en matière de fusionnements qui créent ou renforcent une position dominante est encore plus marqué. Les dispositions législatives relatives aux fusionnements n'ont pas été modifiées depuis 1978¹⁴⁷. Toutefois, les lignes directrices qui guident l'interprétation des textes de loi ont graduellement élargi et assoupli les critères d'examen. Les lignes directrices de 1968 spécifiaient que l'action antitrust était automatique lorsque certaines conditions structurelles étaient rassemblées et que peu de poids devait être alloué à d'autres considérations économiques, sauf dans les cas de faillite ou de déconfiture d'une entreprise. En 1967, la Cour suprême avait également établi, dans sa décision concernant l'affaire Proctor and Gamble, que la défense d'efficacité n'était pas possible. Mais les lignes directrices de 1982 ont introduit les gains en efficacité comme facteur pouvant influer sur l'examen des fusions¹⁴⁸. La preuve devait

d'exploitation, Windows 98. En outre, l'entreprise aurait conclu des accords illégaux avec presque tous les fournisseurs de services internet afin d'empêcher la concurrence.

¹⁴⁷ S'appliquent ici la loi Sherman, la Section 7 de loi Clayton (1914), la loi Celler-Kefauver (1950) qui a amendé la loi Clayton, la Section 5 du Federal Trade Commission Act (1914) et la loi Hart-Scott-Rodino (1978) sur la pré-notification des transactions les plus importantes.

¹⁴⁸ Les lignes directrices de 1984 ont apporté certaines précisions techniques à celles de 1982.

cependant être faite que ces gains existaient, qu'ils ne pourraient être obtenus autrement et qu'ils se traduisaient sur les prix à la consommation. Durant les années 80, la jurisprudence n'a pas abordé très souvent la défense d'efficacité puisque l'action antitrust était quasiment inexistante. Toutefois, quelques décisions de tribunaux inférieurs ont commencé à prendre en considération les gains en efficacité (Campbell et Trebilcock, 1992). On constatera généralement que depuis une vingtaine d'années, les autorités prennent régulièrement en considération les gains en efficacité avant de décider de contester une fusion.

En 1991, il est estimé qu'environ 96% des fusionnements ne posaient aucun problème de concurrence (Devak et Langelfeld, 1992). Le changement d'administration laissait présager un retour à une certaine rigueur face aux fusionnements, mais, en pratique, peu de fusionnements ont été contestés. En outre, on observe que dans les débats autour de la revitalisation de l'action antitrust, la globalisation économique est devenue un thème très important et qu'elle a affecté les lignes directrices de 1992 et celles de 1997. Ainsi, Pitofsky, qui dirige la FTC, a-t-il proposé, en 1992, d'accorder plus d'importance à la défense d'efficacité lorsque les entreprises américaines se trouvaient en concurrence avec des entreprises dont les pays d'origine n'ont pas de dispositions relatives aux fusionnements ou, comme c'est le cas du Canada, qui attribuent plus d'importance aux considérations d'efficacité économique qu'aux effets anticoncurrentiels (Pitofsky, 1992).

Les nouvelles lignes directrices sur les fusions horizontales ont assoupli considérablement le contrôle de cette forme de concentration. Si, dans le préambule, il est mentionné que les dispositions sur les fusions sont importantes pour maintenir le système de libre entreprise nécessaire à la compétitivité des entreprises américaines et au bien-être des consommateurs, il est également souligné qu'il importe d'éviter les

actions contre les fusionnements qui seraient proconcurrentiels ou qui n'auraient pas d'effets sur la concurrence en raison de gains en efficacité générés par les fusionnements¹⁴⁹.

Deux éléments nouveaux ont été apportés: 1) il est expliqué de façon plus précise dans quels cas les fusionnements peuvent avoir des effets anticoncurrentiels et comment certaines conditions de marché peuvent altérer ces effets; et, 2) un cadre d'analyse pour évaluer la concurrence suite à un fusionnement a été élaboré. Ce cadre d'analyse spécifie une approche en cinq étapes pour guider le processus d'évaluation; la défense d'efficacité intervient lors de la quatrième étape.

- La première étape vise à déterminer si la transaction augmentera de façon significative la concentration économique¹⁵⁰. La concentration économique ne donne pas nécessairement lieu à une réduction de la concurrence, elle peut favoriser une plus grande concurrence si, par exemple, un concurrent plus efficace émerge de la transaction.
- La deuxième étape vise à déterminer dans quelle mesure la transaction aura des effets anticoncurrentiels; l'analyse porte sur le comportement des entreprises après le fusionnement, notamment sur la possibilité d'actions coordonnées avec des concurrents ou d'actions unilatérales de l'entité fusionnée.
- La troisième étape consiste à prouver que l'entrée de concurrents est probable et suffisante dans un avenir défini, en l'occurrence 2 ans, et que cette nouvelle concurrence est susceptible de réduire les prix à des niveaux concurrentiels.

¹⁴⁹ Ces lignes directrices n'abordent pas les effets horizontaux des fusions verticales, sinon que par la Section 4 qui traite des considérations d'efficacité; elles sont donc perçues favorablement.

¹⁵⁰ Selon les lignes directrices de 1984, les transactions sur les marchés dont la concentration est modérée (un gain de 100 points de l'indice HHI, pour atteindre un total entre 1 000 et 1 800) seraient probablement contestées. Selon les lignes directrices de 1992, ces transactions ne font que susciter des inquiétudes importantes quant à leurs effets anticoncurrentiels. En ce qui concerne les transactions sur les marchés très concentrés (provoquant une augmentation de 100 points pour atteindre un total excédant 1 800 points), la différence est qu'elles sont susceptibles de créer, d'augmenter ou encore de faciliter un pouvoir de marché alors qu'auparavant, ces transactions ne seraient pas autorisées à moins de conditions extraordinaires.

- La quatrième étape a trait aux gains en efficacité. En comparaison aux lignes directrices de 1984, celles de 1992 réduisent les exigences de la preuve de l'existence des gains en efficacité qui doit être fournie par les entreprises.
- La cinquième étape s'intéresse à la possibilité de la disparition d'une entreprise dans le cas où la fusion n'était pas autorisée.

Les lignes directrices seront encore modifiées en avril 1997, après la publication d'un rapport de la FTC sur la politique de la concurrence dans un contexte de globalisation des marchés et sur l'importance croissante du développement technologique (FTC, 1996). Ce rapport mettait l'emphase sur l'importance des fusions et des accords de coopération, comme les alliances stratégiques, pour assurer la compétitivité et l'efficacité des entreprises américaines face à la concurrence étrangère, que ce soit aux États-Unis ou ailleurs. Dans cette perspective, la défense d'efficacité devait être renforcée. Le rapport souligne également que les gains en efficacité des fusionnements peuvent accroître la concurrence et que, dans bien des cas, les effets anticoncurrentiels sont marginaux et temporaires.

Autre innovation, il est maintenant question de remettre en cause l'idée, qui est fondamentale aux États-Unis, que les gains en efficacité entraînent des bénéfices pour les consommateurs. À cet égard, Pitofsky (1996) fait écho à la réponse du DER dans l'affaire Hillsdown en soulignant que la défense d'efficacité doit justement servir à évaluer si les pertes au niveau concurrentiel peuvent être compensées par les gains en efficacité, ce qui signifie qu'elle s'appliquerait à des situations où les prix à la consommation ne reflètent pas nécessairement les surplus générés par les gains en efficacité.

Toutes ces questions font actuellement l'objet de débats aux États-Unis, mais il apparaît clairement que les considérations d'efficacité sont de plus en plus importantes en raison de l'emphase accrue sur la compétitivité des entreprises

américaines dans un contexte de globalisation économique, ce qui ouvre la porte au débat plus général sur l'innovation. En effet, l'un des thèmes les plus importants des débats sur la politique de la concurrence porte sur les liens entre innovation et marché. On reconnaît de plus en plus qu'un des défis de la politique de la concurrence, puisqu'elle est orientée vers des objectifs d'efficacité et d'innovation, est de comprendre comment l'innovation affecte les marchés, et comment, à l'inverse, les marchés affectent l'innovation. L'approche traditionnelle qui consistait à contrer la concentration industrielle est délaissée pour une approche au cas-par-cas qui considère, à l'instar des approches schumpeteriennes, que la grande entreprise n'est pas incompatible avec le développement technologique puisqu'il n'est pas démontré qu'elle ne s'y intéresse pas ou qu'elle adopte des pratiques pour empêcher la concurrence de firmes innovatrices. La politique de la concurrence ne doit donc pas empêcher l'innovation en contrant systématiquement la concentration industrielle (États-Unis, 1999).

Dans la jurisprudence des années 90, certains cas ont abordé la question de l'innovation. Par exemple, en 1990, la FTC s'est opposée à l'acquisition de Genentech par Roche qui aurait eu comme effet d'empêcher le développement de la recherche sur le sida. En 1998, les autorités américaines ont aussi bloqué l'acquisition de Northrop Grumman par Lockheed Martin en raison des effets que la consolidation aurait sur les coûts et sur l'innovation. Par ailleurs, certaines mesures correctives furent exigées avant que ne soient autorisées les fusions Ciba-Ceigy/Sandoz et MCI/WorldCom; dans le premier cas, il était question de garantir l'octroi de licences à des concurrents, et dans le deuxième cas, MCI s'est engagée à vendre son réseau internet. Ainsi, les autorités américaines ne jugent plus pertinent de s'opposer automatiquement à la concentration industrielle pour des raisons qui tiennent à l'innovation; tout au plus, elles tentent d'empêcher que les entreprises ne puissent

utiliser leur position dominante, ou leurs droits de propriété intellectuelle, pour empêcher la concurrence en adoptant des comportements anticoncurrentiels. D'ailleurs, dans le cas de l'autorisation de la fusion Boeing/McDonnell Douglas en 1997, les autorités ont jugé que la fusion allait permettre l'émergence d'une entreprise plus innovatrice et plus compétitive, ce qui devrait favoriser la concurrence.

Un autre élément important des nouveaux débats est l'élargissement des marchés pertinents pour inclure la concurrence étrangère¹⁵¹. En général, lorsque les autorités évaluent la nécessité d'inclure la concurrence étrangère dans le processus de détermination du marché pertinent, elles considèrent les ventes des entreprises étrangères aux États-Unis et les barrières à l'entrée qui réduisent l'impact de la concurrence étrangère sur les positions dominantes des entreprises américaines. Cette approche américaine rencontre toutefois quelques problèmes (Constantine, 1995). Par exemple, dans l'affaire Kodak (1995), bien que les faits démontrent le pouvoir de marché de Kodak aux États-Unis, la cour a jugé que le marché pertinent était le marché mondial, ce qui a permis d'inclure la concurrence de Fuji¹⁵². En contraste, le gouvernement considérait que le marché pertinent était le marché américain puisque Kodak détenait 67% du marché, ce qui représentait une part de marché six fois plus grande que celle de Fuji¹⁵³.

¹⁵¹ En fait, depuis le début des années 80, il est question de redéfinir l'approche américaine en ce qui concerne la concurrence étrangère. En 1986, l'administration Reagan avait d'ailleurs proposé d'accorder des exemptions aux industries menacées par la concurrence étrangère.

¹⁵² La cour a fondé sa décision d'élargir le marché pertinent sur la théorie de Landes et Posner (1981). Selon ces derniers, le marché pertinent prend une dimension mondiale lorsque les entreprises étrangères ont une part de marché de seulement 5% et une capacité excédentaire.

¹⁵³ Rappelons que dans le différend Kodak-Fuji que nous avons abordé dans la première partie, l'argument de Kodak était fondé sur le pouvoir de marché de Fuji sur le marché japonais; le marché pertinent n'était pas considéré être le marché mondial.

Il est certain que les considérations de compétitivité seront de plus en plus importantes et qu'elles expliquent en grande partie la souplesse des autorités américaines vis-à-vis du mouvement de consolidation actuel. Mais on reste au cas-par-cas. Ainsi, par exemple, dans le cas de la décision United States vs. Western Electric Co. (1986), la cour a autorisé la participation de l'entreprise à une co-entreprise à l'étranger en raison des avantages de cette opération pour les échanges et la balance des paiements (Dimic, 1993). Toutefois, dans l'affaire United States vs. Ivaco (1989), les considérations de compétitivité internationale furent rejetées.

En résumé donc, la défense d'efficacité, l'innovation et la concurrence étrangère sont des éléments auxquels les États-Unis accordent de plus en plus de poids, ce qui confirme que les considérations de compétitivité ont contribué à l'assouplissement de l'approche américaine. Les autorités antitrust ont permis la fusion annoncée en décembre 1998 par Exxon et Mobil qui a réuni deux des plus importantes unités de la Standard Oil qui fut démantelée en 1911. Cette transaction, d'une valeur de 74 milliards de dollars américains, crée la plus importante société pétrolière au monde et elle devient la plus importante entreprise au monde devant General Motors, avec des revenus combinés de plus de 200 milliards de dollars américains en 1997¹⁵⁴. C'était aussi la plus importante transaction annoncée à cette date. En 1997, la valeur totale des fusionnements était de 1000 milliards de dollars américains; en 1998, elle a atteint 1 600 milliards de dollars américains et plus de 4000 fusions ont été notifiées puisqu'elles dépassaient le seuil de notification obligatoire fixé à 10 millions de dollars américains; plus de 7000 fusions moins importantes ont été répertoriées (États-Unis,

¹⁵⁴ Les autorités antitrust ont obligé Exxon et Mobil de vendre des stations de gaz et des raffineries sur certains marchés.

1999)¹⁵⁵. Les grandes manœuvres se multiplient et, en la matière, c'est plus la souplesse que la rigueur qui semble être la conduite des autorités américaines.

5. Dimension stratégique de la politique de la concurrence des États-Unis

La politique de la concurrence des États-Unis fut radicalement transformée au cours des vingt dernières années. La première manifestation de ce changement a été la suspension de la politique de la concurrence dans les années 80, et la deuxième, dans les années 90, a pris la forme d'une revitalisation de l'action antitrust fondée sur une approche plus souple qui tient compte de la globalisation économique, de l'innovation et de l'efficacité économique. La dimension stratégique de ces modifications est également importante; elle se reflète non seulement dans l'assouplissement de l'action antitrust au États-Unis mais, aussi, dans son renforcement lorsqu'il s'agit de contrer les pratiques des entreprises étrangères.

Les principes directeurs pour l'application des lois antitrust aux opérations internationales adoptés en 1998 ont confirmé l'extraterritorialité croissante de la politique de la concurrence des États-Unis (États-Unis, 1998). Ces principes ont spécifié que les effets anticoncurrentiels des pratiques étrangères devaient être substantiels et affecter les consommateurs, mais force est de constater que l'action antitrust est de plus en plus interventionniste face aux pratiques corporatives qui affectent les entreprises américaines, tant sur le marché national que sur les marchés internationaux. Les lignes directrices de 1995 sur l'application des lois américaines au

¹⁵⁵ Selon les données de Mergerstat (1998), huit des dix plus importantes transactions dans l'histoire des États-Unis furent annoncées dans la première moitié de l'année 1998. C'est surtout dans les secteurs des finances et des télécommunications que l'activité est la plus forte.

niveau international avaient déjà établi que les règles s'appliquaient aux cas domestiques et internationaux, et que dans certains cas, des gouvernements étrangers pourraient être tenus responsables. Ainsi, les comportements anticoncurrentiels qui ont un impact sur le commerce intérieur ou extérieur des États-Unis, peu importe où ils sont exécutés ou la nationalité des firmes impliquées, peuvent constituer des infractions aux lois américaines¹⁵⁶.

Ces lignes directrices ont défini l'approche pour déterminer la juridiction des autorités américaines dans le cas des importations, des fusions d'entreprises étrangères et des pratiques des firmes étrangères qui ont un impact sur le commerce domestique ou sur les exportations des entreprises américaines. Un comité spécial, le *International Competition Policy Advisory Committee*, a d'ailleurs été créé en novembre 1997 pour conseiller les autorités sur les questions internationales, notamment en ce qui concerne les cartels internationaux, les fusions internationales et les pratiques anticoncurrentielles qui affectent le commerce international.

On observe donc un certain durcissement de l'approche américaine face aux pratiques restrictives étrangères, qui se juxtapose à l'assouplissement de la discipline concurrentielle imposée aux entreprises américaines dès lors qu'il s'agit de favoriser leur compétitivité internationale. Ainsi, par exemple, la FTC a contesté le fusionnement Institut Merieux/Connaught bien que ces deux entreprises n'avaient pas d'actifs aux États-Unis. Le Canada s'est d'ailleurs opposé à l'ordonnance américaine qui prescrivait que l'entreprise de vaccins contre la rage de Connaught à Toronto soit louée à bail pour 25 ans à un acquéreur approuvé par la FTC. Ce cas

¹⁵⁶ En 1992, le Département de la Justice a confirmé qu'il était prêt à prendre des mesures contre des activités étrangères qui limitaient les exportations américaines, voir Griffin (1992).

illustre bien à quel point le contrôle des fusionnements dans le cadre d'un marché nord-américain peut provoquer des conflits de juridiction et des problèmes d'extraterritorialité¹⁵⁷.

Certes, les lignes directrices relatives aux opérations internationales de 1995 mettent aussi l'accent sur la coopération internationale. Elles spécifiaient d'ailleurs l'approche qui doit être celle des autorités américaines au niveau de l'application du principe de courtoisie internationale lorsque celles-ci décident d'entreprendre des poursuites qui ont un impact significatif à l'étranger¹⁵⁸. La coopération internationale est un moyen alternatif à l'application extraterritoriale pour garantir le contrôle effectif des pratiques anticoncurrentielles par les autorités étrangères et, dans la mesure où la courtoisie positive est appliquée, elle peut éviter l'application des lois étrangères dans le cas des pratiques anticoncurrentielles des entreprises américaines. Toutefois, la vision américaine de l'"antitrust international" reste minimaliste. Comme nous l'avons mentionné dans la première partie de cette étude, la globalisation économique a motivé plusieurs propositions pour l'élaboration de règles de la concurrence qui seraient communes à tous les États, mais elles rencontrent une certaine résistance aux États-Unis. Pour reprendre Starek (1996a), si un "WTO code on competition could provide the mechanisms for resolving disputes that arise out of a perceived failure to enforce national antitrust laws (...) Fear of a "lowest-common-denominator" antitrust code

¹⁵⁷ Dans la perspective canadienne, la possibilité d'action civile ou par les procureurs d'État pose problème. Rappelons que Robert Campeau, avait obtenu l'aval du Département de la Justice pour des acquisitions aux États-Unis, mais qu'il a dû procéder à un dessaisissement suite à des actions intentées par les États de New York et du Massachusetts. En 1989, dans l'affaire Maine vs. Connors Bros., un dessaisissement partiel fut ordonné dans une affaire d'acquisition d'une entreprise américaine par une société canadienne.

¹⁵⁸ Le *International Antitrust Enforcement Assistance Act* de 1994 met en route une deuxième génération d'accords de coopération internationale, le premier accord impliquant le partage de renseignements à été signé avec l'Australie en 1997.

has made many U. S. policymakers skeptical about pursuing a world code" (Starek, 1996, p. 25).

L'approche consisterait à favoriser la coopération bilatérale et multilatérale afin de favoriser l'application efficace des lois nationales et de la courtoisie internationale tout en respectant la souveraineté des États nationaux. Mais l'approche américaine s'oppose à l'élaboration de règles communes et à une organisation supranationale qui viendrait se substituer aux autorités nationales. L'approche qui semble plutôt être favorisée est celle d'une coopération accrue entre les autorités nationales, ainsi qu'une application plus effective et adaptée à la globalisation économique des lois existantes (Starek, 1996).

Fox (1998) propose d'orienter la coopération internationale sur un accord qui incorporerait les principes suivants: les nations devraient 1) appliquer leur politique de la concurrence; 2) appliquer leur politique de manière non discriminatoire; 3) tenir compte des effets globaux et non seulement des effets nationaux; 4) spécifier les critères autres que ceux qui relèvent de la concurrence; 5) éviter une application extraterritoriale qui serait déraisonnable; 6) s'engager à appliquer la courtoisie positive; 7) reconnaître que les autres nations ont juridiction sur les transactions qui ont des effets anticoncurrentiels sur leur marché; 8) appliquer efficacement les lois lorsque les exportations des entreprises étrangères sont affectées par la conduite d'entreprises sur le marché d'importation; 9) permettre des recours aux intérêts étrangers ou faire face à la possibilité d'application de lois étrangères; et 10) mettre en place un mécanisme de règlement des différends pour sanctionner la violation des principes précédents.

L'approche américaine est ainsi marquée par l'assouplissement des règles qui s'appliquent aux entreprises américaines, le durcissement de la politique de la

concurrence face aux pratiques étrangères et une approche minimaliste au niveau de la coopération internationale. Il est certain que le cas Microsoft, très médiatisé, relance l'action antitrust aux États-Unis mais il ne faut pas oublier qu'il n'existe pas de véritables concurrents étrangers sur ce marché; les concurrents de Microsoft sont généralement des entreprises américaines. Il existe aussi une nouvelle vigueur de l'application de la loi face aux cartels internationaux, notamment dans le cas du cartels des vitamines mettant en cause des géants comme Hoffmann-Laroche. Ces nouveaux développements ne modifient pas le fait que, sur le marché américain, la politique de la concurrence ne doit pas faire obstacle à la compétitivité des entreprises américaines et, qu'au niveau international, il s'agit avant tout de s'assurer que les politiques de la concurrence et les pratiques des entreprises étrangères ne pénalisent pas les entreprises américaines. Le durcissement de la politique américaine face à l'étranger est inévitable; les politiques de la concurrence à l'étranger subissent les mêmes contraintes et que leur internationalisation favorise exactement le développement du même phénomène d'assouplissement/renforcement, c'est-à-dire qu'elles doivent, d'une part, s'assouplir pour prendre en considération l'efficacité et la concurrence internationale et, d'autre part, être renforcées pour s'assurer que les entreprises nationales opèrent dans des conditions "loyales" ou "effectives" de concurrence tant sur les marchés domestiques que sur les marchés internationaux. Voyons maintenant ce qu'il en est de l'Union Européenne.

B. Union Européenne

1. Introduction

La caractéristique première de la politique de la concurrence européenne est la volonté de faire coïncider l'aire de marché et l'aire de souveraineté avec la totalité de l'espace européen. Ce modèle supranational est unique au monde et il montre les avantages d'établir des règles communes et une autorité supranationale. Toutefois la dimension stratégique de la politique communautaire n'est pas éliminée pour autant puisqu'elle s'inscrit, elle aussi, dans un cadre plus large que celui qui est défini par les frontières européennes; cette dimension stratégique devient d'ailleurs de plus en plus importante. La politique de la concurrence européenne prend ses origines dans le Traité de Paris de 1951 qui a établi la communauté européenne de charbon-acier (CECA) et, dans le Traité de Rome de 1957¹⁵⁹. Dès le départ, l'établissement d'un droit économique supranational, sanctionné par des compétences juridiques et administratives européennes, a été jugé nécessaire comme moyen de réduire les risques de conflits commerciaux ou de juridiction entre les pays membres de la Communauté Européenne. Depuis, la Commission Européenne a graduellement réussi à imposer et à élargir son pouvoir de sanction par rapport aux autorités nationales, ce qui lui a permis de promouvoir l'élimination des divergences entre les politiques nationales et

¹⁵⁹ Le Traité de Rome était beaucoup plus libéral que le Traité de Paris qui était plus spécifique et plus strict en matière de droit économique supranational puisqu'il incluait, dès le départ, des mesures relatives au contrôle de la concentration des secteurs visés. La CECA visait un secteur très concentré, intégré et oligopolistique dont les aspects de cartellisation étaient très symboliquement teintés par la réalité de la seconde guerre mondiale et la logique de la construction allemande (Byé, 1970).

de créer, au niveau régional, des conditions de concurrence similaires à celles qui existent dans le cadre d'un marché national¹⁶⁰. En somme, l'Europe a établi les fondements d'un État de droit communautaire superposé aux systèmes nationaux.

Les considérations de compétitivité ont cependant été importantes, ce qui s'est traduit dans une approche pragmatique. C'est ce que souligne Byé (1970) pour qui la préférence pour l'intégration européenne plutôt que pour le renforcement des liens nord-atlantiques s'expliquerait par le désir des européens de "construire" un ensemble économique qui permettrait de réaliser des économies d'échelle et des gains de productivité analogues à ceux que procuraient l'espace américain. Jacquemin et Geroski ont caractérisé le modèle européen des années 60 et 70 de la façon suivante:

(...) European industrial policy sought to exploit the link between size and competitiveness which was widely believed to exist. Epitomized in Servan-Schreiber's *The American Challenge*, policy aimed to create European super-firms to compete with US giants, and to break down intra-Community trade barriers to enable these super-firms to have access to a sufficiently large internal market to enjoy the scale economies of large output which were assumed to exist. (Geroski et Jacquemin, 1985, p. 171)

Aussi, et bien que la défense d'efficacité n'ait pas été explicitement inscrite dans le règlement sur le contrôle des fusionnements, il ne faut pas se surprendre de voir que l'efficacité et la compétitivité jouent toujours un rôle considérable dans la jurisprudence. De même, ne faut-il pas s'étonner de voir l'Union Européenne, qui est

¹⁶⁰ L'institution en charge de la politique de la concurrence, la Commission, est dotée de pouvoirs d'enquête et de sanction qui prévalent sur les compétences nationales en autant que le caractère régional des problèmes abordés soit établi. La Commission agit à la demande d'un État membre ou par auto-saisine. Elle constitue l'instance de décisions que seuls les recours au Tribunal de Première instance ou à la Cour Européenne de Justice (Luxembourg) peuvent contredire en appel. Les analyses de marché sont produites par le DGIV (direction générale de la concurrence) qui s'occupe aussi du suivi de l'application des décisions de la Commission par les instances nationales afin de faire respecter les dispositions du Traité de Rome. Il existe maintenant une section spéciale s'occupant spécifiquement des questions relatives à la concentration.

aussi très affectée par la globalisation des marchés, procéder à l'internationalisation de sa politique de la concurrence. Comme aux États-Unis, comme au Canada, on observe un assouplissement du cadre réglementaire, et parallèlement, une plus grande attention accordée aux pratiques des entreprises étrangères. Voyons ce qu'il en est. Nous aborderons successivement les articles 85 et 86 et le règlement européen sur le contrôle de la concentration.

2. Les ententes

L'article 85 interdit formellement les ententes qui ont un effet sur la concurrence ou sur le commerce sur le marché régional, ce qui signifie, entre autres, l'élimination des cartels à l'exportation qui visent les pays membres¹⁶¹. Les possibilités d'exemption sont nombreuses et remplacent l'utilisation de la technique de la règle de raison pour distinguer les "bonnes" des "mauvaises" ententes. En effet, les ententes peuvent être exemptées de l'article 85 en vertu du paragraphe 3 qui introduit la notion de bilan économique. Celui-ci donne à la Commission la marge de manœuvre nécessaire pour faire intervenir la notion d'intérêt public communautaire et les nouvelles théories en organisation industrielle¹⁶². Il est clair que le paragraphe 3 permet la défense

¹⁶¹ Sont visées les ententes qui: 1) fixent les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction; 2) limitent ou contrôlent la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements; 3) répartissent les marchés ou les sources d'approvisionnement; 4) appliquent, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; et, 5) subordonnent la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

¹⁶² En vertu du paragraphe 3, les dispositions sur les ententes peuvent être déclarées inapplicables à tout accord qui contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans: 1) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; et, 2) donner aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence. Les accords peuvent être exemptés individuellement ou par catégories; les exemptions

d'efficacité de certains accords entre entreprises indépendantes. Les critères qu'il mentionne “can be summarised as efficiency gains and, taking into account that the burden of proof is with the companies, the term “defence” is appropriate. The efficiency defence of 85 (3) finds its explanation in the principle which does not allow for a rule of reason within Article 85 (1) itself” (OCDE, 1996a, p. 53).

Il semble que la “défense d’efficacité” ne peut être invoquée lorsqu’il y a élimination de la concurrence et que le seuil de tolérance des effets anticoncurrentiels dépend de l’importance des gains d’efficacité. Ainsi, “(...) the more competition is restricted by means of cooperative agreement the higher the efficiency gains have to be in order to qualify for an exemption” (OCDE, 1996a, p. 53). Depuis 1985, la politique de la concurrence prévoit une exemption en ce qui a trait aux accords de R&D. La Commission a d’ailleurs exempté une alliance stratégique de BT et MCI qui devait permettre le développement rapide de services de télécommunications globales¹⁶³. Dans le cas des restrictions verticales, la Commission a traditionnellement donné peu d’importance aux gains en efficience (elles sont généralement prohibées sauf si elles sont conformes aux critères d’exemption énoncés par l’article 85 (3)), mais les choses changent puisque le Livre Vert (Commission Européenne, 1996) va dans le sens de l’assouplissement de l’application du droit de la concurrence en matière de restrictions verticales.

par catégories allègent le travail de la Commission et permettent aux firmes de savoir, à l'avance, quels accords sont acceptables. Depuis 1985, les accords de R&D bénéficient d'une exemption en vertu du Règlement 418/85.

¹⁶³ La même attitude a permis l'exemption de Exxon/Shell dans un projet d'entreprise conjointe en 1994. La “défense d’efficacité” a aussi joué un rôle dans le cas de la société conjointe de Ford et Volkswagen en 1992 et dans l'affaire Optical Fibres en 1986.

Par ailleurs, l'article 85 exempte implicitement les cartels à l'exportation lorsqu'ils n'affectent que le commerce extra-régional. Ils sont formellement interdits lorsqu'ils ont des effets sur les relations commerciales intra-régionales, mais les critères énoncés au paragraphe 3 peuvent être invoqués en défense.

3. L'abus de position dominante

L'article 86 interdit toute exploitation abusive de position dominante¹⁶⁴.

Contrairement à la démarche américaine, pour établir l'existence d'une position dominante, la démarche européenne n'a pas recours aux indices quantitatifs HHI; elle utilise les parts de marché en termes absolus. En principe, le seuil de sensibilité est de 25%. Au-delà de ce seuil, la Commission considère qu'il existe des risques d'abus de position dominante. En comparaison avec les seuils de sensibilité retenus aux États-Unis et au Canada, ce seuil est relativement bas, mais la jurisprudence suggère qu'une part de marché de 40 à 45% indique une position dominante (affaire United Brand, 1978) alors que, dans les cas d'entreprises détenant 20 à 40% du marché, l'existence d'une position dominante n'est pas exclue¹⁶⁵.

La part de marché n'est cependant que le point de départ de l'analyse, d'autres critères sont prévus comme: la possibilité qu'ont les entreprises dominantes de choisir

¹⁶⁴ Est incompatible avec le marché commun et interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante. Une liste non-exhaustive énumère quelques pratiques abusives: 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables; 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs; 3) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un dommage dans la concurrence; et, 4) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature, ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

les clients et les fournisseurs, la possibilité des entreprises concurrentes d'accéder aux marchés et aux fournisseurs, les structures du marché et la concurrence internationale, l'existence de barrières à l'entrée et les conditions d'offre et de demande. L'analyse porte ensuite sur le comportement des entreprises, notamment au niveau du refus de vendre ou de l'application d'un prix excessif ou de prédation. Contrairement aux approches nord-américaines, le droit communautaire insiste plus sur les restrictions verticales ainsi que sur les prix excessifs et les prix d'éviction. Il est aussi généralement moins porté à considérer qu'une position dominante reflète la supériorité d'une entreprise, et il est plus sensible à la défense des intérêts des petites et moyennes entreprises.

En principe donc, la défense d'efficacité ne peut être invoquée pour justifier un abus de position dominante, mais elle est possible lorsqu'une position dominante n'est pas accompagnée de pratiques abusives et en autant qu'il n'y a pas élimination de la concurrence. À cet égard, "since the upper limit is dominance which is a strong possibility from a market share of about 40-45 per cent, the Commission is unlikely to grant exemption in cases that approach these market shares (OCDE, 1996a, p. 54).

Dans une analyse de l'application des articles 85 et 86, Glais (1991) estime que les décisions de la Commission et de la Cour reflètent de plus en plus les théories des marchés contestables, et plus généralement les théories de l'école de Chicago. Selon Bianchi, bien que le pilier de la politique de la concurrence communautaire soit le concept de position dominante, "sur 150 décisions de la Commission intervenues en application des articles 85 et 86, neuf seulement relèvent de l'article 86" (Bianchi, 1992, p. 20). Ainsi, la politique communautaire reste ambivalente comme nous le préciserons dans la section suivante. En effet, si le Règlement sur le contrôle de la

¹⁶⁵ Au Canada, les poursuites ont visé des entreprises qui détenaient plus de 85% du marché.

concentration ne permet pas la défense d'efficacité, la jurisprudence montre que l'approche de la Commission reste souple et pragmatique, ce qui lui confère une importante dimension stratégique.

4. Règlement sur le contrôle de la concentration

L'adoption d'un règlement sur la concentration a longtemps tardé¹⁶⁶. Certains États membres, dont la France, étaient d'avis que la concentration était nécessaire pour dynamiser les économies européennes et permettre aux entreprises de faire face au gigantisme américain. Mais on peut dire que le règlement de 1989 marque la victoire des compétences européennes. Certes, avant 1989, la Commission avait déjà progressivement élargi ses pouvoirs en appliquant les articles 85 et 86 à certains cas de fusions, mais cela ne pouvait être satisfaisant. La difficulté d'appliquer l'article 85 consistait à déterminer quelles fusions pouvaient être considérées comme des ententes¹⁶⁷. Pour appliquer l'article 86, il fallait établir que deux entreprises allaient

¹⁶⁶ Il était problématique d'admettre un règlement sur le contrôle de la concentration au niveau européen, puisque ceci constituait un transfert de pouvoir politique des états membres vers la Commission qui n'est qu'une institution juridique et administrative et dont la capacité de formuler et d'imposer des politiques est limitée. Certains pays redoutaient de perdre des leviers économiques importants.

¹⁶⁷ En 1987, la Commission a établi que les fusions peuvent être considérées comme des ententes interentreprises et être interdites en vertu de l'article 85. La Cour, dans son arrêt relatif à l'affaire Phillip Morris/Rothmans (Tobacco Cases), estima que la Commission pouvait considérer une prise de participation passive comme une première étape vers des ententes ou une éventuelle fusion. Selon la Commission, les accords conclus en 1981 par Phillip Morris et Rothmans International constituaient des infractions à l'article 85 et 86. Les accords entre les deux entreprises visaient l'acquisition du contrôle de Rothmans par Philip Morris et la coordination de leurs comportements commerciaux. En 1984, les parties avaient modifié ces accords en limitant l'acquisition à une participation minoritaire et la Commission a rejeté les plaintes de BAT et de Reynolds. Les deux compagnies ont fait appel, mais la cour a rejeté leur demande (OCDE, 1998b). L'applicabilité de l'article était cependant établi.

créer une position dominante; une seconde difficulté émanait des implications d'éventuels démantèlements d'une entité fusionnée, puisque le préavis n'était pas prévu¹⁶⁸.

À la fin des années 80, il est apparu impératif que la politique de la concurrence s'applique aux opérations de fusions vu l'éminence de la création du Marché Unique. Les données statistiques que la Commission a prises en considération indiquaient qu'en prévision du Marché Unique, les opérations de fusions étaient en nombre croissant et que les fusions communautaires gagnaient en importance par rapport aux fusions nationales¹⁶⁹. Fait notable, en 1989-90, et pour la première fois, les fusions communautaires ont dépassé en nombre les fusions nationales. Autre constat, les fusions internationales augmentaient aussi très rapidement. Les données statistiques relatives à la nature des fusions motivaient aussi une certaine méfiance face aux fusionnements, ce qui eut pour résultat de justifier l'adoption d'un règlement excluant la défense d'efficacité¹⁷⁰. Les effets sur la concurrence devaient donc être déterminants. En fait, le Règlement de 1989 constitue une certaine rupture dans le développement de la politique de concurrence européenne, puisqu'il rejette l'approche

¹⁶⁸ C'est en 1972 que la Commission tente de faire appliquer l'article 86 dans le cadre d'une fusion-acquisition. Continental Can, leader mondial américain de l'emballage, voulait faire l'acquisition de l'Europemballage Corporation. Étant donné sa position dominante sur le marché, la Commission a appliqué l'article 86. La Cour de justice confirmera l'applicabilité de l'article 86. Par la suite, la Commission proposera un texte sur un règlement sur la concentration qui fut accepté sur le plan communautaire, mais rejeté par les États membres.

¹⁶⁹ Voir le 19e rapport sur la concurrence (Commission Européenne, 1996b (1990).

¹⁷⁰ Une grande partie des fusionnements étaient des opérations horizontales. Ils étaient nombreux dans les secteurs déjà concentrés et impliquaient des entreprises de très grande taille; en 1984-85, 185 des fusions totales impliquaient des entreprises faisant partie des 1000 plus importantes entreprises européennes, en 1988-89, on recensait 492 cas. Ces données soulevaient des doutes sur la réalisation de gains en efficacité par les fusionnements. Un sondage publié par la Commission indique qu'en 1987-88, plus 25% des fusions répondaient à un besoin de renforcer la position des entreprises face à la concurrence, la R&D venant en fin de liste. Donc, si dans les années 60 et 70, la faveur était donnée au lien entre taille et compétitivité, au cours des années 80, de nombreuses recherches ont

du bilan économique pour ne considérer que le bilan concurrentiel. À cet égard, il diverge des approches étrangères qui incluent l'évaluation des gains en efficacité, ce qui fait dire à certains que “le système européen de contrôle des fusions est sans doute le moins ambigu de toutes les réglementations existantes en ce domaine, y compris aux E.U., au Canada et en Grande-Bretagne” (Jacquemin, 1991, p. 22).

Le Règlement de 1989 vise les opérations de concentration de dimension communautaire et certaines d'entre elles qui doivent être notifiées à la Commission lorsque: 1) le total des chiffres d'affaires des entreprises à l'échelle mondiale est supérieur à 2,5 milliards d'écus; 2) le chiffre d'affaires européen d'au moins deux firmes est supérieur à 100 millions d'écus; et, 3) dont 1/3 du chiffre d'affaires d'au moins une des entreprises est réalisé dans au moins deux pays membres de la communauté¹⁷¹.

Si l'approche adoptée a suscité une certaine opposition de la part des économistes et juristes néo-libéraux, la jurisprudence a généralement fait preuve de libéralisme en la matière, sauf dans quelques cas, dont celui d'Aerospatiale-Alenia/De Havilland (Glais, 1991). Cette souplesse est rendue possible par l'article 2 du Règlement qui donne une certaine marge de manœuvre à la Commission en rapport avec les critères d'intérêt public, ce qui permet d'inclure la notion de progrès économique dans le processus d'examen¹⁷².

contesté ce lien. Selon Jacquemin (1991), les gains en efficience que procuraient les fusions d'entreprises étaient surestimés.

¹⁷¹ Ces seuils ont été établis en 1997. Ils avaient aussi été modifiés en 1993. Dans la version initiale du règlement, le chiffre d'affaires mondial devait être supérieur à 5 milliards d'écus. En 1987-88, 268 des 383 fusions impliquaient des entreprises ayant un chiffre d'affaires supérieur à 1 milliard d'écus; 108 cas dépassaient le seuil des 5 milliards, et 60 cas dépassaient 10 milliards.

¹⁷² En 1991, dans le cas Mitsubishi/UCAR, la Commission a pris en considération les gains importants en R&D bien que le stade de maturité des entreprises impliquées permettait de douter de la réalisation de tels gains. La Commission a contesté certains fusionnements dont les parties avaient

L'approche se résume comme suit:

There is no real legal possibility of justifying an efficiency defence under the Merger regulation. Efficiency are assumed for all mergers up to the limit of dominance - the “concentration privilege”. Any efficiency issues are considered in the overall assessment to determine whether dominance has been created or strengthened and not to justify or mitigate that dominance in order to clear a concentration which would otherwise be prohibited. (OCDE, 1996a, p. 53)

Nous revenons ici au concept de position dominante. Selon le Règlement, le fardeau de la preuve pour établir qu'une fusion crée ou renforce une position dominante est très lourd. Il est significatif que le processus d'examen des fusions n'ait établi cette preuve que dans 1% des cas (OCDE, 1996a). En outre, l'article 2 prévoit que l'examen de la Commission portera sur la structure de tous les marchés pertinents; ce qui signifie qu'il prendra en considération la concurrence internationale¹⁷³. Le Règlement impose des contraintes très fortes à la défense d'efficacité et de compétitivité, mais encore une fois la jurisprudence montre que les considérations stratégiques sont toujours très présentes dans l'examen des fusions. L'ambivalence de la Commission face à l'application du Règlement a d'ailleurs été soulignée dans un document de la CNUCED:

invoqué la défense d'efficacité. Le cas Aerospatiale-Alenia/de Havilland (1991) est notable à cet égard. La Commission a aussi rejeté les arguments portant sur le progrès technique dans l'affaire MSG Media Service (1994) et dans l'affaire Nordic Satellite distribution (1995).

¹⁷³ Dans le cas ICI/Tioxide, la fusion fut autorisée en 1990 malgré l'importance des entreprises sur le marché; l'examen de la Commission avait conclu au faible risque d'effets anticoncurrentiels pouvant découler de restrictions verticales en raison de l'absence de chevauchement des activités des entreprises, mais la principale raison invoquée fut la présence de six concurrents européens et la pénétration probable du numéro un mondial dans le domaine, la compagnie DuPont, et de grandes entreprises japonaises. Le délai d'entrée de concurrents qui sert à l'analyse des fusionnements est de 5 ans, ce qui est plus long que le délai utilisé au Canada et aux États-Unis. Imperial Chemical Industries est le plus grand fabricant de colorants au monde et le plus grand client du groupe Tioxide, deuxième producteur de pigments de titane au monde et le premier en Europe. Tioxide fournit ICI pour la totalité de la production européenne.

(...) in any event, economic progress could not exist in an uncompetitive market since it would be confined to the dominant company itself, while a competitive world market would not justify a dominant position within the Community. Yet, the recent controversy within the European Community over the vetoing by the European Commission of the proposed take-over by Aérospatiale and Alenia, a French and Italian aviation company, of de Havilland, a Canadian company, and ongoing discussions about the changes in the Commission's merger Review machinery, show that the tension between "pure" competition questions and considerations of industrial policy and competitiveness are far from resolved" (CNUCED, 1993, p. 51)

De fait, la dimension stratégique, inscrite dans le rapport Cecchini (Commission européenne, 1988), a été confirmé par le Livre blanc (1993) qui met l'emphase sur l'importance de prendre en considération la compétitivité des entreprises européennes dans l'application des lois sur la concurrence. On peut y lire: "nos entreprises doivent pouvoir bénéficier d'instruments souples de coopération, y compris sur le plan juridique et fiscal, leur permettant de développer les alliances nécessaires pour équilibrer le poids de certaines de leurs concurrentes américaines et japonaises" (Commission européenne, 1993, p. 64). De fait également, la jurisprudence est relativement très favorable aux fusionnements. Ainsi, en avril 1989, Sir L. Brittan, alors en charge de la politique de concurrence, a-t-il autorisé l'acquisition de Plessy par l'alliance GEC-Siemens pour encourager la formation d'un grand pôle européen dans le domaine des télécommunications et de l'électronique capable de faire contrepoids aux firmes américaines et japonaises. D'un autre côté, en 1991, le fusionnement Aerospatiale-Alenia/De Havilland fut bloqué par la Commission; il a d'ailleurs fait l'objet d'une controverse puisqu'il impliquait une entreprise étrangère. Selon la Commission, la fusion de la filiale canadienne de Boeing, de Havilland, et de la société conjointe franco-italienne aurait créé une position dominante sur le marché

mondial (50%) et sur la marché européen (67%) des avions de 20 à 70 sièges¹⁷⁴. Ceci était jugé inacceptable, surtout en raison de l'absence de concurrents américains et japonais et du préjudice important que cette fusion causerait aux concurrents européens, notamment à British Aerospace et Fokker. Les entreprises avaient invoqué des gains en efficacité, mais la Commission a jugé qu'ils étaient insuffisants pour contribuer au progrès technique et économique conformément à l'Article 2 du Règlement.

Cette décision, juxtaposée à la tolérance de la Commission face au regroupement d'entreprises européennes, a suscité une appréhension de la part des étrangers. Pour reprendre Huie et Hogan,

(...) interventionnist policies have their advocates within the EC. Several members of the European Parliament, for instance, voiced their disapproval of the 1990 acquisition of the Britain's ICL PLC by Fujitsu Ltd. of Japan, claiming that it would give the Japanese carte blanche over Europe's computer and electronics market. That, claimed the critics, would pose a life-threat to smaller European computer manufacturers. (Hogan et Huie, 1992, p. 49)

Concluons sur la dimension stratégique de la politique de la concurrence communautaire.

¹⁷⁴ L'un des éléments controversés fut la définition du marché pertinent par la Commission. Rappelons que l'opération avait été autorisée par les autorités canadiennes. Aussi, la Commission ne considérait pas De Havilland comme une entreprise en déconfiture. C'est finalement Bombardier qui a acheté l'entreprise avec l'aide de subventions d'État (Dimic, 1993).

5. Dimension stratégique

Comme nous l'avons mentionné dans la première partie, la politique de la concurrence communautaire illustre, par son originalité tout autant que par ses limites, l'intérêt d'établir des règles communes et de mettre en place des institutions supranationales. Sur le plan régional, si les particularismes nationaux ne viennent pas faire obstacle au droit communautaire de la concurrence, ce dernier peut véritablement permettre de limiter les problèmes de concurrence en Europe, les conflits de juridiction et la concurrence systémique entre les pays membres. Toutefois, puisqu'au niveau de la dimension externe, le droit communautaire est en concurrence systémique avec les droits étrangers et que l'aire de marché des entreprises déborde de l'espace juridique européen, il est traversé par des considérations stratégiques qui confèrent aux objectifs externes une plus grande importance qu'aux objectifs internes.

Dans les sections précédentes, nous avons constaté que l'approche européenne reste pragmatique et que si le règlement sur le contrôle de la concentration ne prévoit pas la défense d'efficacité, la Commission dispose en matière d'évaluation d'une assez grande marge de manœuvre. En contraste, la Commission Européenne n'a pas hésité à étendre l'application de la politique de la concurrence aux pratiques et aux fusionnements d'entreprises étrangères, voire à des entreprises exportatrices étrangères qui ne sont pas physiquement présentes sur le marché européen comme l'a montré l'affaire Wood Pulp en 1985. La Cour européenne a considéré dans ce cas qu'elle pouvait intervenir contre les ententes à l'exportation des entreprises extra-communautaires qui visent le marché européen. De même, la Commission n'a pas hésité à se prononcer sur des fusions internationales en bloquant la fusion DeHavilland/Aerospatiale ainsi que celle qui a été annoncée en mars 2000 par trois groupes d'aluminium (Alcan, Pechiney et Algroup) et en exigeant certaines mesures

correctives dans le cas Boeing/McDonnell Douglas alors que ces deux entreprises n'ont pas d'installations en Europe.

Certes, l'internationalisation de la politique de la concurrence communautaire implique aussi l'intensification de la coopération internationale. D'ailleurs, l'approche préconisée par les européens est plus favorable à la définition de règles communes que celles des États-Unis et du Canada, même si ces règles devraient reposer sur une mise en oeuvre au niveau national. Plus concrètement, la Commission a signé des accords de coopération bilatérale qui ont permis d'éviter certains conflits, mais, encore une fois, ces initiatives ne sont pas suffisantes pour améliorer le contrôle des pratiques restrictives transfrontalières et pour enrayer la concurrence systémique entre le droit communautaire et les droits nationaux étrangers. Ainsi, la politique communautaire demeure un instrument stratégique important qui s'oriente de plus en plus sur des objectifs d'efficacité et de compétitivité des entreprises européennes. Comme les États-Unis, comme le Canada, l'Union Européenne a été grandement influencée par la globalisation des marchés dont l'une des manifestations a certainement été de révéler le manque de compétitivité des entreprises européennes face à l'essor phénoménal des entreprises japonaises durant les années 70 et 80. Les politiques économiques du Japon, les pratiques des entreprises japonaises et la faiblesse de l'action antitrust au Japon ont d'ailleurs été des facteurs importants de conflits sur la scène internationale. Abordons brièvement quelques aspects de la politique de la concurrence au Japon.

C. Japon

1. Introduction

La Loi Anti-monopole du Japon fut adoptée en 1947 pour démanteler les Zaitbatsu, une forme de conglomérat qui avait dominé l'économie japonaise jusqu'en 1945¹⁷⁵. Perçue comme une loi "américaine", l'opposition a motivé certains amendements qui furent apportés en 1949 et 1953 en vue de l'assouplir. Les amendements de 1977 ont cependant renforcé la loi au niveau des aspects de pouvoir de marché sur le marché national. Au début des années 90, le SII (Structural Impediment Initiative) a mis l'accent sur la faible application de la politique de la concurrence comme l'un des obstacles structurels empêchant l'accès au marché japonais et, en 1997, des amendements ont renforcé la loi en ce qui concerne les ententes.

2. Les ententes

La loi japonaise interdit les ententes mais les possibilités d'exemption sont nombreuses. Elles sont autorisées lorsqu'il s'agit d'atteindre certains objectifs comme la réalisation d'économies d'échelle dans le cas des petites et moyennes entreprises ainsi que des objectifs commerciaux par le truchement d'exemptions des cartels à l'exportation et à l'importation. La plupart des observateurs s'accordent à dire que l'application de la loi est laxiste et la perception que la loi est imposée par les États-

¹⁷⁵ La loi est très similaire à celle des États-Unis. Elle a adapté les lois Sherman et Clayton; le Fair Trade Commission, responsable de la politique de la concurrence, est modelé sur la FTC des États-Unis.

Unis est certainement un facteur qui explique la rareté des poursuites. Les exemptions qui portaient sur la rationalisation et la prévention des récessions ont toutefois été éliminées en décembre 1997.

La question des cartels à l'exportation est fort controversée; ils sont permis par l'*Export and Import Transaction Law* à condition qu'ils soient notifiés et qu'ils n'encouragent pas de "pratiques commerciales déloyales". Comme c'est le cas de l'approche canadienne, l'approche japonaise permet l'exemption de cartels mixtes. L'un des arguments du Japon pour justifier l'autorisation et la gestion des cartels est qu'ils ne visent pas à extraire de super-bénéfices du commerce international mais à protéger les industries étrangères. Selon cet argument, les industries japonaises seraient forcées de former des cartels pour respecter les règlements des différends commerciaux et les accords de limitation volontaire des exportations avec les États-Unis, ce qui confirme le fait que le commerce administré favorise la cartellisation dans les pays exportateurs tout comme dans les pays importateurs¹⁷⁶.

La question des arrangements verticaux a aussi fait l'objet de multiples différends avec les États-Unis. L'un des cas les plus connus, l'affaire Kodak Eastman-Fujifilm (1995), portait sur les problèmes d'accès au marché reliés aux restrictions verticales. Comme il a déjà été mentionné, cette affaire portait sur l'impact du système de distribution japonais sur l'accès de Kodak au marché japonais des pellicules et papiers photographiques. Essentiellement, Kodak alléguait que les systèmes de distribution de Fujifilm et les arrangements verticaux et horizontaux entre Fujifilm et ses filiales distributrices étaient anticoncurrentiels et qu'ils bloquaient l'accès au marché japonais.

¹⁷⁶ Selon Sherer (1994), un document présenté à la Fair Trade Commission aurait souligné que les accords de limitation volontaire des exportations avaient eu des effets défavorables sur la concurrence tant dans les pays importateurs que dans les pays exportateurs, c'est-à-dire à l'étranger et au Japon.

Kodak soutenait que ces pratiques étaient illégales en vertu de la loi Sherman. Le Japon a répondu en indiquant que les particularités de son marché sont un fait historique et que les politiques gouvernementales ne peuvent les modifier radicalement; il a néanmoins accepté de renforcer l'application de la politique de la concurrence pour réduire les barrières que posent les réseaux de distribution japonais.

3. Les monopoles

S'agissant des monopoles, deux types de dispositions existent: les premières visent les monopoles et les deuxièmes ciblent les situations monopolistiques. En ce qui concerne les monopoles, la loi a été appliquée à des entreprises qui détiennent de 30% à 80% de part de marché. Outre les parts de marché, les autres critères qui interviennent dans l'application de la loi sont la nature de l'opération, les conditions de marché et la concurrence. Les pratiques visées sont celles qui visent à établir, maintenir ou renforcer la position de monopole d'une ou de plusieurs entreprises. Aucune liste spécifiant les pratiques visées n'est fournie mais elles doivent, contrairement à "l'intérêt public", restreindre la concurrence de façon substantielle. Toutefois, aucune définition précise ne clarifie la portée de cette exigence ni celle du concept d'intérêt public qui peut correspondre strictement à la réduction de la concurrence ou être étendue à des objectifs tels que le développement de l'économie nationale, l'atténuation des différends commerciaux, la prévention de récessions ou la protection des consommateurs. L'application de ces dispositions a été limitée puisque seulement six affaires ont été portées devant les tribunaux (OCDE, 1996a).

Les positions dominantes des entreprises japonaises ont aussi été critiquées tant au niveau des pratiques à l'étranger qu'au niveau de l'accès au marché japonais. L'exemple de l'affaire Kodak-Fujifilm est encore un bon exemple à citer; Kodak

alléguait que Fujifilm, qui détient environ 70% du marché japonais, avait recours à des pratiques d'exclusion par le truchement de son contrôle sur le réseau de distribution que Kodak considérait comme des installations essentielles. Fujifilm a contesté la définition du marché en invoquant que Kodak détenait une position dominante sur le marché mondial et elle a argué qu'aucune preuve ne supportait l'argument sur les installations essentielles et sur l'existence d'arrangements illégaux de distribution exclusive.

Depuis 1977, un deuxième type de dispositions s'applique aux situations monopolistiques. Cet ajout procure à la Fair Trade Commission une base juridique lui permettant de restructurer un marché lorsque des conditions structurelles le justifient et que le fonctionnement du marché est défectueux, notamment au niveau de la flexibilité des prix ou de l'existence de profits excessifs. Ce type de dispositions n'a toutefois jamais été utilisé.

4. Les fusionnements

En ce qui concerne le contrôle de la concentration, les fusionnements de grande dimension doivent être notifiés aux autorités japonaises qui évaluent la possibilité de création de positions dominantes qui auraient des effets sur la concurrence. Il apparaît que la loi n'est pas rigoureusement appliquée, bien que certaines transactions aient fait l'objet de mesures correctives avant d'être autorisées (Scherer, 1994). Fait significatif: durant les années soixante-dix, aucun fusionnement ne fut contesté. En 1969, la fusion Yamata Steel-Fuji Iron pour former Nippon Steel avait été contestée, mais en raison de l'opposition d'autres organismes gouvernementaux, la fusion fut autorisée (OCDE, 1996a).

Les procédures d'examen des fusionnements sont spécifiées par deux types de documents qui furent d'ailleurs révisés en 1995¹⁷⁷. Il n'est pas certain que la défense d'efficacité soit effectivement possible puisqu'elle n'est pas explicitement inscrite dans la loi, mais les procédures d'examen adoptées en 1995 incluent le critère d'efficacité. La méthode qui doit être utilisée pour comparer les gains en efficacité et les pertes au niveau concurrentiel et pour déterminer le poids relatif accordé à ces deux effets d'un fusionnement n'est pas spécifiée.

¹⁷⁷ Il s'agit de l'*Administrative Procedure Standards for Examining Mergers* (1980) et de l'*Administrative Procedure Standards for Examining Stockholding by Companies* (1981). Voir OCDE (1996a).

5. Dimension stratégique

La loi japonaise fut modelée sur la politique de la concurrence des États-Unis mais, contrairement à cette dernière, elle n'a jamais joué un rôle très coercitif. L'engagement du Japon à renforcer la loi et son application s'explique en grande partie par les pressions américaines concernant les pratiques des entreprises japonaises à l'étranger et au Japon. Bien que le Japon se soit engagé à renforcer sa loi et son application, il demeure que la politique de la concurrence joue traditionnellement un rôle restreint. D'un autre côté, les différends commerciaux entre le Japon et les États-Unis ont été invoqués, paradoxalement, comme un motif justifiant la cartellisation des entreprises japonaises. Il est certain que si la communauté internationale doit parvenir à des accords multilatéraux en matière de concurrence, cela ne pourrait être envisagé sans la participation du Japon. Néanmoins, étant donné l'assouplissement des cadres réglementaires de la concurrence, il serait étonnant que le renforcement de la loi japonaise aboutisse à l'application rigoureuse de la politique de la concurrence.

D. Conclusion: Internationalisation des politiques de la concurrence et concurrence systémique

Comme nous avons pu le constater, à partir des trois cas étudiés, il existe d'importantes différences entre les cadres réglementaires de la concurrence. La politique de la concurrence du Canada est l'une des plus souples au niveau des ententes, au niveau des positions dominantes et au niveau du contrôle de la concentration. C'est d'ailleurs, répétons-le encore une fois, la seule qui ait explicitement inscrit la défense d'efficacité dans l'examen des fusionnements et qui lui accorde un poids très considérable en utilisant l'approche du "bien-être total". Mais de leur côté, les politiques de la concurrence de États-Unis et de l'Union Européenne accordent de plus en plus d'importance aux considérations d'efficacité et de compétitivité internationale. Cette convergence a d'ailleurs un effet pervers, celui de donner aux politiques de la concurrence un caractère de plus en plus stratégique dans la défense des intérêts économiques nationaux, ce qui, en retour, alimente la concurrence systémique entre les différents cadres réglementaires puisque les politiques de la concurrence ont généralement été assouplies pour réconcilier les objectifs de concurrence et de compétitivité dans un contexte de globalisation des marchés.

La conclusion de l'étude de la CNUCED (1993) sur la concentration des marchés est, à cet égard, des plus pertinentes:

(...) increasing economic globalization would suggest that the issue of the extent to which there is a conflict between competition and competitiveness is likely to become ever more controversial (as in de Havilland case noted above, as policy-makers are faced with the dilemma of whether to allow mergers among local firms so as to enable them (possibly) to better compete against foreign enterprises, or to prevent such mergers so as to avoid the risk of anti-competitive behaviour. (CNUCED, 1993, p. 51)

Les tableaux suivants font la synthèse des éléments les plus importants qui ont permis l'assouplissement des cadres réglementaires; il indique les différents modes d'assouplissement qui distinguent les approches nationales.

Tableau XIV : Sommaire des dispositions nationales visant les ententes	
Canada	Nécessité de prouver que les complots réduisent indûment la concurrence; difficulté de prouver l'intention coupable; exemption des cartels à l'exportation, purs et mixtes; les accords de spécialisation sont régis par des dispositions spécifiques qui leur sont favorables.
États-Unis	Utilisation de la règle de raison permet un certaine souplesse; assouplissement de la loi en rapport avec les accords de R&D depuis 1984; assouplissement de l'application de la loi en ce qui a trait aux cartels à l'exportation et aux accords de coopération interentreprises.
Union européenne	Le paragraphe 85 (3) permet des exemptions qui peuvent couvrir les accords en R&D, les accords ayant un effet sur l'efficacité, les cartels à l'exportation et d'autres formes de coopération qui sont jugées compatibles avec les intérêts communautaires.
Japon	Plusieurs moyens d'exemption, notamment pour les cartels à l'exportation purs et mixtes.

Tableau XV: Sommaire des dispositions nationales visant les positions dominantes

Canada	Intégration de plusieurs critères; nécessité de prouver que les pratiques anticoncurrentielles des entreprises qui détiennent une position dominante ont un effet substantiel sur la concurrence; élargissement du marché pertinent pouvant aller jusqu'à l'inclusion de concurrents étrangers; l'interdiction ne vise pas les entreprises qui ont une "performance supérieure".
États-Unis	Élargissement des critères utilisés pour définir le pouvoir de marché des entreprises; l'approche structurelle ne justifie plus automatiquement les poursuites; elle vise plus spécifiquement les comportements des entreprises plutôt que la structure des marchés; la performance supérieure des entreprises dominantes peut être prise en considération.
Union Européenne	En principe, l'approche européenne est plus rigoureuse en ce qui a trait aux abus de position dominante; les entreprises qui ont plus de 40% de part de marché et dont les pratiques sont jugées anticoncurrentielles sont plus spécifiquement visées; l'emphase est mise sur l'impact des pratiques anticoncurrentielles sur les concurrents.
Japon	Nécessité de prouver que les pratiques des monopoles sont contraires à l'intérêt public et qu'elles réduisent la concurrence substantiellement; les dispositions concernant les situations monopolistiques et l'intervention structurelle n'ont jamais été appliquées.

Tableau XVI: Sommaire des dispositions nationales visant les fusionnements

Canada	Nécessité de prouver que le fusionnement a ou aura des effets substantiels sur la concurrence; défense d'efficacité et approche du bien-être total; prise en compte de la concurrence étrangère; impact de l'élargissement des marchés pertinents.
États-Unis	Les lignes directrices ont graduellement accentué la défense d'efficacité en reflétant la jurisprudence; le débat porte maintenant sur la question d'élargir ce moyen de défense aux fusionnements qui ont des effets anticoncurrentiels comme c'est le cas au Canada; la concurrence étrangère ainsi que la souplesse des cadres réglementaires étrangers sont des éléments qui prennent de plus en plus d'importance.
Union européenne	La défense d'efficacité est, en principe, impossible puisque les gains en efficacité ne peuvent justifier l'autorisation d'une fusion qui aura des effets significatifs sur la concurrence; cependant, dans très peu de cas, la Commission a-t-elle jugé que les fusionnements avaient ou auraient des effets négatifs sur la concurrence. L'article 2 permet d'introduire les considérations d'efficacité et de compétitivité.
Japon	Les considérations d'efficacité font partie des éléments pris en compte dans les procédures d'examen. Ce dernier porte sur l'impact de la fusion sur la concurrence sur le marché dans son ensemble.

La convergence des approches nationales peut réduire les différences de fond entre les droits nationaux de la concurrence mais, à notre avis, puisqu'elle favorise la flexibilité des cadres réglementaires, elle oppose les stratégies "industrielles" déguisées des États. Aussi, elle favorise le renforcement des politiques de la concurrence à l'égard des pratiques étrangères, ce qui est surtout notable au niveau des politiques de la concurrence américaine et européenne. Les États-Unis ont renforcé les principes qui guident leurs interventions face aux pratiques restrictives étrangères et, dans l'affaire Boeing, l'Union européenne n'a pas hésité à élargir son domaine de compétence à l'examen de la fusion d'entreprises américaines.

Dans le cas d'un pays comme le Canada, les questions extraterritoriales posent deux types de problèmes: 1) le Canada doit se défendre contre l'extraterritorialité des lois, principalement de celle des lois américaines et, à cet égard, la loi canadienne inclut des dispositions pour contrer l'application des lois étrangères et il existe une loi d'application plus générale visant les mesures étrangères qui vise ce même objectif; et, 2) l'application de la loi canadienne peut difficilement prendre une dimension extraterritoriale, ce qui, paradoxalement, impliquerait que le Canada coopère avec les autorités étrangères pour faire appliquer des lois appropriées, qu'elles soient canadiennes ou étrangères.

Les accords de coopération internationale visent généralement ces deux objectifs, celui de réduire les conflits de juridictions et, plus récemment, celui de définir le cadre de coopération afin de permettre des actions conjointes dans des affaires d'intérêts communs. Néanmoins, les deux dimensions de l'internationalisation des politiques de la concurrence, c'est-à-dire le couple "assouplissement-renforcement", alimentent une concurrence systémique entre les cadres réglementaires qui va à l'encontre d'un régime international adéquat pour effectivement réduire les pratiques commerciales

restrictives et les conflits de juridiction. S'il est jugé possible d'accroître le bien-être économique à travers un arbitrage fondé sur un bilan économique et un examen approfondi des effets des pratiques anticoncurrentielles, cet arbitrage ne tient compte que des effets des pratiques sur les producteurs et les consommateurs sur le marché national. Certes, il n'est pas automatique que le "bien-être national" soit incompatible avec la maximisation du bien-être de la communauté internationale. Selon l'OMC, "pour qu'une politique de la concurrence soit indésirable, il faut que les conséquences négatives pour les partenaires commerciaux soient plus importantes que les avantages pour les agents nationaux" (OMC, 1998, p. 36). Le problème est qu'aucune institution ne peut véritablement procéder à l'arbitrage des effets des pratiques sur le bien-être "mondial" et encore moins imposer des pertes à un pays en faveur d'un autre en affirmant que les bénéfices nets sont plus importants.

Selon Meesen (1989), la concurrence entre politiques de la concurrence favoriserait leur efficacité, mais cet argument bute sur deux problèmes: 1) la concurrence peut favoriser les pays les plus puissants; et, 2) la concurrence entre les politiques étant elle-même imparfaite, un niveling par le bas est possible. En supposant que cette tension pourrait être résolue, celle qui existe entre les intérêts des producteurs et des consommateurs, qui est maintenant reléguée au second plan, ne serait pas solutionnée pour autant. Ainsi, il ne s'agit pas simplement d'améliorer l'interface national/international pour éviter la concurrence systémique, mais aussi d'aborder l'arbitrage entre les différents acteurs sociaux se disputant les surplus économiques. À cet égard, rappelons encore une fois que l'approche canadienne est moins sensible aux objectifs d'équité que l'approche américaine. L'approche américaine fait preuve d'une grande souplesse, mais il n'est pas certain que cette tendance ne soit pas renversée. Dans une étude portant sur les critères obligatoires qui devraient faire l'objet d'éventuelles lignes directrices sur la concurrence en Amérique du Nord, Dimic

(1993) soutenait qu'elles devaient maintenir une politique de la concurrence qui s'est éloignée de l'analyse fondée sur la concentration du marché pour reconnaître qu'une politique moderne de la concurrence se doit d'être un art tout autant qu'une science; l'ensemble de critères qui pourrait être intégré à un accord nord-américain ne devrait donc pas suivre l'approche dogmatique fondée sur des indicateurs de part de marché, comme l'indice Herfindahl-Hirschman, qui furent si importants dans la politique de la concurrence américaine.

Selon Dimic, les critères suivants seraient acceptables: le traitement national; une approche fondée sur des recours correcteurs *ex-post* assortie de lourdes amendes et non sur une action préventive *ex-ante*; le préjugé favorable à l'entreprise comme reconnaissance que son action a comme principal effet d'accroître le bien-être et l'efficience (il incomberait aux autorités de prouver le contraire); la priorité des critères de contestabilité des marchés; l'élargissement de la définition du marché géographique, particulièrement, mais non exclusivement, au sein d'une zone de libre-échange; la défense d'efficacité (surtout en ce qui a trait l'innovation); la mise en place d'un mécanisme efficace de règlement des différends; l'exclusion de certains aspects de la loi américaine comme les poursuites privées de dommages-intérêts au triple pour préjudice causé ou les seuils de notification des fusionnements qui sont moins élevés aux États-Unis qu'au Canada.

La mise en place de certains principes et de règles au niveau international est très certainement nécessaire mais il est primordial de passer à une conception globale de la concurrence, plutôt que de construire un droit international de la concurrence fondé sur la juxtaposition des politiques nationales. La raison étant que les politiques de la concurrence deviennent des instruments stratégiques pour favoriser la compétitivité des entreprises nationales. À notre avis, un préjugé favorable à l'entreprise et à la

concentration économique, juxtaposé à une mise en oeuvre au niveau national, ne peut qu'intensifier la concurrence systémique.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

La deuxième partie de notre étude nous a permis de montrer que l'internationalisation de la politique de la concurrence a été orientée dans deux directions: 1) assouplissement de la loi en fonction des critères d'efficacité et de compétitivité; et, 2) élargissement du champ d'application de la loi pour tenir compte de la concurrence étrangère.

Un changement dans l'orientation générale de la politique économique canadienne est intervenu à partir de 1980 dans le sens d'un plus grand appui aux forces du marché et du développement des activités internationales. L'élément central de la réorientation de la politique économique du Canada a été de négocier le libre-échange en Amérique du Nord avec les États-Unis et le Mexique. Toutefois, l'élargissement de l'aire de marché des entreprises à l'ensemble nord-américain n'a pas été accompagné par la mise en commun d'une politique de la concurrence qui aurait été appliquée uniformément à toutes les entreprises nord-américaines, comme ce fut le cas en Europe. Ainsi, ce fut à travers l'internationalisation de la politique de la concurrence, que le Canada a adapté son cadre réglementaire aux nouveaux paramètres concurrentiels. Il a été argué que la reformulation de la politique de la concurrence en 1986 a accordé beaucoup d'importance à la libéralisation commerciale et à la déréglementation de l'économie canadienne, et que le rôle pro-actif de la politique de la concurrence a été plus important que son rôle coercitif. Les objectifs d'efficacité économique et de compétitivité sont devenus prioritaires et le contexte de libéralisation des échanges internationaux signifiait que le marché canadien allait être "contestable", c'est-à-dire que la concurrence étrangère serait une source de discipline concurrentielle pour les entreprises canadiennes.

Les objectifs reliés à la compétitivité des entreprises semblent prévaloir sur les objectifs de protection de la concurrence. C'est d'ailleurs à ce niveau que l'approche canadienne se démarque le plus des approches étrangères, surtout en ce qui concerne le contrôle des fusionnements. On remarque en effet que la souplesse de la politique de la concurrence doit permettre une meilleure compétitivité des entreprises canadiennes. Cette idée a été souligné par Masi (1991) qui a expliqué le succès passé de la sidérurgie canadienne par les arrangements conclus entre Stelco, Dofasco et Algoma et l'État fédéral qui leur avaient permis, dans les années 1950, de se répartir les marchés, de se spécialiser et de réaliser des économies d'échelle. L'application souple de la politique de la concurrence a été, toujours dans la perspective de cet auteur, un élément qui a facilité ces réalisations. Incidemment en 1988, dans leur examen qui les conduisit à autoriser la prise de contrôle d'Algoma par Dofasco, les autorités canadiennes ont accordé une grande importance à la concurrence étrangère réelle et potentielle et aux bénéfices du point de vue de l'efficience.

On estime donc généralement, à l'instar de Khemani (1991) que la petite taille des entreprises canadiennes implique une sensibilité aux gains en efficacité, surtout dans le cadre d'une concurrence à l'échelle nord-américaine, alors que justement le libre-échange élimine la contrainte de la petite taille du marché canadien. Il est donc tout à fait raisonnable de suggérer que la théorie du "champion national" traverse la politique de la concurrence canadienne. Porter (1991) a d'ailleurs critiqué le rôle de la défense d'efficacité, mais l'approche canadienne semble plutôt endosser l'argument de McFetridge (1992) qui conteste le lien entre l'application de mesures rigoureuses et les avantages concurrentiels en utilisant l'exemple japonais, ou l'argument de Anderson et Khosla (1993) qui suggère que la rivalité peut être favorisée par d'autres moyens que l'application de la politique de la concurrence, comme la politique commerciale et la

politique en matière d'investissements étrangers, même si ces politiques ne sont pas des substituts parfaits à la politique de la concurrence.

L'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada a aussi impliqué son application croissante à des entreprises étrangères, surtout dans le cas d'ententes internationales, et l'intensification de la coopération internationale, surtout avec les autorités américaines. Nous avons constaté que l'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada ne répond pas seulement à la contrainte qui découle des stratégies des entreprises dans un environnement global, mais aussi à celle qui découle des décisions et des approches des autorités étrangères. Dans le dernier chapitre, nous avons vu que la souplesse des politiques de la concurrence en rapport avec les objectifs d'efficacité et de compétitivité des entreprises est aussi remarquable à l'étranger. Ainsi, il est raisonnable de suggérer que les politiques de la concurrence jouent un rôle stratégique de plus en plus important à l'échelle internationale lorsqu'il s'agit de favoriser le développement des entreprises "nationales" ou de bloquer des concurrents étrangers "déloyaux". Dans la perspective canadienne, il est néanmoins peu probable que l'application de la politique de la concurrence cherche à bloquer "stratégiquement" la concurrence étrangère en raison du faible pouvoir de négociation du Canada au niveau international et, surtout, en raison de l'importance accordée à l'investissement international dans le développement de l'économie canadienne.

Ces constats nous amènent à être critiques non seulement face aux approches qui presupposent que l'arbitrage entre les intérêts des consommateurs et des producteurs se fait "naturellement" ou grâce à cette "main invisible" que serait l'entreprise autorégulée, mais, aussi, face aux efforts de coopération internationale que l'on peut

regrouper sous l'appellation “unilatéralisme coopératif”¹⁷⁸. En effet, si l'on peut douter des bénéfices de la libre concurrence au niveau des pratiques des entreprises et de cette nouvelle main invisible, la globalisation économique, qui assurerait la contestabilité des marchés, on peut tout autant se questionner sur une coopération internationale qui laisserait libre cours aux États nationaux pour définir les formes acceptables de concurrence lorsque l'on constate à quel point les politiques de la concurrence sont traversées par des considérations stratégiques de compétitivité des entreprises nationales. Elle serait, tout au plus, une façon de gérer la concurrence systémique entre les États, et non un moyen de construire un véritable état de droit économique international.

Dans la dernière partie de cette étude, nous allons aborder l'application de la politique de la concurrence dans un secteur spécifique, celui des télécommunications. Nous constaterons que les politiques de la concurrence sont principalement orientées vers des objectifs stratégiques reliés non seulement à la compétitivité des entreprises de télécommunications, mais aussi au rôle de ce secteur en ce qui a trait à la compétitivité de l'ensemble économique national dans le contexte de l'émergence d'une nouvelle économie du savoir.

¹⁷⁸ Graham et Richardson (1999) ont défini une approche de coopération internationale en matière de concurrence qui comprend trois étapes: 1) “cooperative unilateralism”; 2) un accord sur les mesures antitrust affectant le commerce dans le cadre de l’OMC; et, 3) un accord multilatéral sur les éléments plus controversés des politiques de la concurrence qui impliquerait la définition de règles communes et l’établissement d’un comité ou d’un tribunal international. Le “cooperative unilateralism” correspond généralement à la situation actuelle caractérisée par l’application de règles nationales par les autorités nationales tout en spécifiant certaines procédures de consultation et de coopération fondées essentiellement sur l’application du principe de courtoisie négative et positive.

TROISIÈME PARTIE

LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS:
RÉALITÉS ET PARADOXES

INTRODUCTION

La troisième partie de cette étude porte sur la concurrence dans le secteur des télécommunications. L'intérêt d'étudier le secteur des télécommunications tient à l'importance qu'il a pris, ces dernières années, dans le cadre de l'émergence d'une nouvelle économie du savoir et d'un "monde sans frontières" (OCDE, 1998a). Il s'agit d'un secteur qui a été totalement transformé par les changements technologiques et réglementaires. Il est désormais caractérisé par la présence de multiples opérateurs et fournisseurs multi-services qui évoluent dans un marché dont les dimensions sont de plus en plus globales. Le développement des nouvelles technologies de l'information, la libéralisation et la déréglementation ont fait apparaître une nouvelle industrie, celle des technologies de l'information et des télécommunications (TIT), et une nouvelle économie, celle de l'information ou du savoir.

La concurrence joue un rôle déterminant au sein des TIT, mais on observe aussi la progression d'un important processus de concentration dont les autorités responsables de la concurrence ne semblent pas se soucier. Ce secteur est de plus en plus laissé à sa propre autorégulation; la définition des règles et des conditions de développement repose principalement sur l'initiative des grands opérateurs et utilisateurs. Par ailleurs, les États jouent aussi un rôle dans l'émergence de cette nouvelle industrie. Certaines études ont suggéré que les changements dans le secteur des télécommunications ont réduit le contrôle des États nationaux sur les télécommunications nationales (Mansell, 1993). Ces changements, et plus particulièrement l'adoption de politiques néo-libérales, ne doivent pas occulter le fait

que le rôle des États, bien qu'il ait été radicalement transformé, n'est pas moins important qu'il ne l'était auparavant¹.

Les mesures prises par les gouvernements s'inscrivent dans le cadre de nouvelles stratégies nationales orientées vers l'établissement d'un environnement institutionnel favorable au développement d'entreprises efficaces, innovatrices et compétitives au sein d'une industrie globale. C'est dans cette perspective stratégique que les États ont progressivement misé sur le modèle concurrentiel ou d'accès au marché pour favoriser des télécommunications innovatrices et moins coûteuses, et qu'ils ont donné une dimension internationale à leur politique des télécommunications (OCDE, 1995b)². Cette nouvelle approche justifie paradoxalement la souplesse des politiques de la concurrence devant la création et l'extension de réseaux d'oligopoles, ce qui réduit le rôle que doit jouer la concurrence, du moins dans le cadre des marchés nationaux.

En raison du développement de monopoles réglementés dans le secteur des télécommunications, les politiques de la concurrence n'ont traditionnellement pas joué un rôle très important dans ce secteur. À partir des années 80, malgré les différences internationales, les politiques de la concurrence ont joué un rôle pro-actif important dans le contexte de la déréglementation et de la transition vers un environnement de marché concurrentiel. Toutefois, à l'exception notable du démantèlement d'AT&T aux États-Unis, il existe une certaine convergence des politiques de la concurrence souples et fondées sur la "règle de raison" (analyse au "cas-par-cas"), ce qui révèle que les politiques de la concurrence sont traversées par des considérations stratégiques et qu'elles servent d'outils de politiques industrielles "déguisées".

¹ Voir Davies et Hulsink (1996, 1997), Nelson (1993), et Ruigrok et van Tulder (1995).

² Pour une discussion des différences entre les modèles concurrentiels voir Neumann (1989).

La politique de la concurrence du Canada met l’emphase sur les considérations liées à l’efficacité, à l’innovation et à la compétitivité internationale des entreprises canadiennes et elle suppose que la libéralisation et la déréglementation du secteur constituent des forces proconcurrentielles suffisantes pour garantir la contestabilité du marché canadien. Deux préoccupations majeures ressortent: la politique de la concurrence ne doit pas faire obstacle aux restructurations, mais, au contraire, laisser libre cours à l’autorégulation de l’industrie, et elle doit jouer un rôle proactif au niveau de l’adoption de politiques qui favorisent la contestabilité du marché.

Le modèle concurrentiel/accès au marché ne peut pas être simplement perçu comme un ensemble de principes de concurrence “loyale” gouvernant l’organisation et le développement des télécommunications; c’est aussi un terrain de rivalité qui fait intervenir le pouvoir structurant des États et des firmes, la convergence des stratégies des acteurs privés et des acteurs publics, et la concurrence systémique entre les États pour définir les règles les mieux adaptées à leurs intérêts mercantiles. Chose certaine, l’interface entre les stratégies des entreprises et des États révèle les limites d’un nouveau régime international des télécommunications et elle soulève la question de l’efficacité des politiques de la concurrence formulées et appliquées au niveau national.

Le régime international des télécommunications renvoie les problèmes de concurrence au niveau national alors que ces dernières jouent un rôle de politiques industrielles déguisées dans les nouvelles stratégies des États en matière de télécommunications. Aux problèmes des pratiques anticoncurrentielles des entreprises s’ajoutent ainsi les problèmes qui découlent de l’instrumentalité stratégique des politiques de la concurrence, ce qui nous indique l’importance de passer d’une conception nationale à une conception globale de la concurrence.

Le premier chapitre aborde la transition du modèle réglementaire vers le modèle concurrentiel tandis que le second analyse la nouvelle dynamique concurrentielle et la politique de la concurrence dans le contexte d'un marché concurrentiel des télécommunications. En raison de l'importance des États-Unis et des entreprises américaines sur le marché des télécommunications, et puisque l'espace au sein duquel opèrent les entreprises canadiennes s'étend au moins à l'ensemble nord-américain, nous porterons une attention particulière à la concurrence et à l'application de la politique de la concurrence aux États-Unis.

CHAPITRE 1 DU MONOPOLE RÉGLEMENTÉ À LA CONCURRENCE

Dans les années 80 et 90, par effet d'entraînement et de persuasion, les États-Unis ont provoqué l'émergence d'un nouveau régime international en remettant en cause l'encadrement institutionnel et réglementaire existant sur le marché américain. Il est tout à fait remarquable d'observer que les nouvelles stratégies des États et des entreprises ont progressivement entraîné la généralisation d'un modèle d'accès au marché dont l'effet principal est d'élargir l'espace de liberté des entreprises de télécommunications, et notamment des anciens monopoles, pour pénétrer les marchés étrangers et les marchés des technologies de l'information et de la radiodiffusion. Ce nouveau régime est toujours en construction, mais son orientation générale va dans le sens de la mise en oeuvre d'un modèle concurrentiel, ou d'un modèle d'accès au marché, comme fondement d'une politique d'infrastructures, de services et de définition des normes dans tout ce qui a trait, de près ou de loin, aux télécommunications.

Ce chapitre est divisé en trois sections: 1) l'abandon du modèle monopolistique aux États-Unis et la réorientation de la coopération internationale vers le modèle d'accès au marché; 2) le virage idéologique en faveur de la déréglementation et de la libéralisation des télécommunications canadiennes; et, 3) le rôle des acteurs, et plus particulièrement ceux de l'organisme de réglementation et de l'autorité responsable de la concurrence, dans le processus de transition vers la concurrence.

A. Abandon du modèle monopolistique

Le développement historique du secteur des télécommunications se caractérise par le fait que les “politiques nationales et l’encadrement international se sont complétés et renforcés mutuellement” (Plourde, 1992, p. 190) pour organiser le secteur sur la base de monopoles nationaux, publics ou privés, et de la réglementation nationale. Au niveau international, l’Union Internationale des Télécommunications (UIT) assurait l’existence de certaines règles d’interconnexion des réseaux nationaux et la circulation des messages; elle facilitait donc la circulation internationale tout en supportant les structures monopolistiques nationales.

Le développement du modèle monopolistique et réglementaire s’appuyait sur la perception que les caractéristiques de ce secteur étaient incompatibles avec la concurrence, de même qu’avec certains objectifs nationaux, dont l’un des plus importants était d’assurer un service universel à prix abordable sur l’ensemble du territoire national. Puisque la concurrence limitait l’interconnexion des usagers et l’accès aux services, les gouvernements ont pris des mesures pour 1) obliger l’interconnexion des différents opérateurs; et, 2) permettre l’interfinancement entre les services interurbains et les services locaux pour garantir l’accessibilité au service de téléphonie locale. La création de réseaux nationaux et l’universalité des services ont donc servi de justification à l’octroi de monopoles fortement réglementés. Toutefois, certains historiens du secteur, notamment Babe (1990) et Winseck (1995b), ont suggéré que ce choix ne s’imposait pas réellement et qu’il a plutôt servi les stratégies monopolistiques des entreprises³.

³ Babe (1990) a suggéré que les pratiques prédatrices des entreprises à qui l’on a accordé un monopole réduisaient l’extension des services à certaines régions. D’autres ont souligné que le monopole n’a pas toujours été synonyme de l’extension rapide et efficace des réseaux nationaux (OCDE, 1988a).

Au Canada, c'est W. Laurier qui, en 1906, rendit obligatoire l'interconnexion pour défendre les compagnies indépendantes contre les pratiques de prédatation des compagnies Bell⁴. En 1925, cette mesure fut renversée par une décision en faveur de Bell qui a éliminé la concurrence sur le marché local. En échange de ce monopole, Bell devait se limiter aux activités non concurrentielles et garantir l'universalité des services. Quatre ans plus tôt, les États-Unis avaient adopté la loi Willis-Graham qui créait des monopoles territoriaux reliés à un système national et exemptait les compagnies de téléphones de l'application des lois sur la concurrence.

La concurrence était aussi jugée incompatible avec le développement d'économies d'échelle, l'intégrité systémique du secteur des télécommunications et le développement technologique. Le monopole apparaissait comme le meilleur moyen de garantir le financement des coûts en R&D, d'autant que les liens verticaux entre les monopoles et les producteurs d'équipements permettaient de "subventionner" et de soutenir les activités de ces derniers qui bénéficiaient ainsi d'un accès privilégié aux marchés captifs des monopoles⁵. Au Canada, le monopole a aussi été justifié par des objectifs de développement national dans la mesure où il pourrait favoriser le développement et l'utilisation d'infrastructures de réseaux canadiens, et promouvoir l'identité et la culture canadiennes. Toutefois, la structure monopolistique n'a pas

⁴ Pour une histoire du développement des télécommunications canadiennes, voir Winseck (1995a, 1995b, 1997) et Babe (1990). Entre 1893 et 1920, le secteur était caractérisé par des structures concurrentielles, mais les pratiques de Bell étaient fréquemment critiquées. En même temps, la concentration de l'industrie progressait et l'explication qui s'est installée était que cette situation découlait d'imperfections de marché "naturelles" (Wilson, 1992). Selon Babe (1990), trois arguments supportaient l'idée d'un monopole naturel: les économies d'échelle, la nécessité de l'interfinancement pour garantir l'universalité des services de base, et l'intégrité systémique. Winseck et Babe ont pourtant montré l'importance des facteurs juridiques et politiques et, surtout, des intérêts corporatifs dans le développement de monopoles réglementés.

⁵ L'une des caractéristiques du développement des télécommunications est aussi l'intégration verticale des monopoles et des producteurs d'équipements de télécommunications.

empêché le contrôle américain de Northern Electric (ex-Northern Telecom) et de Bell Canada jusqu'à la fin des années 60. En fait, on peut considérer que la décision américaine de 1956, qui a entraîné le retrait d'AT&T du marché canadien, a contribué à augmenter la propriété canadienne et l'intégration verticale de Bell Canada de façon plus marquée que ne l'avait fait, jusque là, la politique qui consistait à favoriser le développement d'une structure monopolistique de marché à l'échelle canadienne⁶.

Le modèle de monopoles réglementés reposait aussi sur l'idée de l'efficacité de la réglementation et de son autonomie par rapport aux intérêts corporatifs des monopoles⁷. Dans les débats qui ont provoqué l'abandon de ce modèle dans les années 80 et 90, deux arguments ont été particulièrement importants: 1) la réglementation n'était pas efficace comme principe organisateur d'un marché en pleine mutation comme celui des télécommunications; et, 2) les innovations technologiques permettaient la réduction des coûts, ce qui ébranlait l'argument selon lequel les économies d'échelle et l'innovation justifiaient les monopoles. Ces deux arguments ont été avancés par certains concurrents sur les marchés non réglementés et par les grands utilisateurs qui remettaient en cause le principe d'interfinancement, la réglementation et la structure monopolistique de l'industrie (Plourde, 1992).

Les changements technologiques ont eu un impact considérable sur le secteur des télécommunications. Les incidences de ces changements sont tout d'abord apparues

⁶ En 1956, les autorités responsables de la concurrence aux États-Unis ont décidé qu'AT&T devait se départir de sa participation dans Bell et Northern Electric. Ce n'est que suite à cette décision que, dans les années 60, Bell fera l'acquisition de Northern Electric dont AT&T détenait 43,6% par l'entremise de Western Electric. Soulignons aussi qu'au niveau de l'informatique et des satellites, la plupart des entreprises d'importance au Canada sont américaines (Microsoft, Compaq, Apple, IBM, Motorola, etc...). Depuis le début du développement des télécommunications canadiennes, les liens avec les entreprises américaines étaient une caractéristique majeure de l'industrie, voir Smythe (1981).

⁷ Selon Babe (1990), mis à part de la période 1976-1983, la réglementation canadienne ne fut qu'incertaine et elle servait surtout les intérêts corporatifs.

sous la forme d'un "contraste entre la demande de services de télécommunications, notamment celle émanant des grands utilisateurs soucieux d'opérer à l'échelle mondiale, et la situation de l'offre, de nombreux opérateurs publics demeurant figés dans leurs structures nationales" (Mouline, 1996, p. 77). Cette tension a provoqué un débat sur le modèle monopolistique et sur l'organisation internationale des télécommunications qui a d'abord eu lieu aux États-Unis, pour ensuite déborder sur les autres États et la communauté internationale.

1. Changements sur le marché américain

Lorsque les États-Unis ont pris l'initiative de déréglementer le secteur des télécommunications, ils ont justifié ce changement d'attitude par l'inefficacité et de la structure monopolistique et de la réglementation. Ils furent les premiers à adopter l'idée que la concurrence serait bénéfique à l'innovation et à la baisse des prix, et à affirmer que les forces du marché procureraient des mécanismes organisateurs plus efficaces que la réglementation. L'un des aspects les plus marquants des débats américains a été la poursuite du Département de la Justice contre AT&T qui a provoqué le démantèlement d'AT&T et remis en cause le rôle de la Federal Communications Commission (FCC) comme organisme de réglementation des télécommunications. En réalité, la tension qui existait entre de nouveaux concurrents et AT&T au niveau de la fourniture de certains services fut déterminante.

Amorcée en 1972, la poursuite contre AT&T a abouti, dix ans plus tard, au compromis sur le démantèlement de l'entreprise pour éliminer les avantages déloyaux dont elle bénéficiait en raison de son contrôle de l'accès au marché local et de ses liens verticaux avec la fabrication d'équipements. L'élément central de la poursuite fut la tension entre les segments concurrentiels et les segments réglementés, et l'incapacité

de la FCC de résoudre les problèmes qui en découlaient. Il faut se rappeler que le marché des données était déjà ouvert à la concurrence⁸, et que MCI se plaignait de la politique de tarification d'AT&T sur les lignes interurbaines, du subventionnement croisé entre les voies secondaires et les grands axes, et du refus d'AT&T de lui accorder l'accès à son réseau. À la fin des années 70, la politique de tarification d'AT&T fut jugée injuste, et la FCC a obligé l'interconnexion entre les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de services. Cependant, la tension qui existait entre le monopole et la concurrence fut exacerbée lorsque la concurrence a été introduite sur le marché des interurbains en 1978⁹. C'est d'ailleurs cette cohabitation difficile entre la concurrence et la réglementation qui est à l'origine de la théorie des marchés contestables: AT&T était devenu un monopole “contestable”, et les firmes rivales étaient avantagées par rapport au monopole qui devait, lui, respecter les contraintes réglementaires.

Selon la FCC, le véritable problème était l'interfinancement entre les services interurbains et locaux. Pour le Département de la Justice, l'élimination de

⁸ En 1963, MicroWave Communications Inc (MCI) avait demandé l'autorisation de la FCC pour offrir des services de transferts de données entre St-Louis et Chicago. La FCC lui a donné son accord en 1971. Ainsi, la revente des capacités pour les services de données fut autorisée et, progressivement, plusieurs marchés concurrentiels se sont développés en se greffant aux infrastructures d'AT&T. Cette décision (Computer I) sera suivie de Computer II (1980) pour distinguer les services réglementés et les services améliorés, et de Computer III (1985) sur les réseaux ouverts qui éliminera la séparation entre les télécommunications “traditionnelles” et le traitement de données.

⁹ Ce n'était pas la première fois que le monopole d'AT&T était contesté. Si le système monopolistique a été maintenu et élargi à travers les pratiques prédatrices d'AT&T et les barrières à l'entrée érigées par la FCC, le Département de la Justice a porté son attention sur le monopole à plusieurs reprises. En 1949, il a remis en cause les liens entre AT&T et Western Electric, sa filiale de production d'équipements de télécommunications. En 1956, un accord entre le Département de la Justice et AT&T exemptait les activités réglementées de l'application de la politique de la concurrence à condition qu'AT&T se limite aux activités réglementées et qu'elle commercialise les brevets des “Bell Labs”. Ces deux concessions deviendront des contraintes pour AT&T puisqu'elles favoriseront l'entrée de concurrents et que le carcan réglementaire s'avérera être une véritable prison pour le monopole. Soulignons aussi que deux plaintes concernant le monopole AT&T-Bell furent rejetées dans les années 50 et 60; la plainte de Hush-A-Phone, déposée en 1948 et rejetée sept ans plus tard, et la plainte de Carter Electronic.

l’interfinancement ne pouvait être une solution suffisante. AT&T bénéficiait de moyens d’étendre sa position dominante en amont et en aval par le biais du contrôle d’installations essentielles - les réseaux locaux; il fallait donc séparer les segments de marchés concurrentiels et les segments de marché réglementés¹⁰. C’est la raison qui motiva le Département de la Justice dans sa décision d’ordonner le démantèlement d’AT&T qui a fait l’objet du Modified Final Judgement (MFJ).

AT&T fut démantelée en janvier 1984. Sept compagnies régionales (RBOCs)¹¹ ont conservé leurs monopoles sur les services locaux, mais elles seront tenues à l’écart des marchés des services interurbains et des services spécialisés. De son côté, AT&T renonçait aux services locaux. Par contre, elle conservait les services interurbains, les activités de fabrication et l’essentiel des Bell Labs, et elle fut autorisée sur les segments concurrentiels des données et des services spécialisés. Ainsi, jusqu’en 1996, le marché américain fut caractérisé par une concurrence au niveau des services interurbains et spécialisés entre trois grandes entreprises (AT&T, MCI et Sprint) d’un côté, et par des concessions géographiques desservies par les RBOCs au niveau des services locaux, de l’autre.

Cette décision du Département de la Justice signifiait aussi que la réglementation de la FCC n’était pas considérée comme un moyen efficace pour protéger la concurrence contre les pratiques d’AT&T et que, par conséquent, le Département de la Justice

¹⁰ Le contrôle d’AT&T sur les compagnies locales lui permettait d’imposer les équipements de sa filiale, Western Electric et d’empêcher la concurrence sur le marché des interurbains et des services spécialisés.

¹¹ “Regional Bell Operating Companies”: Pacific Telesis, USWest, Ameritech, Bell South, Bell Atlantic, Nynex et Southwestern Bell.

allait se substituer à l'organisme de réglementation; c'est lui qui a appliqué le MFJ au niveau des règles d'interconnexion et d'accès aux réseaux. Pour reprendre Klein,

Largely because traditional regulation had been viewed as incapable of addressing the alleged anti-competitive abuses of the Bell System monopoly, antitrust enforcers stepped into the vacuum with their government lawsuit against AT&T during the 1970's and ushered in more than a decade of continuing regulatory-type oversight under the term of the MFJ, the antitrust consent decree entered into between the Department of Justice and AT&T in 1982 to end the government's antitrust lawsuit. (Klein, 1997, p. 210)

La confusion juridique créée par le MFJ a d'ailleurs été l'un des problèmes les plus importants que Telecommunications Act de 1996 a tenté de résoudre en clarifiant les mandats des différents organismes, mais le débat juridique persiste, tout comme celui qui porte sur le rôle de la concurrence sur le marché américain. Chose certaine, si la concurrence devait jouer un rôle accru dans le secteur des télécommunications, il s'agissait avant tout pour les États-Unis de mettre en oeuvre une nouvelle stratégie en vue d'exploiter leur avance dans ce secteur, et ce d'autant que cette avance pouvait aussi servir à améliorer la compétitivité internationale des autres secteurs de l'économie américaine (Plourde, 1992)¹².

Les stratégies des entreprises américaines et les changements dans la politique internationale des télécommunications des États-Unis ont eu des incidences très significatives sur le régime international des télécommunications. Cette nouvelle politique internationale visait essentiellement à promouvoir l'élimination des barrières réglementaires sur les marchés étrangers (Feketekuty, 1990). Sous la pression des

nouvelles orientations données par les États-Unis à leur politique des télécommunications, les questions réglementaires ont graduellement cédé la place à celles de l'accès au marché. Autrement dit, l'agenda des négociations internationales allait de plus en plus porter sur les conditions d'accès des entreprises américaines aux marchés publics et aux marchés étrangers. Après plusieurs années de résistance de la part de certains pays, le modèle proposé par les États-Unis a finalement été adopté, d'abord au niveau des services améliorés et, plus récemment, au niveau des télécommunications de base. Désormais, les États abordent le secteur des télécommunications dans une perspective nouvelle, dont la principale caractéristique est d'être orientée dans le sens de la libre concurrence et du libre-échange, ce qui signifie l'abandon généralisé du modèle de monopoles réglementés.

2. Le nouveau régime international: généralisation du modèle d'accès au marché.

Aux États-Unis, la dimension internationale de la politique des télécommunications a coïncidé avec l'émergence de nouvelles technologies en raison de l'impact direct qu'elles ont eu sur la concurrence entre les firmes établies et les nouveaux arrivants. Jusqu'au début des années 80, les politiques nationales et la coopération internationale accordaient la priorité au développement des infrastructures nationales à l'intérieur d'un cadre réglementaire qui octroyait aux entreprises un statut de monopole "naturel" en contrepartie d'un carnet de charges à respecter. En remettant en cause ce modèle, les États-Unis ont bouleversé les règles d'un jeu jusque là bien établies, d'une part, et rendu caduque les principes sur lesquels s'étaient établie, au fil

¹² La déréglementation a surtout profité aux grands utilisateurs (Aronson et Cowhey, 1988). Pour le développement de la nouvelle politique internationale des États-Unis en matière de télécommunications, voir Douglas (1990), Langdale (1989) et Gershon (1990).

des années, une coopération de bon voisinage entre les États, d'autre part. À partir de ce moment, le jeu n'était plus seulement d'État à État, mais également d'État à entreprise, et d'entreprise à entreprise, ce dont rend très bien compte la perspective de Stopford et Strange. En effet, quels seront les objectifs des États-Unis, à partir de ce moment, sur la scène internationale sinon, comme l'a montré Plourde: 1) d'équilibrer les négociations entre les firmes de différents segments de marché; 2) d'équilibrer les négociations entre les monopoles et les autres firmes pour les services à valeur ajoutée; 3) d'établir le processus de détermination des normes; et, 4) d'équilibrer les opportunités entre les pays (Plourde (1992). Ils ont, de surcroît, trouvé un puissant allié lorsque le Royaume-Uni s'est engagé, à son tour, dans le processus de déréglementation¹³.

Les résistances au modèle proposé par les États-Unis et le Royaume-Uni furent très importantes, d'autant qu'il faut le souligner, l'UIT fonctionne sur une base de consensus, et que la plupart de ses membres restaient fidèles au modèle du monopole naturel national. En 1988, les États-Unis ont reconnu qu'ils ne parviendraient jamais à convaincre les pays membres de l'UIT de modifier le cadre de la réglementation internationale pour garantir l'accès aux réseaux nationaux. Ils ont alors utilisé les voies du GATT et du bilatéralisme. Avant d'obtenir des résultats au niveau multilatéral, les États-Unis ont réussi à faire avancer leur modèle au niveau nord-américain.

L'ALÉNA comprend des dispositions sur l'accès au marché et l'élimination des restrictions à l'investissement pour les fournisseurs de services étrangers. En outre, les tarifs sur les équipements sont éliminés et certaines dispositions sur les normes ont été incluses. L'accord a servi de modèle pour l'*Accord général sur le commerce*

¹³ Le monopole de British Telecommunications fut brisé en 1984 pour faire place à un duopole qui fut éliminé en 1992.

des services (AGCS), notamment en ce qui a trait à la distinction entre les services de base et les services améliorés.

L'un des vecteurs principaux qui a permis la généralisation du modèle d'accès au marché a été le processus de négociation multilatérale sur la libéralisation des échanges de services¹⁴. Après plusieurs années de débats et de pressions, les États-Unis et le Royaume-Uni finirent par obtenir gain de cause: l'AGCS et l'accord plurilatéral sur les services de télécommunications de base confortent l'idée de la généralisation du modèle d'accès au marché comme fondement d'un nouveau régime international des télécommunications¹⁵. En acceptant d'aborder au GATT la question des services, les États ont en effet ouvert la porte à la possibilité d'appliquer les clauses de la NPF et du traitement national dans le secteur des télécommunications, ce qui, à long terme, implique que les États "engage in intimate reworking of their national regulatory systems in order to make the international trade in services a meaningful possibility" (Drahos et Joseph, 1995, p. 623).

L'AGCS repose toutefois sur le rôle central des États puisqu'il ne remet pas en cause leurs pouvoirs de réglementation et d'intervention. Bien qu'il garantisse l'accès au

¹⁴ Pour une discussion de la mise en oeuvre du modèle de l'accès au niveau international, voir Drahos et Joseph (1995).

¹⁵ L'accord oblige les États à reconnaître et à appliquer la clause NPF (Article 2) et à faire preuve de transparence (Article 3) en ce qui concerne les mesures réglementaires, légales et administratives qui affectent le commerce des services. D'autres dispositions abordent la réglementation intérieure, les intérêts des pays en développement, les accords d'intégration régionale et bilatérale, les monopoles et les pratiques commerciales restrictives. En vertu des dispositions visant les monopoles, les États membres s'engagent à ce qu'ils n'abusent pas de leur position de façon à contreviendre à l'accord. En ce qui concerne les pratiques commerciales, un État peut faire une demande à un autre État pour des consultations et des informations sur des pratiques qui limitent la concurrence et le commerce des services dans la mesure où les lois de l'État en cause le permettent. La Partie III de l'accord prévoit des engagements spécifiques en matière d'accès au marché (article 16), en ce qui a trait au traitement national (article 17) et des engagements additionnels qui ne sont pas visés par les mesures d'accès au marché et de traitement national (article 18).

marché pour la fourniture de certains services, il n'empêche pas l'existence d'un opérateur unique pour les services de télécommunications de base, au demeurant, à peu près totalement exclus de l'AGCS¹⁶. Si l'on considère le réseau local comme une "installation essentielle" à la fourniture de services à valeur-ajoutée, l'exclusion des services de base réduit de façon significative la portée de l'accord. Lorsque les fournisseurs principaux de services locaux contrôlent l'accès au réseau local et qu'ils détiennent un monopole sur les activités réglementées, ils peuvent réduire la capacité d'entrée de concurrents sur les segments concurrentiels, notamment en limitant les possibilités d'interconnexion, en utilisant des renseignements sur leurs concurrents ou en adoptant des pratiques de subventions croisées qui consistent à utiliser les rentes "extraordinaires" provenant des services réglementés pour subventionner leurs activités concurrentielles (OMC, 1998). Néanmoins une porte avait été ouverte. C'est ici que l'accord plurilatéral sur les télécommunications de base signé en 1997 prend toute son importance¹⁷.

Cet accord a véritablement marqué la rupture de la communauté internationale avec le modèle réglementaire. Soixante-neuf gouvernements, cinquante-cinq si l'on considère la CE comme une entité, ont fait des concessions. La plupart des gouvernements ont inclus dans leurs législations respectives des mesures relatives à l'environnement réglementaire favorables à l'accès au marché et, en vertu de l'article 18 sur les

¹⁶ Les engagements spécifiques ne touchent que marginalement aux services de base. Des 48 pays (l'UE comptant comme un) ayant pris des engagements, 22 seulement ont inclus des mesures affectant les communications de base et ceci, de façon très circonscrite; une liste de concessions indique les mesures consenties. La Partie IV prévoyait un processus de libéralisation progressive qui engageait les États signataires à réduire la réglementation.

¹⁷ Trois ans de négociations ont permis d'en arriver, en février 1997, à cet accord; les résultats de ces négociations sont annexés au 4ième Protocole qui en vigueur depuis janvier 1998.

engagements additionnels, ils ont entériné certains principes généraux en matière de concurrence, d'interconnexion, et de licences.

L'UIT estimait qu'en 1995, les revenus des marchés affectés représentaient 550 milliards de dollars américains, ou 91% des revenus globaux de télécommunications qui étaient évalués à 602 milliards de dollars américains. C'est donc un marché énorme qui s'ouvre ainsi aux entreprises de télécommunications, d'autant que les engagements couvrent une grande partie des services et des réseaux de télécommunications, en passant par la téléphonie vocale, la transmission des données, les services mobiles et cellulaires, les services de satellites ainsi que les services de télécommunications améliorés comme le courrier électronique et les services en ligne. En signant cet accord, le Canada s'est ainsi engagé à éliminer le monopole Télésat en mars 2000 et celui de Téléglobe sur les services internationaux en octobre 1998, et à ouvrir le marché local à la concurrence. De plus, il s'est engagé à respecter le Document de référence sur les engagements additionnels, à assouplir les restrictions à la participation étrangère et à éliminer les mesures relatives au contrôle canadien des systèmes mobiles de satellites et des câbles sous-marins.

Ce nouveau régime international met non seulement en place un cadre réglementaire favorable à la concurrence, mais il crée également un environnement institutionnel nouveau qui donne aux entreprises de télécommunications une grande marge de manœuvre dans le développement du "réseau des réseaux", c'est-à-dire de l'autoroute globale de l'information. Il entraîne ainsi la coopération internationale sur un nouveau terrain, celui du libre-échange "virtuel". L'un des aspects les plus importants des négociations internationales est maintenant de définir l'environnement juridique et institutionnel du commerce électronique mondial qui représente un marché énorme que les entreprises de télécommunications et les États ne peuvent ignorer dans leurs

stratégies¹⁸. Ce marché est d'ailleurs caractérisé par l'importance des échanges interentreprises (80%) et des États-Unis (80%), ce qui explique que les États-Unis privilégient l'autorégulation des marchés en émergence; autrement dit, une sorte de libre concurrence et de libre échange "virtuels".

Si le concept d'économie et de société de l'information est difficile à cerner, la conception d'une économie globale de l'information est encore plus vague. En 1995, les tentatives du G7 pour définir la nouvelle économie - voire la société mondiale de l'information - n'ont pas été très concluantes, mais les principes généraux qui guident le développement de l'infrastructure globale de l'information sont plus concrets: il s'agit de favoriser l'investissement privé, la souplesse de la réglementation, et le libre accès aux réseaux et aux équipements essentiels¹⁹. On suppose que la libre concurrence stimulera le développement technologique, le développement de nouveaux services et la réduction des coûts et des prix. Il est certain que, depuis une dizaine d'années, d'importantes innovations technologiques ont permis de développer l'offre de nouveaux services et que les coûts des télécommunications, surtout en ce qui concerne les coûts des interurbains, ont diminué. Toutefois, un écart se creuse entre ceux qui bénéficient des nouvelles télécommunications et ceux qui n'y ont pas accès. Aussi, les entreprises ont recours à des pratiques commerciales qui visent à créer des clients captifs et de puissants oligopoles à travers des alliances et des fusionnements.

¹⁸ L'internet fut développé en dehors des applications commerciales, mais sa dimension commerciale est en nette progression depuis que les entreprises ont découvert le potentiel de développement énorme de l'économie de l'information, et plus particulièrement du commerce électronique. L'OCDE (1998a) estime que le commerce électronique mondial à environ 26 milliards de dollars américains, mais qu'il devrait atteindre 330 milliards dollars américains en 2000-2001, et probablement 1000 milliards de dollars américains en 2003-2005.

¹⁹ Les secteurs impliqués sont les équipements de télécommunications, les terminaux d'accès aux services intégrés, les services, ainsi que les logiciels et les interfaces reliant les équipements, les terminaux et les applications. Voir G7 (1995).

La position canadienne supporte le modèle de libre concurrence. En matière de commerce électronique, la réglementation de l'infrastructure, la définition des normes et de son contenu doivent reposer principalement sur le secteur privé. Si la réglementation du gouvernement doit jouer un rôle, ce doit être pour lever les obstacles à la concurrence (OCDE, 1998a). L'on suppose que les acteurs privés sont en mesure de mettre en place et de respecter des codes de conduite et d'assumer leur autoréglementation. La réglementation et le cadre réglementaire de la concurrence doivent appuyer et soutenir les efforts d'autoréglementation du secteur privé.

Si le consensus international au niveau des principes de base du modèle d'accès au marché est remarquable, il est beaucoup moins évident de le mettre en oeuvre compte tenu des stratégies des entreprises et des États pour se positionner dans ce nouveau marché des télécommunications. Le régime libéral signifie-t-il l'existence de marchés accessibles et concurrentiels, ou met-il en place un espace qui favorise les pratiques restrictives des acteurs oligopolistiques qui empêcheraient la concurrence (Mulgan, 1990)?

L'adoption du modèle concurrentiel vise avant tout à développer des entreprises efficaces et compétitives. Si le marché canadien des télécommunications est maintenant généralement caractérisé par la libre concurrence, la déréglementation et la nouvelle orientation de la politique des télécommunications n'ont pas remis en cause les positions dominantes des anciens monopoles sur le marché canadien. Elles ont plutôt contribué à élargir leur espace de liberté puisque le gouvernement a appuyé les stratégies des entreprises et laissé libre cours à la consolidation de l'industrie, en supposant que ces stratégies accélèrent le développement technologique et que la déréglementation et la libéralisation du secteur créent des pressions concurrentielles suffisantes sur le marché canadien.

B. Déréglementation et libéralisation des télécommunications canadiennes

Les débats canadiens sur le développement des télécommunications ont longtemps conforté l'approche monopolistique et réglementaire. Ce n'est que dans les années 90 que le Canada a véritablement adopté le modèle concurrentiel et d'accès au marché, et, par conséquent, l'introduction de la concurrence sur tous les segments de marché s'est faite avec plusieurs années de retard sur les États-Unis (tableau XVII). Par ailleurs, le processus de transition vers la concurrence sur le marché canadien s'est aussi démarqué par une approche réglementaire graduelle.

Tableau XVII: Les différents aspects de la déréglementation au Canada et aux États-Unis.

	Canada	États-Unis
Loi	Loi sur les télécommunications (1993)	Telecommunications Act (1996)
Réglementation	CRTC	FCC et États
Privatisation	• Téléglobe (1987); Télésat (1992)	
Changement structurel	• Enquête CPRC (1981-83): aucune mesure • Dévolution de Bell Canada (1983)	• Démantèlement AT&T (1984)
Marché local	• Concurrence (1998): Réglementation par plafonnement des prix (1998) et conditions d'interconnexion fixées par le CTRC	• Concurrence (1996): Interconnexion négociée mais sujettes à l'approbation des États ou de la FCC
Interurbains	• Concurrence (1992) • Abstention de réglementation des entreprises non dominantes (1995) • Abstention de réglementation de Stentor (1998)	• Concurrence (1978) • Entrée des RBOCs conditionnelle à l'ouverture du marché local (1996) • Abstention de réglementation d'AT&T (1995)
International	• Revente sur l'axe canado-américain (1991) et concurrence (1998)	• Concurrence
Mobile (cellulaire analogique)	• Concurrence, duopole (1984) (Cantel et Mobilité Canada) • Revente autorisée (1997)	• Concurrence
Mobile (cellulaire numérique)	• Concurrence (Cantel et Mobilité Canada)	• Concurrence
Mobile autres (dont les SCP)	• Concurrence (licences SCP accordées à Clearnet, Microcell, Cantel et Mobilité Canada)	• Concurrence (licences accordées sur une base du premier arrivé)
Télévision par câble	• Radiodiffusion autorisée (1998)	• Autorisation (1996)
Données	• Concurrence	• Concurrence

Suite...

Suite du tableau XVII

Internet	<ul style="list-style-type: none"> • Concurrence 	<ul style="list-style-type: none"> • Concurrence
Propriété étrangère	<ul style="list-style-type: none"> • Limite fixée à 46,7%. • Interdiction de participation dans Télésat • Assouplissement concernant Téléglobe, interdiction à 46,7%. • Limite pour les systèmes de satellites mobiles étrangers en fonction du ratio participation canadienne/utilisation des systèmes. • Règles sur le contenu (radiodiffusion) 	<ul style="list-style-type: none"> • Nouvelles règles d'entrée sur le marché des services internationaux en fonction des possibilités de concurrence effective sur les marchés étrangers • Limite de 20% pour les services sans fil (peut être augmentée en fonction de l'analyse des possibilités de concurrence effective sur les marché étrangers)
Satellites fixes	<ul style="list-style-type: none"> • Monopole de Télésat jusqu'en 2000 • Assouplissement services satellites utilisés pour les télécommunications (1998) 	<ul style="list-style-type: none"> • Accès possible en fonction des conditions de concurrence effective à l'étranger (1996)

Sources: Sur la base de OCDE (1998c), complétée avec des informations provenant de sources diverses.

Au début des années 90, le gouvernement a opté pour une toute nouvelle stratégie dont la caractéristique principale fut de miser sur le jeu de la concurrence et sur l'initiative privée pour favoriser le développement de l'autoroute de l'information. Le débat qui a abouti à la nouvelle politique des télécommunications n'avait rien de nouveau. Dans une étude commandée par Industrie Canada, Ostry (1993) avait souligné que les principaux éléments de l'infrastructure d'une autoroute de l'information "have been in place in Canada since the early 1970s, and the "newness" of the new technology is only relative. The political issues are exactly what they were a quarter-century ago; the obstacles of resolving them as well" (Raboy, 1996, p. 62).

En 1971, l'une des premières initiatives du ministère des Communications qui fut créé en 1969 avait été de mettre sur pied la Télécommission pour examiner les

paramètres d'une politique nationale des télécommunications qui favoriserait l'efficacité et l'innovation tout en respectant les objectifs sociaux, dont l'universalité des services²⁰. Sans remettre en cause le modèle monopolistique, le rapport de la Télécommission conjuguaient le développement technologique, le développement économique et culturel du Canada, l'investissement public dans les infrastructures, les subventions et les mesures de protection pour assurer la propriété canadienne et le contenu culturel canadien (Canada, 1971b).

En l'absence de cadre de référence précis, la “politique” des télécommunications reposait sur des décisions ponctuelles qui n'ont pas eu l'impact recherché sur les télécommunications canadiennes. La seule recommandation qui a véritablement été appliquée fut celle de faire converger la réglementation de la radiodiffusion et des télécommunications; c'est ainsi qu'en 1976, le Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications Canadiennes (CRTC) est devenu l'organisme responsable de la réglementation pour les deux secteurs d'activités. Par ailleurs, si la promotion de l'identité culturelle a généralement caractérisé la position internationale du Canada, “foreign, largely American, content continued to flow through the veins of the Canadian communications system” (Raboy, 1996, p. 61). En matière de développement technologique, dix ans après le rapport de la Télécommission, un document du ministère intitulé *The Information Revolution and its Implications for Canada* (Serafini et Andrieu, 1981) dressait un tableau peu reluisant des télécommunications canadiennes et il insistait sur la nécessité d'introduire de nouvelles technologies si le Canada voulait maintenir sa souveraineté nationale et accroître la compétitivité internationale des entreprises canadiennes. Cet

²⁰ De 1906 à 1993, les télécommunications faisait l'objet d'une section de la *Loi sur les chemins de fer*.

impératif technologique sera toujours au centre des débats sur la *Loi sur les télécommunications* adoptée en 1993.

La politique des télécommunications a été formalisée par la loi C-62 mais le processus de transition vers la concurrence prend ses origines dans la deuxième moitié des années 80 alors que le CRTC a autorisé la concurrence sur certains marchés. La *Loi sur les télécommunications* a clarifié les grandes lignes de politique canadienne en matière de télécommunications et le cadre juridique s'appliquant aux entreprises de compétence fédérale²¹. L'article 7 de la loi énumère un vaste éventail d'objectifs qui vont de l'universalité des services à la compétitivité des télécommunications canadiennes, en passant par l'objectif de favoriser le libre jeu de la concurrence²². La loi intègre les objectifs traditionnels d'identité culturelle, d'universalité des services, de propriété canadienne des entreprises et d'utilisation des installations canadiennes²³, mais elle a aussi pris une nouvelle direction en inscrivant au nombre de ses objectifs celui de favoriser le libre jeu du marché et la compétitivité internationale des télécommunications canadiennes. La loi a précisé l'approche canadienne d'une transition “ordonnée” vers la concurrence fondée sur l'utilisation d'un cadre

²¹ En 1994, la Cour suprême a établi la primauté du CRTC sur la réglementation provinciale et confirmé le pouvoir du CRTC vis-à-vis des compagnies indépendantes. Les entreprises de compétence fédérale sont alors les membres de l'alliance Stentor (à l'exception de SaskTel), une cinquantaine de compagnies indépendantes, Télésat, Téléglobe, AT&T Canada Services Interurbains qui avait repris Unitel, et Sprint Canada.

²² Les objectifs sont: a) favoriser le développement ordonné des télécommunications en un système qui contribue à la structure sociale et économique du Canada et de ses régions; b) permettre l'accès à des services sûrs, abordables et de qualité; c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes; d) promouvoir la propriété et le contrôle des entreprises par des canadiens; e) promouvoir l'utilisation d'installations de transmission canadiennes; f) favoriser le libre jeu du marché et assurer l'efficacité de la réglementation lorsqu'elle est nécessaire; g) stimuler la R&D et l'innovation; h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers; et, i) contribuer à la protection de la vie privée des personnes.

réglementaire efficace; la réglementation pouvant être “nécessaire” eu égard à certains objectifs, mais aussi pour effectuer la transition vers un marché concurrentiel. En adoptant cette approche intermédiaire, la loi vise simultanément à favoriser l’efficacité et l’abstention de la réglementation²⁴.

L’objectif principal de la loi est de stimuler le développement technologique. En 1994, suite à l’adoption de la loi C-62 et au lancement du projet américain *National Information Infrastructure*, le gouvernement canadien a lancé un vaste processus de consultation pour définir sa politique de l’autoroute de l’information en créant le Comité consultatif sur l’autoroute de l’information (CCAI). Les mémoires présentés par le CRTC et le Bureau de la concurrence ont défendu l’idée que la concurrence était le meilleur moyen de développer l’autoroute de l’information. Dans le document intitulé *Concurrence et culture sur l’autoroute canadienne de l’information: Gestion des réalités de transition*, le CRTC (1995a) se disait prêt à autoriser les entreprises de téléphones à entrer dans le domaine de la câblodistribution lorsque le marché local des télécommunications serait ouvert à la concurrence²⁵. Le CRTC favorisait ainsi les entreprises de télécommunications qui considéraient que les services de “contenu” sur

²³ La propriété canadienne est reconnue lorsque 80% des administrateurs de l’entreprise sont canadiens et 80% des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou indirecte, de canadiens. La restriction à la participation étrangère est de 33,3%.

²⁴ En vertu de l’article 34, le Conseil peut et doit s’abstenir de réglementer les entreprises canadiennes lorsque son abstention est compatible avec la mise en oeuvre de la politique canadienne des télécommunications ou s’il conclut que le marché est suffisamment concurrentiel pour protéger les intérêts des usagers. Il ne peut s’abstenir de réglementer lorsque son abstention aurait comme effet de compromettre indûment la création ou le maintien d’un marché concurrentiel.

²⁵ Le CRTC liait la concurrence sur le marché local à la concurrence sur le marché de la télévision par câble, mais il a brisé le principe d’entrée simultanée lorsqu’en 1997, il a autorisé certaines compagnies de téléphone (TELUS et Bell) à faire des essais de radiodiffusion/multimédia (Décision Radiodiffusion 97-192). Notons que les essais ne furent pas concluants.

l’inforoute ne devaient pas être réservés aux entreprises de câbles alors que ces dernières souhaitaient que le CRTC maintiennent les restrictions en place²⁶.

Dans son rapport *Contact Communauté Contenu, Le défi de l’autoroute de l’information* (Canada, 1995c), le CCAI énoncera que le développement de l’économie de l’information devait reposer sur les forces du marché. Le gouvernement devait créer un environnement favorable à l’investissement privé et adopter une politique et un régime réglementaire fondés sur la concurrence. Le rôle “interventionniste” du gouvernement devait être limité à la promotion du contenu et de la culture du Canada par des mesures d’incitation et à une collaboration aux projets de modernisation des réseaux du secteur privé, notamment par le truchement du Canadian Network for the Advancement of Research Industry and Education (CANARIE)²⁷. En outre, le CCAI recommandait l’élimination des restrictions sur la propriété étrangère.

Les principaux éléments de la politique canadienne sur l’autoroute de l’information sont exposés dans le document *La société canadienne à l’ère de l’information* (Canada, 1996b). Les plus importants sont 1) les entreprises de câble qui offrent des services de télécommunications devaient mettre leurs installations à la disposition des autres opérateurs, comme cela est requis des entreprises de télécommunications; 2) les règles de contenu s’appliqueraient aux nouveaux services et

²⁶ Pour une discussion du processus de consultation et des positions défendues par les différents groupes, voir Buchwald (1997).

²⁷ Il s’agit d’un instrument créé par l’industrie avec l’appui d’Industrie Canada pour appuyer la coopération en matière de R&D pour le développement de l’inforoute de l’information. CANARIE est une société à but non lucratif qui regroupe 120 membres provenant des secteurs des télécommunications, des technologies des réseaux à large bande et de l’informatique, des milieux universitaires et de la recherche. Elle est dirigée par 24 membres des secteurs privés et publics. Elle vise à développer l’infrastructure des communications, à favoriser la compétitivité du Canada, à stimuler la croissance et la qualité de vie. CANARIE prévoyait des projets étalés sur une période de 7 ans et des investissements totalisant 1,2 milliards de dollars canadiens.

les restrictions à la propriété étrangère seraient conservées²⁸; 3) les entreprises de télécommunications pourraient demander des licences de radiodiffusion et les entreprises de câblodistribution pourraient offrir des services de télécommunications; et, 4) la convergence des secteurs de télécommunications et de la radiodiffusion n'impliquait pas la convergence des lois spécifiques visant les deux types d'activités²⁹. Pour favoriser une concurrence effective, ni les câblodistributeurs ni les entreprises de télécommunications ne devraient bénéficier “d'une longueur d'avance” pour entrer dans le marché duquel ils étaient exclus, et des mesures réglementaires devaient prévenir les subventions croisées ainsi que les autres types de comportements anticoncurrentiels.

En 1997, dans le cadre des travaux du *Comité d'orientation sur la croissance économique et la création d'emplois*, le CCAI a réitéré la nécessité 1) d'adapter les politiques et le cadre réglementaire à l'évolution des progrès technologiques en mettant en place des règlements qui assurent une concurrence durable et une neutralité technologique; et, 2) d'appuyer l'intégration des technologies dans la mise en oeuvre de solutions dans certains secteurs clés de l'économie, comme les soins de santé, les services financiers et l'éducation. Le CCAI a insisté de nouveau sur un environnement favorable à une concurrence durable et sur une étroite collaboration des

²⁸ Une certaine harmonisation de la loi sur les télécommunications et sur la radiodiffusion devait donner aux entreprises des deux secteurs le même accès à l'investissement étranger.

²⁹ Les entreprises seraient assujetties aux lois en rapport avec leurs activités. Elles seraient assujetties aux deux lois si elles opéraient dans les deux marchés. Winseck (1997) a toutefois montré combien la convergence rend difficile la distinction des activités qui devront être soumises à la réglementation. Par exemple, si Rogers et AT&T, Stentor/Sympatico/MediaLinx/MMI, Time Warner/USWest/CNN peuvent offrir des services interactifs, des services téléphoniques, la vidéo, la programmation, et les signaux pour transmettre ses services sur le même réseau, il devient difficile de faire la démarcation. D'ailleurs, les engagements du Canada dans le cadre de l'ALÉNA et de l'OMC permettront aux États-Unis et aux entreprises de réduire la portée de l'exemption “culturelle” en ce qui concerne les services améliorés, et par conséquent, la possibilité de réglementer le contenu des nouveaux médias.

secteurs publics et privés pour développer le réseau internet de troisième génération³⁰.

Le gouvernement a intensifié sa collaboration aux projets de modernisation des réseaux et, en octobre 1998, un consortium dirigé par CANARIE et Bell Canada a déployé la troisième génération d'infrastructures IP à large bande, le CA*net 3, avec la collaboration du gouvernement³¹. Ce réseau de fibre optique et de transmission par satellites reliant l'industrie, les universités et le gouvernement est l'un des éléments-clés de l'action du gouvernement pour réaliser le programme "Un Canada branché" d'Industrie Canada. Son déploiement donnait l'avance au Canada au niveau du déploiement des réseaux américains; les États-Unis mettaient en place un réseau de seconde génération³².

La politique de l'autoroute de l'information repose donc sur l'idée d'un environnement concurrentiel favorable à l'investissement privé, mais aussi sur l'appui à la création et aux activités de consortiums. Bell Canada, comme Nortel, se retrouve au centre de ces initiatives. La politique des télécommunications a, en effet, comme objectif de promouvoir l'utilisation des infrastructures canadiennes, ce qui

³⁰ Depuis 1993, CANARIE a déjà mis en place trois générations de réseaux. En 1995, CANARIE a déployé un réseau d'essai ATM, le Réseau d'essai national (REN) érigé en partenariat avec Bell Canada et AT&T Canada. En juin 1997, ce réseau a été remplacé par le CA*net II, un réseau Internet de seconde génération. Ce réseau a été développé conjointement par Bell Canada et CANARIE. Le CA*net3 fut déployé en 1998.

³¹ Le consortium dirigé par Bell Canada inclut Cisco Systems (éléments pour les applications multimédias), JDS Fitel (la fibre optique), Newbridge Networks (éléments de réseau de transmission asynchrone, ATM) et Nortel (éléments d'infrastructures pour la transmission et la circulation IP à large bande). Industrie Canada a fait une contribution de 55 millions de dollars canadiens, près de 50% des 120 millions de dollars canadiens requis.

³² Le réseau de troisième génération, contrairement aux réseaux précédents qui étaient surtout conçus pour la transmission de la voix, est construit comme un internet; la voix y est traitée comme une donnée.

justifie le regroupement d'entreprises en matière de R&D, l'intégration verticale de BCE et le maintien des restrictions de la propriété étrangère.

Les restrictions à la propriété étrangère et les mesures sur le contenu canadien sont toujours en place, mais le développement technologique et les stratégies des entreprises remettent en cause les frontières entre les marchés nationaux, ce qui a un impact sur l'interface national/international. Il devient de plus en plus difficile d'atteindre les objectifs d'utilisation d'infrastructures canadiennes, de propriété canadienne et de contenu canadien qui sont inscrits dans la loi. Au niveau international, le Canada s'est engagé à ouvrir le marché local, le marché des services internationaux et des services par satellites fixes. Au fur est à mesure que les entreprises canadiennes, particulièrement BCE, adoptent des stratégies orientées sur l'internet et sur les marchés internationaux, leur attitude face à l'étranger se modifient; il s'agit de pouvoir accéder à certaines technologies étrangères, d'avoir accès aux marchés étrangers, plus particulièrement au marché américain, et de créer des alliances globales. Les restrictions sur la propriété étrangère deviennent incompatibles avec les stratégies des entreprises canadiennes. Rappelons que Téléglobe ne s'est pas opposée à l'assouplissement des restrictions à la propriété étrangère lorsqu'elles furent harmonisées avec celles qui s'appliquent aux autres entreprises de télécommunications³³; peu de temps après, elle a annoncé l'acquisition d'une entreprise américaine. Plus récemment, le fusionnement AT&T/MetroNet et l'annonce qu'Ameritech ferait l'acquisition d'une participation de 20% dans Bell Canada portent à penser que les stratégies corporatives misent de plus en plus sur l'apport des entreprises étrangères, ce qui remet en cause la pertinence de maintenir les restrictions à la propriété étrangère des entreprises de télécommunications, du

moins lorsque l'on prend principalement en considération les intérêts corporatifs. C'est d'ailleurs la perspective qui semble orienter la politique du gouvernement.

La nouvelle politique des télécommunications a pris une dimension stratégique; elle met l'emphase sur la concurrence, mais surtout en tant que moyen d'atteindre les objectifs de développement technologique et de compétitivité internationale³⁴. Il y a quelques années, les nouveaux paramètres de la politique des télécommunications faisaient l'objet d'une forte résistance, mais un retournement phénoménal s'est opéré en faveur de l'abandon de l'idée que le secteur des télécommunications constituait un monopole naturel. Les changements légaux et politiques ont graduellement été appuyés par les entreprises de télécommunications qui ont reconnu que la perte de leurs monopoles pouvait leur permettre d'entrer sur des marchés plus vastes et plus lucratifs. Elles ont alors changé d'attitude pour revendiquer des conditions "loyales" de concurrence face à de nouveaux concurrents; elles ne devaient pas se voir imposer des contraintes réglementaires qui limiteraient leur capacité d'innover et de soutenir la concurrence.

L'adoption du modèle concurrentiel s'inscrit dans une politique stratégique qui mise sur le développement d'une industrie des télécommunications compétitive au niveau international. Cette politique s'insère dans le cadre plus général du changement d'orientation de la politique économique canadienne qui, dans les années 80, s'est orientée vers le libre-échange. L'alignement sur le modèle américain était, dans la perspective d'un marché nord-américain, incontournable. Seulement, le Canada a

³³ La limite imposée aux actifs étrangers est de 46,7%.

³⁴ D'ailleurs, il n'est pas anodin de remarquer que les télécommunications sont maintenant sous la responsabilité d'Industrie Canada et que le CRTC ait mis l'emphase sur les objectifs stratégiques de la politique gouvernementale.

adopté une approche graduelle permettant aux entreprises canadiennes de s'ajuster aux nouvelles règles du jeu. Les sections suivantes montrent que la (dé)réglementation du CRTC et la politique de la concurrence ont joué un rôle clé dans la transition vers un marché concurrentiel et qu'elles ont été très favorables aux intérêts stratégiques des entreprises nationales.

C. Le rôle des acteurs dans le processus de transition vers la concurrence

1. Le rôle central du CRTC

Depuis une vingtaine d'années, le rôle du CRTC a été considérablement transformé. La transition vers la concurrence a signifié que “in most countries, telecommunications regulators no longer regulate a static, monopolistic industry that provides a single product, telephone service, but a dynamic, multiproduct, multioperator industry” (Smith, 1997, p. 1). Le CRTC a adapté son action et le cadre réglementaire de façon à réagir aux changements dans le secteur des télécommunications; il a abandonné son attitude protectionniste pour promouvoir l'expansion de l'industrie, il a délaissé la contrainte pour faciliter les forces du marché et il a substitué la réglementation détaillée par une approche centrée sur des objectifs stratégiques. Il a aussi favorisé la collaboration entre le gouvernement, l'industrie et les grands utilisateurs.

Au Canada, le CRTC a été le principal vecteur de la résistance à la transition vers la concurrence et le principal acteur du processus de déréglementation. Contrairement à la situation aux États-Unis où la FCC fut reléguée au second plan par

le Département de la Justice, son rôle et son efficacité ne furent pas contestés par la politique de la concurrence. Le CRTC a été très sensible aux intérêts des entreprises de télécommunications, premièrement, pour défendre leur position monopolistique et, deuxièmement, pour leur permettre de se préparer et de faire face à la concurrence.

Jusqu'à la fin des années 80, le CRTC a défendu le modèle monopolistique en refusant d'autoriser la pénétration de concurrents sur le marché des télécommunications. L'une des premières décisions du CRTC avait été de refuser une demande du CNCP sur l'interconnexion aux infrastructures du réseau de Bell pour les services de données. Ce ne fut pas le seul échec du CNCP qui s'est heurté à la résistance du CRTC à maintes reprises. Le CNCP obtint une première demi-victoire en 1979; sans acquiescer à sa demande pour les services interurbains, le CRTC a toutefois autorisé la concurrence au niveau de la transmission de données et des lignes privées³⁵.

En 1985, dans une décision très controversée, le CRTC rejeta le rééquilibrage tarifaire entre les services locaux et les services interurbains, et il s'opposa, encore une fois, à la concurrence sur le segment des interurbains³⁶. Toutefois, le CRTC a exprimé son intérêt envers la concurrence et un éventuel rééquilibrage des tarifs comme moyen de réduire les coûts des entreprises canadiennes et le détournement du trafic vers les réseaux américains³⁷. Le CRTC a reporté le rééquilibrage jusqu'en 1995; ceci pour

³⁵ L'interconnexion aux réseaux des compagnies de téléphone fut assurée en 1981.

³⁶ Le partage de la base tarifaire et le rééquilibrage des tarifs des services locaux et des services interurbains sont des éléments importants du processus de transition vers la concurrence au niveau de la tarification d'interconnexion et de la prévention des pratiques de subventionnement croisé. Pour une discussion des débats et de la controverse entourant cette décision, voir Stanbury (1986).

³⁷ La seule source de concurrence sur le marché canadien consistait au contournement, le "by-pass", des réseaux canadiens pour utiliser des installations américaines. Ce phénomène a d'ailleurs été un facteur qui explique le changement d'attitude des entreprises canadiennes face à la concurrence.

conserver les mécanismes d'interfinancement qui garantissaient l'universalité des services de base mais, surtout, en raison de l'opposition des membres de Telecom Canada. Toutefois, il a graduellement procédé à la modification du cadre réglementaire en faveur de la concurrence. On peut distinguer trois phases de la transition vers un marché concurrentiel: 1) la distinction entre les services de base et les services améliorés; 2) la concurrence sur le marché des interurbains; et, 3) la concurrence sur le marché local.

La distinction des service de base et des services améliorés trouve son expression dans le document *A Policy Framework for Telecommunications in Canada* (Canada, 1987) et dans une décision du CRTC de 1988³⁸. Cette distinction entre les services n'a eu qu'un effet minime; elle maintenait le *statu quo* entre les membres de Telecom Canada et le CNCP. Ainsi, l'impact de l'ALÉ n'a pas été significatif sur le marché canadien puisque le Canada avait déjà mis en place un environnement concurrentiel et ouvert pour les services visés par l'accord³⁹. Il en est de même pour l'ALÉNA puisque le Canada a introduit la concurrence sur le marché des interurbains en 1992. La concurrence sur le marché des interurbains intervenait toutefois une quinzaine d'années après l'introduction de la concurrence sur le marché des interurbains aux États-Unis. La Décision Telecom 92-12 du CRTC a mis fin au

³⁸ Le CRTC a séparé les services des exploitants de réseaux qui restaient soumis à la réglementation et les services améliorés fournis par les non-exploitants de réseaux qui ne seraient plus soumis à la réglementation du CRTC. Il distinguait les entreprises de type IA qui possédaient et exploitaient des installations (Telecom Canada); celles de type 1B (CNCP, Cantel, Telesat et Téléglobe); et, les entreprises de type II (entreprises de services concurrentiels qui pouvaient être détenues en totalité par des intérêts étrangers).

³⁹ Cependant, les négociations de l'ALÉ ont certainement été un facteur qui a favorisé l'alignement du Canada sur les États-Unis qui avaient introduit cette distinction au début des années 80.

monopole de Telecom Canada dans les services interurbains⁴⁰. Le CNCP a finalement obtenu l'autorisation de fournir des services interurbains; Unitel, détenue par le CNCP (60%) et Rogers Communications (40%), est entrée sur le marché⁴¹. Pour les membres de Telecom Canada, cette décision a motivé le déploiement d'une nouvelle stratégie centrée sur la création de l'alliance Stentor⁴².

La décision de 1992 n'a pas éliminé la réglementation des services interurbains puisque le rééquilibrage tarifaire n'a pas été amorcé et que les monopoles conservaient le contrôle d'installations essentielles. L'ambiguïté de l'interface entre la concurrence et la réglementation a provoqué une bataille réglementaire opposant les membres de Stentor et ses concurrents⁴³. Les concurrents de Stentor défendaient l'idée d'une déréglementation graduelle en insistant sur les avantages monopolistiques des membres de Stentor. Ces derniers se firent paradoxalement les plus ardents défenseurs de la libre concurrence (sauf en ce qui avait trait aux restrictions à la

⁴⁰ En 1989, la Cour Suprême avait confirmé le pouvoir exclusif du gouvernement fédéral sur les entreprises de télécommunications de Télécom Canada. Notons que la revente fut autorisée en 1993.

⁴¹ En 1989, rejoint par Rogers Communications pour créer Unitel, le CNCP avait fait une nouvelle demande au CRTC. BCE s'était fortement opposée en affirmant que Rogers Communications, qui possédait Cantel et 25% du marché de la télévision par câble au Canada, tentait de dupliquer le réseau longue distance, alors que BCE ne pouvait entrer sur le marché de la câblodistribution. La même année, le ministre des Communications a annoncé qu'il examinerait la possibilité d'ouvrir le marché des interurbains et le marché de la télévision par câble. En fait, c'est en principe lors de l'ouverture du marché local que les entreprises de téléphones seront autorisées à obtenir des licences de radiodiffusion.

⁴² Stentor leur a permis de partager certaines ressources, d'entreprendre des projets communs en R&D, de consolider les activités de commercialisation nationale et internationale, de développer des normes nationales, d'avoir une position unique face au CRTC et de développer des alliances stratégiques (avec Téléglobe pour les services outremers; avec Bell Atlantic sur le plan de la recherche, la planification et la mise au point de services de réseaux intelligents; et, avec la société Concert pour les services globaux).

⁴³ Pour une discussion de la décision de 1992, voir Schultz et Janisch (1993). Ces derniers insistent sur la nécessité de revoir le cadre réglementaire en raison de l'incompatibilité des contraintes imposées aux anciens monopoles avec la décision d'ouvrir le marché des interurbains à la concurrence. Ils abordent le débat sur la loi C-62 en soulignant la contradiction entre l'objectif d'introduire la concurrence et le maintien d'une approche réglementaire traditionnelle. À leur avis, le cadre

propriété étrangère) en dénonçant le déséquilibre réglementaire en faveur de la concurrence. La bataille réglementaire sera attisée par le rapprochement d'Unitel et d'AT&T ainsi que par l'entrée de Sprint et de Fonorola. Elle sera particulièrement intense lors de la troisième phase de la transition qui a consisté à ouvrir le marché local à la concurrence. Dans la perspective de Stentor, la transition vers la concurrence ne devait pas être un processus "réglementaire"; les entreprises devaient bénéficier de toute la marge de manœuvre nécessaire pour opérer dans un marché concurrentiel (Schultz et Janisch, 1993).

La loi sur les télécommunications prévoyait toutefois une transition "ordonnée" vers la concurrence. Le CRTC a donc redéfini le cadre réglementaire en fonction de cette transition "ordonnée". Six principes directeurs ont guidé le processus de modification réglementaire (Décision Telecom 94-19): partage de la base tarifaire pour distinguer les activités concurrentielles des activités réglementées et permettre le dégroupement des services des entreprises Stentor; déréglementation graduelle à partir de 1995; utilisation d'une méthode réglementaire axée sur le plafonnement des prix remplaçant celle des taux de rendement; introduction de la concurrence sur le marché local; rééquilibrage des tarifs des services locaux et des services interurbains; et, autorisation des compagnies de téléphone dans les services de contenu. L'approche réglementaire du CRTC n'a néanmoins pas été insensible aux intérêts de Stentor.

réglementaire devrait être radicalement modifié et la politique de la concurrence, plutôt que la réglementation, devait être utilisée pour contrer les pratiques restrictives.

La première étape de mise en oeuvre de ce nouveau cadre réglementaire a porté sur le partage et le rééquilibrage tarifaire (Décision Telecom 95-21)⁴⁴. Elle a fait l'objet d'un important débat. Le CRTC prévoyait que des augmentations annuelles des prix des services locaux de 2 dollars canadiens devaient se traduire par une diminution semblable des tarifs interurbains des membres de Stentor⁴⁵. L'alliance Stentor s'est opposée à l'obligation de réduire les prix des services interurbains; les prix devaient être déterminés par les forces du marché pour ne pas réduire la capacité concurrentielle de ses membres et octroyer un avantage "artificiel" à la concurrence⁴⁶. Selon Bell Canada, AT&T et Sprint, qui avaient de puissants liens avec d'importantes entreprises américaines, allaient bénéficier des conditions inégales du rééquilibrage alors que les entreprises canadiennes ne bénéficiaient pas de tels avantages sur le marché américain. Les concurrents de Stentor ont, quant à eux, appuyé la décision du CRTC; les avantages monopolistiques de Stentor justifiaient le maintien de la réglementation et les rabais de contribution au services locaux pour les entreprises non dominantes. Le tableau XVIII met en contraste les arguments des deux parties.

⁴⁴ La méthode de partage de la base tarifaire choisie fut celle qui avait été proposée par Stentor. Cependant, les dépenses d'investissements du projet de modernisation du réseau de l'alliance Stentor furent exclues pour ne pas faire porter des charges excessives de ces investissements aux utilisateurs et aux concurrents. Stentor arguait que seulement certains coûts de modernisation étaient reliés au développement du réseau à large bande.

⁴⁵ Ce rééquilibrage devait être révisé lorsque le CRTC adopterait une réglementation par plafonnement des prix.

⁴⁶ Selon Stentor, cette obligation n'était pas nécessaire pour que les prix des services interurbains baissent. Advenant une augmentation de \$6 des prix des services locaux et aucun ajustement des prix des interurbains, les prix seraient toujours inférieurs aux prix des services américains. La facturation des services de Bell Canada démontrait une réduction de 23% depuis 1983; en comparaison avec les États-Unis, les prix des services locaux étaient nettement inférieurs tandis que les prix des services interurbains étaient comparables.

Tableau XVIII: Principaux arguments de Stentor et des entreprises concurrentes dans le débat sur le rééquilibrage tarifaire	
Bell Canada (et Stentor)	Entreprises concurrentes (ATT Canada et Sprint Canada)
<i>Contribution au service local</i> Pour \$0,25/minute d'appels interurbains, Stentor payait 11cents et les concurrents, seulement 4 cents.	<i>Contribution</i> Les rabais de contribution sont nécessaires pour compenser les avantages de Stentor.
<i>Réglementation</i> La réglementation limite la capacité concurrentielle de Stentor. Ex: l'obligation de faire autoriser les tarifs par le CRTC permet aux concurrents de s'ajuster et elle limite la flexibilité de Stentor de réagir.	<i>Réglementation</i> L'élimination de la réglementation de Stentor n'est pas souhaitable pour l'instant en raison des avantages de Stentor: contrôle du réseau local, position monopolistique, etc...
<i>Propriété étrangère</i> Les firmes concurrentes sont des entreprises étrangères et/ou elles ont des liens avec de grandes firmes étrangères.	<i>Propriété étrangère</i> Unitel et Sprint ne sont pas des entreprises étrangères. Stentor a aussi des alliances stratégiques avec des entreprises américaines, dont MCI.
<i>Concurrence</i> Les concurrents peuvent regrouper les services sur fil et sans fil alors que Stentor ne peut le faire. Ils peuvent aussi cibler certaines clientèles, notamment les FMN, alors que Bell doit offrir des services de façon non discriminatoire.	<i>Concurrence</i> Stentor n'est pas en concurrence avec AT&T et Sprint, ce sont les concurrents de Stentor qui doivent rivaliser avec Stentor qui domine le marché et bénéficie d'avantages déloyaux.

Sources: Plusieurs articles de la presse canadienne

Le CRTC modifia les conditions du rééquilibrage en faveur de Stentor.

L'obligation de réduire les prix des services interurbains en fonction des revenus supplémentaires provenant du marché local fut éliminée. Cependant, l'organisme de réglementation a décidé de s'abstenir de réglementer les entreprises non dominantes

sur le marché des interurbains, ce qui favorisait AT&T et Sprint⁴⁷. Cette décision reprenait une recommandation du Directeur du Bureau de la concurrence. Suite aux plaintes des concurrents contre les abus de l'alliance Stentor, l'examen du Directeur avait conclu qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour appliquer la politique de la concurrence contre l'alliance mais que le CRTC devrait s'abstenir de réglementer les entreprises non dominantes.

Pour l'alliance Stentor, l'abstention de réglementation des entreprises non dominantes créait un déséquilibre réglementaire en faveur des concurrents. Elle a donc demandé au CRTC de s'abstenir de réglementer les activités de ses membres sur le marché des interurbains et des services de ligne directe intercirconscriptions⁴⁸. Stentor a insisté sur l'intensification de la concurrence, sur le renforcement des liens de ses concurrents avec des entreprises américaines et sur l'ouverture éventuelle du marché local. En contraste, les concurrents de Stentor étaient favorables au maintien de la réglementation pour garantir l'accès non discriminatoire aux installations essentielles⁴⁹. Selon AT&T “(...) real competition in telecommunications, when managed correctly, touches everyone, and economic benefits are shared widely throughout the economy. (...) Laisser faire can be unfair to industry participants and to the country as a whole” (Meehan, 1997). AT&T a souligné que 1) la décision de la FCC de ne plus réglementer AT&T aux États-Unis n'était intervenue que lorsque la

⁴⁷ Les entreprises non dominantes étaient Unitel/AT&T, Rogers Network Services, Sprint, Fonorola et Westel.

⁴⁸ Il était question des services Vidéoroute et Avantage Vidéoconférence. Les membres de l'alliance bénéficiaient déjà de l'absence de réglementation relativement à l'équipement de terminal de télécommunications, des services Hyperpac et Datapac, des services de messagerie électronique et des services d'information.

⁴⁹ En outre, AT&T demandait le maintien de la réglementation de Téléglobe afin de s'assurer que celle-ci, en se préparant à la concurrence sur le marché des services internationaux, ne puisse maintenir les restrictions à l'entrée. Le monopole de Téléglobe sur les services outremer devait être

part de marché d'AT&T fut inférieure à 30% alors que la part des membres de Stentor atteignait 79%⁵⁰; 2) contrairement aux entreprises canadiennes, AT&T n'était plus intégrée verticalement; et, 3) la puissance et la taille de la société mère d'AT&T Canada ne devraient pas prévaloir sur l'importance de la concurrence domestique et sur les critères de parts de marché, d'autant que Stentor avait des alliances avec de grandes entreprises étrangères et que deux de ses membres, BCTel et QuébecTel, étaient contrôlés à plus de 50% par GTE. La réglementation était donc nécessaire, d'autant qu'en 1995, il avait été reconnu qu'un des membres de Stentor, MT&T, avait tenté de récupérer des contrats d'Unitel et de Cantel avec le gouvernement de la Nouvelle-Écosse par le biais de rabais illégaux et des pratiques de groupement de services sur fil et sans fil qui lui étaient pourtant interdits.

Le CRTC fut sensible à la position de Stentor; la décision Télécom 97-19 a mis les compagnies membres de l'alliance "sur un pied d'égalité" avec les autres fournisseurs de services interurbains. Simultanément, le CRTC décidait d'ouvrir le marché local à la concurrence (Décision Télécom 97-8), d'adopter une réglementation par plafonnement des prix laissant une plus grande marge de manœuvre aux entreprises réglementées⁵¹, et de permettre aux entreprises de télécommunications d'obtenir des licences de radiodiffusion.

éliminé en octobre 1998, AT&T Canada recommandait au CRTC de continuer de réglementer Téléglobe jusqu'en mars 2000.

⁵⁰ Il s'agit de la part combinée du marché local et du marché des services interurbains. En fait, si l'on considère qu'AT&T était exclue du marché local jusqu'en 1996, il est plus pertinent de considérer qu'elle détenait 52% du marché des interurbains aux États-Unis. Au Canada, les entreprises de l'alliance Stentor conservaient 100% du marché local et environ 70% du marché des interurbains, ce qui leur procurait une part de marché combinée de 79% en 1995.

⁵¹ En ce qui concerne la dernière étape du rééquilibrage des tarifs, une dernière augmentation de \$3 fut effectuée le 1 janvier 1998. Après cette date, le régime de plafonnement des prix limite les augmentations.

La bataille réglementaire s'est transportée sur le moment où le CRTC devra s'abstenir de réglementer le marché local. Pour Stentor, le CRTC devrait s'abstenir de réglementer puisque les entreprises rivales étant avantagées par la réglementation. En contraste, la concurrence affirme que les entreprises Stentor conservent un pouvoir de marché suffisant pour justifier la réglementation. En 1998, le CRTC a autorisé les membres de Stentor à offrir des services groupés de services réglementés et des services non réglementés.

Le CTRC a donc adopté une démarche réglementaire qui vise à favoriser la concurrence tout en élargissant l'espace de liberté des anciens monopoles. Confiant de son efficacité et de sa neutralité réglementaire en matière d'interconnexion et d'accès, de contrôle des subventionnements croisés et des autres pratiques restrictives qui peuvent découler des avantages monopolistiques de Stentor, le CTRC a, en pratique, permis aux entreprises Stentor de continuer à opérer sur les segments réglementés et de développer leurs activités sur les segments concurrentiels. De nouveaux concurrents sont apparus, ce qui constituerait un rempart suffisant contre les positions dominantes des entreprises établies.

L'espace de liberté des entreprises doit, selon le CTRC, favoriser le développement technologique. Le CTRC s'est généralement abstenu de réglementer les nouveaux segments de marchés sur lesquels les anciens monopoles peuvent entrer en toute liberté afin de créer un environnement favorable à l'innovation. Aussi, la réglementation ne s'applique pas, en autant que les entreprises étrangères en sont exclues, aux accords et aux alliances entre les entreprises qui permettent à l'industrie canadienne d'innover.

Pour les nouveaux services, le CTRC accorde des licences aux entreprises qui font les offres les plus performantes. Dans le cas des SCP, le CTRC a attribué deux

premières licences à Clearnet et Microcell en 1995, et il a ensuite permis l'entrée de Rogers Cantel Mobile et à Mobilité Personacom Canada (Stentor/BCE)⁵². Dans le cas de la RDS, le CRTC a accordé des licences EspressVu, qui est maintenant sous le contrôle de BCE, Power DirecTV, Star Choice (filiale de Direct Choice TV), Homestar (Shaw Communications) et d'Alpha Star (filiale de Tee-Comm)⁵³. Le CRTC doit faire respecter les lois qui s'appliquent aux nouveaux services de télécommunications et de radiodiffusion. Ceci pose de nouveaux défis réglementaires, notamment au niveau de la définition des services universels dans le cadre de l'émergence de l'autoroute de l'information (Reddick, 1995; Buchwald, 1997; Winseck, 1997)⁵⁴ et de la possibilité de distinguer les services améliorés, qui ne sont pas réglementés, et les services de contenu.

En juillet 1998, le CRTC a annoncé qu'il n'avait pas l'intention de réglementer l'internet et que la définition des services universels ne serait pas élargie pour inclure ces nouveaux services. Il existe un certain malaise quant au principe d'universalité mais aussi quant à la responsabilité du CRTC d'appliquer les règles sur

⁵² Il s'agit de services de télécommunications sans fil offrant une solution alternative à la téléphonie conventionnelle et cellulaire. L'intérêt des SCP est de pouvoir étendre les avantages des services sans fil à l'accès à l'infrastructure.

⁵³ Depuis, les services de PowerDirect TV et d'Alpha Star ont été abandonnés, et Home Star et Star Choice ont fusionné. Aussi, EspressVu, qui fut créée par un large consortium, appartient maintenant entièrement à BCE. De cinq services de RDS, il n'en restait que deux. Il en existe maintenant trois; lorsque Tee Comm a abandonné ExpressVu, il a lancé son propre service par le truchement d'Alpha Star.

⁵⁴ "Those concerned about gaps between the "information rich" and "information poor" argue for a broad definition of universal service, that is, one that embraces convergence between computers and telecoms, while most policymakers and members of the communication industries would like to narrow the concept" (Winseck, 1997).

le contenu⁵⁵. Par exemple, comment maintenir des lois différentes sur les télécommunications et la radiodiffusion dans un contexte de convergence industrielle? Comment aussi faire la différence entre les entreprises de télécommunications et de radiodiffusion, qui sont soumises à des règles, et les entreprises de l'industrie informatique qui bénéficient de l'absence de réglementation? La possibilité de réglementer certains services repose sur la capacité de distinguer les services, ce que la convergence industrielle rend fort complexe. Si, d'autre part, l'on considère que les engagements du Canada dans le cadre de l'ALÉNA et de l'OMC excluent l'application de règles aux services améliorés, on peut se demander comment le Canada pourra effectivement appliquer des règles de contenu (Winseck, 1997).

Les nouveaux marchés ont déjà été le terrain de problèmes de concurrence. Les fournisseurs de services internet ont porté plaintes contre les pratiques restrictives des entreprises de télécommunications, notamment Bell Canada, qui poursuivent des stratégies de pénétration du marché de l'internet. De son côté, Shaw Communications a critiqué les pratiques de BCE au niveau de la radiodiffusion directe par satellites. Le CRTC s'abstenant de réglementer les nouveaux services, il revient à la politique de la concurrence d'intervenir mais, et nous reviendrons sur cette question, comme le CRTC, le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence sont devenus des

⁵⁵ Les fournisseurs de services internet sont tenus de payer une contribution au réseau téléphonique local et qu'une audience porte maintenant sur le rôle du CRTC relativement aux nouveaux médias, ce qui est perçu comme un mouvement vers la réglementation de l'internet. Le CRTC affirme qu'il n'a pas l'intention d'accroître ses pouvoirs sur les médias numériques, de remettre en cause le mouvement vers la déréglementation et d'appliquer la réglementation existante aux nouveaux services. Il se pose toutefois trois types de questions: 1) quel est l'impact des nouveaux médias sur sa façon de réglementer les entreprises traditionnelles de diffusion par radio, télévision et câble, et le système de télécommunications?; 2) les services par les nouveaux médias sont-ils des services de radiodiffusion ou de télécommunications qui doivent être soumis aux lois tout en évitant d'empêcher leur développement?; et, 3) quel doit être le rôle du CRTC pour obtenir de l'information et

facilitateurs de la mise en oeuvre de la stratégie de développement de l'économie de l'information pour positionner le Canada dans les télécommunications globales⁵⁶. La politique de la concurrence n'a donc pas été très interventionniste.

L'objectif de préserver la concurrence sur le marché canadien est subordonné à celui de promouvoir le développement technologique. La concurrence n'est pas une fin en soi; elle doit permettre l'innovation. Il existe un danger de voir la libre concurrence entraîner la formation de puissants monopoles orientés vers la demande des grands utilisateurs au détriment du public en général (Elton, 1992). Toutefois, l'approche du CRTC suppose que la convergence facilite le développement de l'inforoute. La concentration industrielle n'est pas remise en cause; le CRTC a d'ailleurs autorisé d'importants fusionnements en vue de favoriser la convergence des industries. La transition vers la concurrence vise principalement à libérer les forces innovatrices de l'industrie et, dans cette perspective, la concurrence n'est qu'un des moyens de favoriser le développement de nouveaux services et de nouvelles infrastructures. La concurrence se conjugue ainsi avec consolidation.

Le CRTC a été le principal vecteur de la mise en oeuvre de la politique des télécommunications qui apparaît avant tout comme une politique industrielle orientée vers l'insertion des télécommunications canadiennes dans le marché global des télécommunications. La vision du CRTC sert les intérêts de la restructuration des

des recommandations qu'il transmet au gouvernement sur des questions de politique globale? Colville (1999).

⁵⁶ Le *Rapport de rendement du Tribunal de la concurrence pour la période se terminant le 31 mars 1998* (Canada, 1998b) situait le Tribunal au niveau des objectifs de Portefeuille de l'Industrie dont les organismes membres doivent contribuer à la réalisation de certains objectifs clés de la stratégie du gouvernement et du secteur privé pour faire face aux défis inhérents à la transition vers l'économie du savoir; ces objectifs clés comprenaient la promotion de l'innovation scientifique et technologique, l'assistance aux entreprises et la création d'un marché équitable, efficace et concurrentiel.

entreprises en supposant que les autres objectifs de la politique des télécommunications seraient mieux servis par le marché concurrentiel que par la réglementation. Cette approche s'accorde avec l'approche concurrentielle adoptée par le Bureau de la concurrence en matière de télécommunications qui, elle-même, n'est pas sans rapport avec l'importance accrue des considérations industrielles stratégiques.

2. Le rôle de la politique de la concurrence

Le DER a résumé la perception du Bureau des changements dans le secteur des télécommunications selon la séquence suivante (Canada, 1996c):

- les changements technologiques ébranlent l'hypothèse du monopole naturel sur laquelle repose l'approche réglementaire;
- les entreprises tentent de défendre leur monopole face à l'émergence de nouveaux concurrents;
- les monopoles se convertissent et réclament la déréglementation alors que les nouveaux concurrents demandent le maintien de la réglementation afin de se défendre contre les prix d'éviction et les autres pratiques des anciens monopoles;
- le cadre réglementaire doit être radicalement modifié pour effectuer le passage à la concurrence effective.

L'accent est mis sur le rôle de la réglementation dans le processus de transition vers la concurrence. Aux États-Unis, le Département de la Justice a joué un rôle de premier plan et son action a transformé “antitrust enforcement in the telecommunications

industry into what an antitrust commentator has characterized as the “Regulatory Model” (Klein, 1997, p. 212)⁵⁷. Au Canada, l’organisme responsable de la concurrence n’a pas contesté le modèle monopolistique ni l’efficacité des actions du CRTC contre les pratiques commerciales restrictives qui affectent les marchés concurrentiels. Le CRTC est demeuré l’acteur central de la réglementation du secteur. Ce faisant, le gouvernement a reconnu deux choses: premièrement, que le secteur des télécommunications n’était pas un secteur comme les autres et qu’en la matière, d’autres considérations que la compétitivité devaient aussi être prises en ligne de compte; deuxièmement, que l’adaptation au changement devait se faire de manière suffisamment ordonnée pour permettre aux entreprises canadiennes de s’y adapter et préserver les intérêts canadiens. Le rôle de la politique de la concurrence n’a donc pas été aussi important qu’aux États-Unis.

Au Canada, en raison du maintien du monopole des membres de Telecom Canada jusqu’au milieu des années 80, voire jusque dans les années 90, il n’existait pas de tension aussi forte qu’aux États-Unis entre les segments concurrentiels et réglementés. Lorsque la question de l’intégration verticale des monopoles et des fabricants d’équipements a été soulevée suite à l’acquisition de Northern Telecom par Bell Canada, le débat n’a pas débouché sur l’application de la politique de la concurrence.

Le DER avait porté cette affaire devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (CPRC) en 1976⁵⁸. Il avait abouti à la conclusion suivante:

⁵⁷ L’un des objectifs du Telecommunications Act était de redonner le contrôle réglementaire à la FCC, en mettant l’accent sur la transition vers la concurrence.

⁵⁸ Plusieurs plaintes avaient été faites relativement aux politiques d’achat de Bell, à l’accès privilégié de Northern Electric au vaste marché de Bell et au subventionnement croisé entre Nortel et Bell Canada. En 1973, le DER avait conclu qu’il existait des motifs de se pencher sur les possibilités

D'après la preuve documentaire, il semble que l'intégration verticale au sein de l'industrie des télécommunications ne soit pas dans l'intérêt public (...). À notre avis, la meilleure solution aux problèmes soulevés dans le présent exposé consisterait à déconcentrer l'industrie du matériel de télécommunications. Et, à long terme, il n'est pas de meilleur moyen d'atteindre cet objectif qu'en obligeant Bell Canada à se dessaisir de Northern Electric afin d'abaisser les barrières et faciliter ainsi l'accès à l'industrie du matériel de télécommunications. (Canada, 1978, p. 115)⁵⁹

La survie de l'industrie canadienne de fabrication d'équipements de télécommunications a été un facteur déterminant de la décision de ne pas procéder au dessaisissement. La CPRC a considéré que les décisions du CRTC concernant la concurrence sur le marché des terminaux et l'interconnexion favorisaient la concurrence étrangère et que le DER n'avait pas démontré que les concurrents de Nortel étaient désavantagés par les liens entre Nortel et Bell Canada⁶⁰. Les liens verticaux étaient d'ailleurs jugés favorables au développement technologique.

L'élément le plus marquant de l'enquête de la CPRC fut l'annonce par Bell Canada d'une réorganisation en vue de séparer ses activités concurrentielles et ses activités réglementées; Bell Canada et Nortel deviendraient des filiales distinctes d'un large conglomérat, Bell Canada Entreprises (BCE). L'objectif était d'accroître la marge de manœuvre de la nouvelle entreprise dans les segments de marché non réglementés; la réglementation CRTC ne s'appliquerait qu'à Bell Canada. Comme cette

de violation de l'article 33 (fusions et monopoles). Northern Electric était en position dominante sur le marché canadien; plus de 50% de ses ventes étaient destinées à Bell Canada et ses affiliées. Bell avait acquis plusieurs compagnies de téléphone avant 1966, ce qui avait élargi le marché de Nortel.

⁵⁹ La Commission Bryce citait l'exposé du DER dans le rapport du ministère de la Consommation et des Corporations de 1976.

⁶⁰ La CPRC a produit trois rapports qui se penchent successivement sur l'interconnexion, la réorganisation de Bell Canada et les effets de l'intégration verticale des équipements de télécommunications au sein de l'entreprise (Canada, 1981d, 1982, 1983). Elle a conclu que la séparation de Bell Canada/Northern Telecom et de BCTel/Atomic Electric (AEL Microtel) n'était pas souhaitable; le ministre des Communications était aussi d'avis que si les liens verticaux ne devaient pas empêcher la concurrence, un démantèlement aurait de sérieuses conséquences (Canada, 1981b).

réorganisation allait réduire la capacité du CRTC de prévenir les pratiques d'interfinancement et de prédatation, la CPRC recommandait un examen public⁶¹. En 1983, au terme d'un processus d'examen des plus controversés⁶², la réorganisation fut approuvée par le CRTC. Le cadre de réglementation de Bell Canada ne fut ajusté à la nouvelle situation qu'en 1987.

L'enquête de la CPRC n'a donc pas eu l'impact structurel et juridique de la poursuite américaine contre AT&T. BCE a obtenu une plus grande liberté d'action grâce à sa réorganisation et elle conservait Nortel. BCE allait être capable de développer ses activités concurrentielles loin de la surveillance du CRTC⁶³. Lorsque le gouvernement a procédé à la privatisation de Téléglobe (1987) et de Télésat (1992), BCE a aussi saisi l'opportunité d'étendre ses activités et son contrôle des télécommunications canadiennes en faisant l'acquisition d'une participation dans les deux monopoles⁶⁴. De son côté, Nortel a bénéficié du démantèlement d'AT&T aux États-Unis, ce qui a alimenté l'insatisfaction des États-Unis et des entreprises américaines relativement à l'accès au marché canadien des équipements de télécommunications⁶⁵.

Si la politique de la concurrence n'a pas joué un rôle coercitif important, elle a par contre joué un rôle pro-actif très significatif. En réalité, elle a axé son action sur la

⁶¹ Pour la CPRC, cette réorganisation posait d'importantes questions dont la suivante: comment opérer une séparation claire entre les activités réglementées et les activités non réglementées?

⁶² Voir Babe (1990).

⁶³ En 1984, le CRTC l'a autorisée à fournir des services de téléphonie cellulaire. Le CRTC a accordé deux licences, l'une à Cantel et l'autre à Mobilité Canada.

⁶⁴ Il faut cependant mentionner qu'en 1991, la revente des capacités internationales sur l'axe canado-américain fut autorisée; Téléglobe conservait l'exclusivité sur les services outremer, soit sur environ 30% des capacités internationales.

⁶⁵ Nortel arguait que sa relation avec Bell n'était pas de nature à fermer le marché canadien et que le marché américain était aussi caractérisé par des liens très forts entre AT&T et Western Electric (qui deviendra Lucent Technologies).

promotion de la concurrence plutôt que sur le contrôle des pratiques restrictives et de la concentration. En 1984, le Rapport annuel du DER indique que la concurrence représentait une solution de rechange possible à la réglementation pour développer un secteur efficace et innovateur (Canada, 1998a (1984). La politique de la concurrence est devenue la principale défenderesse de l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence (OCDE, 1996d). En effet, les interventions du Bureau ont fait valoir les avantages de la concurrence “within Government policy circles and in numerous interventions before the industry regulator, the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) in respect to terminal attachment, private line, resale, facilities based long distance and local telecommunications” (OCDE, 1996d, p. 17). Selon le DER (Finckenstein, 1998b), en 1998, le Canada aurait rattrapé les États-Unis au niveau de la mise en place de structures concurrentielles, ce qui lui permit de souligner que si le rôle de la politique de la concurrence n'avait pas été aussi direct qu'aux États-Unis, elle avait été un levier important pour la promotion et l'avènement de la déréglementation. Ceci est conforme à la thèse que la libéralisation des échanges et la déréglementation sont devenues, dans une large mesure, des substituts à l'application de la politique de la concurrence.

La concurrence dans le secteur des télécommunications s'est imposée comme l'une des priorités du Bureau. Trois thèmes successifs ont marqué les interventions du DER: 1) la promotion de la concurrence; 2) la définition des changements réglementaires; et, 3) la détermination du moment où la réglementation cède la place à la concurrence. Voyons de façon plus détaillée ces trois types d'interventions.

Les interventions du DER ont d'abord été axées sur l'idée que la concurrence était souhaitable, notamment devant le CRTC et lorsqu'il est intervenu dans le processus

d’élaboration de la politique sur les télécommunications qui a abouti, en 1993, à l’adoption de la *Loi sur les télécommunications*. Aussi, le mémoire présenté par le Bureau au CCAI a fait valoir les avantages de la concurrence pour le développement de nouveaux services et de nouvelles infrastructures; le développement de l’autoroute de l’information devait reposer sur les forces du marché, une idée qui fut d’ailleurs endossée par le CCAI et le gouvernement fédéral et qui a orienté les décisions du CRTC (OCDE, 1996d)⁶⁶.

Les interventions ont ensuite contribué à définir le cadre réglementaire de façon à faciliter, protéger et accélérer l’expansion de la concurrence et permettre le développement technologique. Par exemple, en ce qui concerne la concurrence sur le marché local, le Bureau a fait plusieurs recommandations au CRTC: 1) optimiser le jeu de la concurrence et les forces du marché; 2) adopter une tarification de marché et rechercher les objectifs sociaux par d’autres moyens; 3) établir des règles d’interconnexion et une tarification adéquates dans un contexte de concurrence; 4) établir des paramètres de négociations d’accès aux réseaux et un mécanisme de règlement des différends; et, 5) diminuer la réglementation au minimum. Plus précisément, le Bureau a soutenu le rééquilibrage tarifaire, la substitution du régime de réglementation basé sur le taux de rendement par une réglementation par plafonnement des prix, et le maintien des restrictions sur le groupement des services

⁶⁶ Concernant l’universalité des services et les règles de contenu, la position du Bureau est que l’élargissement de la définition des services universels de base pour comprendre les nouveaux services sur l’autoroute de l’information et les mesures coercitives sur le contenu canadien seraient incompatibles avec la concurrence. Il a souligné que l’interfinancement n’était pas un moyen efficace de garantir un service universel et que le rééquilibrage des tarifs et le jeu des forces du marché apparaissaient désormais comme de meilleurs moyens d’assurer l’accessibilité des services. En cas d’échec du marché, certaines politiques cibles seraient préférables à des mesures réglementaires et politiques plus générales. Le Bureau considère que les pratiques des entreprises dans un environnement concurrentiel favorisent non seulement l’efficacité et l’innovation, mais aussi l’atteinte d’objectifs sociaux.

monopolistiques et concurrentiels des membres de Stentor jusqu'à l'ouverture du marché local. Sur le marché des services outremer, le Bureau a soutenu l'élimination du monopole de Téléglobe, la réglementation minimale de Téléglobe pour aboutir à la déréglementation complète lorsque la concurrence sera effective, et l'assouplissement des restrictions relatives au contournement et à la propriété étrangère.

Les interventions du DER ont finalement porté sur le moment où l'organisme de réglementation doit se retirer pour céder place à la concurrence en exerçant son droit de s'abstenir de réglementer. Le Bureau considère que ce moment est venu lorsque la concurrence effective est suffisante, ou lorsqu'il juge que le marché est "suffisamment concurrentiel" (Finckenstein, 1998b). Dans la perspective du Bureau, ceci signifie une situation où les entreprises en place ont une puissance réduite à au point où le maintien de la réglementation les écraserait. Les principaux critères pris en considération sont les parts de marché, les obstacles à l'entrée et l'innovation technologique.

En 1995, lorsque le Bureau a recommandé l'abstention de réglementation des entreprises non dominantes, il a souligné que celles-ci ne possédaient pas de puissance commerciale et qu'elles ne contrôlaient pas d'installations essentielles. En 1996, le Bureau a donné son soutien à l'abstention de la réglementation au niveau des services interurbains des membres de Stentor. Malgré leurs positions dominantes, il considérait que l'entrée de concurrents, la baisse des prix des interurbains, l'impact concurrentiel des services sans fil et des SCP et la possibilité d'entrée des

câblodistributeurs éliminaient les risques d'agissements anticoncurrentiels des entreprises Stentor sur le marché des services interurbains⁶⁷.

Le rôle pro-actif de la politique de la concurrence a donc supporté les changements réglementaires pour stimuler la concurrence et le développement technologique. La politique de la concurrence n'a exigé aucune mesure structurelle pour contrer les pratiques restrictives des anciens monopoles, bien que ces derniers étendaient leurs activités sur les segments concurrentiels. La création et les pratiques de l'alliance Stentor n'ont pas été jugées illégales; cette alliance permettrait plutôt de favoriser le développement technologique.

Si l'application de la politique reste possible, les changements réglementaires et technologiques réduisent considérablement la rigueur de la politique de la concurrence. Par ailleurs, l'approche canadienne en matière de concurrence a essentiellement reposé sur l'hypothèse de l'efficacité de la réglementation du CRTC pour effectuer la transition vers un marché concurrentiel. Elle suppose ainsi que les règles sur l'accès aux infrastructures et aux installations contrôlées par les monopoles et sur les conditions d'interconnexion sont suffisantes pour éviter que les entreprises exploitent l'abstention de réglementation ou la déréglementation pour empêcher la concurrence. Lors d'un colloque organisé par le Bureau en 1995, il a néanmoins été question de faire intervenir la politique de la concurrence pour s'attaquer aux possibilités de pratiques anticoncurrentielles, plutôt que de s'en remettre au CRTC⁶⁸. Le Bureau de la concurrence a refusé de jouer un rôle réglementaire dans la transition vers la

⁶⁷ Il a toutefois recommandé que le CRTC prenne des mesures relativement à l'accessibilité des capacités de transmission de Stentor pour une période supplémentaire de deux ans.

concurrence, comme celui qu'a joué le Département de la Justice aux États-Unis au niveau des conditions d'accès et d'interconnexion. Il a choisi de reconnaître et de supporter le rôle du CRTC. Dans la perspective du Bureau, le rôle de la politique de la concurrence n'est pas de remplacer le CRTC et la réglementation, puisque ce sont les forces du marché qui doivent "réguler" l'industrie et établir les prix, les niveaux de bénéfices et l'offre des services (Canada 1996c).

Le rôle proactif la politique de la concurrence découle en partie du fait que les entreprises de télécommunications ont généralement bénéficié de la "défense d'une conduite réglementée" qui a généralement été interprétée comme une exemption. Cependant, le Bureau a soutenu que ce moyen de défense ne constituait pas une exemption⁶⁸. Aucune disposition de la loi n'empêche le DER d'examiner une plainte contre une entreprise réglementée et le Bureau estime qu'il revient aux tribunaux de déterminer le champs d'application de la loi. L'absence d'intervention en vue de faire appliquer la loi ne s'explique donc pas simplement par la présence et la reconnaissance du rôle du CRTC; elle reflète surtout une position idéologique face au développement de télécommunications qui favorise les lois du marché et les considérations stratégiques visant à développer des télécommunications canadiennes compétitives.

⁶⁸ L'avantage de faire intervenir la politique de la concurrence est que le processus décisionnel est plus rapide et que, contrairement au CRTC qui doit prendre en considération un vaste éventail d'objectifs, elle met l'accent sur les aspects concurrentiels.

⁶⁹ Certains critères ont d'ailleurs été définis pour établir dans quelles circonstances ce moyen de défense pouvait être utilisé: la loi pertinente doit être validement adoptée, on doit déterminer si l'organisme public a exercé son pouvoir de réglementation et si la conduite en question entrave le pouvoir de l'organisme de réglementation.

D. Conclusion

Les changements dans le secteur des télécommunications se résument comme suit: 1) le marché des télécommunications prend une dimension globale; 2) les structures monopolistiques ont cédé la place à des structures caractérisées par l'existence d'opérateurs multiples qui ne sont généralement pas réglementés; 3) la structure de l'industrie est influencée par le passage de services de téléphonie vocale à la fourniture de services multiples qui requiert de nouvelles infrastructures; et, 4) les États et la coopération internationale ont adopté le modèle d'accès au marché fondé sur la libre concurrence et le libre-échange. Les changements technologiques ont eu une influence très importante, mais ce sont plutôt les changements réglementaires qui ont été les plus significatifs. L'ajustement des cadres réglementaires et la modification des politiques en matière de télécommunications constituent une réponse des États aux impératifs technologiques et économiques de l'économie de l'information et, surtout, à la mise en oeuvre de nouvelles stratégies mercantiles (Winseck, 1995a, 1995b)

Dans une certaine mesure, la révolution de l'information sert au développement et à l'application de nouvelles techniques de contrôle (Babe, 1990). D'un côté, les changements réglementaires et technologiques signifient un transfert de pouvoir des monopoles aux utilisateurs (Janisch et Schultz, 1993), tandis que, d'un autre côté, ils contribuent à étendre le contrôle des télécommunications canadiennes autour de trois axes principaux: les entreprises de télécommunications, le gouvernement fédéral et les grands utilisateurs (Winseck, 1995a). Ces deux thèses ne sont pas nécessairement contradictoires; les rôles respectifs des acteurs ont été redéfinis, mais ceci en fonction de l'orientation de la politique des télécommunications vers des objectifs stratégiques de politique industrielle.

Malgré l'acceptation des principes généraux du modèle concurrentiel, la généralisation du modèle américain au niveau international a donné lieu à l'émergence de conceptions différentes dans la façon d'aborder la restructuration des télécommunications qui, en partie, traduisent la dimension stratégique des politiques nationales. Au Canada, l'intervention directe du gouvernement a été éliminée, mais le gouvernement conserve plusieurs instruments pour appuyer le développement des télécommunications canadiennes, notamment au niveau de la recherche et de la définition des normes, ou encore par sa participation aux projets de modernisation de l'industrie. La politique libre-échangiste, juxtaposée aux programmes d'aide aux entreprises pour développer leurs activités internationales et former des alliances stratégiques avec des entreprises étrangères, sont aussi des moyens d'assurer aux entreprises canadiennes l'accès aux marchés étrangers et à la technologie étrangère (Jenkins, 1991).

L'État a continué de jouer un rôle très important dans le développement du secteur. D'une réglementation des télécommunications fondée sur des objectifs de développement national, l'action étatique est désormais orientée vers la création d'un environnement institutionnel propice au développement d'entreprises compétitives sur le marché global des télécommunications qui pourront répondre aux besoins des grands utilisateurs et accroître la compétitivité des entreprises canadiennes.

Le rôle réglementaire du CRTC et le rôle pro-actif de la politique de la concurrence ont été très importants pour définir les formes qu'allait prendre le modèle concurrentiel au Canada. La déréglementation tardive et graduelle a permis l'utilisation d'un “cushion of remaining monopoly periods to turn their PTO (public telecommunication operator) into national champions with strength to survive increasing domestic and foreign competition” (Davies and Hulsink, 1997, p. 44). De 1985 à 1993, le processus qui a mené à l'adoption de la loi C-62 a progressivement lié la politique des

telecommunications à la politique industrielle et la stratégie commerciale du Canada (Winseck, 1995a); d'ailleurs, depuis 1993, les télécommunications sont désormais sous la responsabilité d'Industrie Canada. Malgré le nombre croissant d'entreprises sur le marché des télécommunications, les réformes réglementaires n'ont pas réussi à réduire la concentration des télécommunications et le pouvoir énorme de BCE. Au contraire, elles ont permis de les accroître. C'est aussi le cas des privatisations de Téléglobe, Télésat, Terra Nova Telecommunications et NorthwesTel qui furent reprises par BCE.

L'introduction de la concurrence ne peut être perçue dans le cadre de l'objectif de déconcentration de l'industrie. L'objectif principal est de permettre aux entreprises canadiennes d'être compétitives au Canada et à l'étranger. De plus en plus, les États doivent prendre en considération la concurrence étrangère dans le développement des politiques en matière de télécommunications (OCDE, 1995b); ce qui signifie qu'ils doivent surtout tenir compte de l'avance et de la puissance des entreprises américaines. Ainsi, au Canada, la concurrence sur le marché domestique est subordonnée à l'objectif de restructuration des monopoles et les changements technologiques et réglementaires sont perçus comme des pressions concurrentielles suffisantes pour empêcher les effets néfastes de la concentration sur le marché canadien. Dans cette perspective, la politique de la concurrence a joué un rôle essentiellement pro-actif dans la restructuration des télécommunications qui a mis l'accent sur la promotion de réformes aux niveaux politique et réglementaire pour garantir la contestabilité du marché.

La réglementation et la politique de la concurrence se sont donc inscrites dans une nouvelle stratégie adoptant généralement les principes inhérents au modèle concurrentiel/accès au marché tout en supportant l'émergence de "champions

nationaux” capables de faire face à la concurrence, sur le marché canadien et sur les marchés internationaux, et d’innover dans le but d’influencer l’insertion des télécommunications canadiennes dans le marché global des télécommunications. Les rôles de la réglementation et de la politique de la concurrence ont pris, dans ce nouveau contexte, une dimension stratégique.

Le fait que les acteurs privés soient désormais les principaux acteurs de la restructuration des télécommunications ne doit pas occulter le rôle des stratégies nationales, dont l’un des vecteurs principaux de mise en oeuvre dans le contexte concurrentiel est désormais la souplesse de la politique de la concurrence face à la concentration industrielle et l’extension du pouvoir de marché des entreprises. La politique de la concurrence n’a pas remis en cause l’intégration verticale entre Nortel et BCE, ni le renforcement de la position dominante de BCE. Le deuxième chapitre montrera qu’elle supporte maintenant le processus de concentration industrielle, notamment en autorisant de nombreux fusionnements. Il s’agit là, puisque les autres moyens d’influencer la compétitivité des entreprises canadiennes disparaissent peu à peu, d’une des façons de favoriser l’émergence de “champions nationaux”.

CHAPITRE 2 DYNAMIQUE CONCURRENTIELLE ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Le nouveau régime international des télécommunications et les changements des politiques nationales sont accompagnés d'un important processus de concentration industrielle qui menace l'ensemble du processus de transition vers la concurrence et les bénéfices qui doivent en découler. La dynamique concurrentielle sur le marché des télécommunications suggère qu'il existe "an intricate balance of cooperation and competition between telecommunications carriers" (Drahos et Joseph, 1995, p. 631).

Elle suggère aussi que la convergence des technologies motive d'importants rapprochements entre les entreprises des TIT, notamment entre les entreprises des secteurs des télécommunications, de l'information, de la radiodiffusion et des équipements de télécommunications. L'ouverture des marchés des services de base et des services internationaux, et l'élimination des barrières réglementaires entre les télécommunications et la radiodiffusion a d'ailleurs intensifié la tendance vers la concentration.

Sur le marché canadien, depuis l'ouverture du marché local à la concurrence, nous assistons à la multiplication des fusionnements, des ententes et des alliances stratégiques. La tendance vers la consolidation de l'industrie qui est déjà bien installée aux États-Unis depuis l'entrée en vigueur de la politique des télécommunications de 1996 se reproduit sur le marché canadien. Le nombre de concurrents sur le marché canadien a augmenté et l'alliance Stentor n'a pas survécu à l'ouverture du marché local à la concurrence, mais la nouvelle dynamique concurrentielle pose toutefois la

question du maintien et de la reconstitution “d’oligopoles” dont le pouvoir de marché est beaucoup plus étendu sur les plans industriel et géographique.

Ce chapitre montre que la politique de la concurrence du Canada ne s’oppose pas au maintien, au renforcement et à la création de positions dominantes sur le marché. Elle suppose que les changements technologiques et réglementaires créent des pressions concurrentielles suffisantes pour garantir la concurrence effective sur le marché canadien et que, si la concurrence devait favoriser le développement technologique, c’est aussi à travers les rapprochements d’entreprises que le développement technologique et la compétitivité - voire la dynamique concurrentielle, elle-même - des télécommunications canadiennes peuvent être renforcés. La politique de la concurrence a donc légitimé le pouvoir de marché des entreprises Stentor, et plus particulièrement celui de BCE, la création et les pratiques de Stentor, les alliances de Stentor avec MCI et Téléglobe, et elle a aussi autorisé d’importants fusionnements. En réalité, les considérations stratégiques liées au développement de télécommunications compétitives prévalent sur les considérations strictement concurrentielles. En grande partie, la souplesse de la politique de la concurrence s’explique par les incidences de l’émergence d’un marché global des télécommunications au sein duquel les entreprises américaines sont dominantes, et par la concurrence systémique entre les États pour créer un environnement institutionnel favorable au développement des avantages concurrentiels de leurs entreprises, ce qui implique l’utilisation stratégique des politiques de la concurrence. Les entreprises canadiennes et les autorités canadiennes ne peuvent pas faire abstraction de l’émergence de grands oligopoles américains, ni de la souplesse de la politique de la concurrence des États-Unis. Ce sont les principaux éléments qui seront développés dans ce chapitre.

La première section de ce chapitre abordera les caractéristiques principales du marché global des télécommunications; la seconde portera sur la structure du marché canadien et sur les stratégies des entreprises; la troisième s'intéressera au rôle de la politique de la concurrence; et, la quatrième portera sur les stratégies des entreprises américaines et sur la politique de la concurrence américaine puisqu'elles ont des incidences sur le processus d'internationalisation des entreprises canadiennes et de la politique de la concurrence du Canada.

A. Les stratégies des entreprises dans un marché global des télécommunications.

Le marché des télécommunications prend une dimension globale. En 1995, le marché des services des télécommunications était estimé à 602 milliards de dollars américains (OMC, 1997). Il prend aussi une dimension industrielle plus large en raison de la convergence des technologies. Les entreprises de télécommunications opèrent désormais dans un marché qui regroupe trois industries (informatique, radiodiffusion et télécommunications), le marché des technologies de l'information et des communications (TIC), au sein duquel les services et les équipements de télécommunications représentent environ 45%⁷⁰.

La globalisation croissante du marché des télécommunications ne signifie pas l'absence de différences internationales; elles sont d'ailleurs très marquées. L'importance

⁷⁰ En 1994, le marché des (TIC) était estimé à 1400 milliards de dollars américains (OCDE, 1997c). La part des services de télécommunications du marché des TIC était de 36%, celle du matériel de télécommunications atteignait 10%, celle du matériel informatique représentait 33% et la part de la composante de l'audiovisuel était estimée à 21%. Notons que le Canada préfère l'appellation "technologies de l'information et des télécommunications" (TIT).

relative des acteurs indique une forte polarisation des activités sur les marchés de la triade, Amérique du Nord, Union Européenne et Japon, qui représentent 75% du marché global des télécommunications. En fait, l'importance du marché américain est remarquable; il représentait près de 30% du marché global en 1996, avec un marché de 179 milliards de dollars américains. Le marché européen était estimé à 170 milliards de dollars américains, soit 28,2% du marché mondial; le marché japonais était évalué à 94 milliards de dollars américains ou 15,6% du marché mondial; les marchés australien et canadien suivaient avec des marchés d'environ 11 milliards de dollars américains ou 1,8% du marché mondial (OMC, 1997)⁷¹.

Au niveau des entreprises, les inégalités sont aussi remarquables. En effet, en 1996, dix des vingt-cinq plus importantes entreprises de télécommunications au monde étaient des entreprises américaines (tableau XIX). BCE se classait en dernière place, loin derrière NTT, AT&T, Deutsche Telekom, France Telecom, et British Telecommunications. Toutefois, si l'on considère le classement par chiffre d'affaires total, BCE prenait le septième rang. Ceci s'explique par le fait que BCE est l'une des entreprises de télécommunications les plus intégrées au monde; elle tire des revenus d'importantes filiales dont Nortel, l'un des plus importants producteurs d'équipements de télécommunications au monde. Le chiffre d'affaires de BCE au niveau des services était de 7,8 milliards de dollars américains, son chiffre d'affaires total atteignait 20,7 milliards de dollars américains. La plupart des autres entreprises ont un chiffre d'affaires total qui coïncide avec leur chiffre d'affaires au niveau des services de télécommunications, à l'exception de GTE dont le chiffre d'affaires total atteint 21,3 milliards de dollars américains, ce qui la plaçait en sixième place.

⁷¹ Le Mexique venait en 9ième place avec un marché de 6,5 milliards de dollars américains (1,1%).

Tableau XIX: Entreprises de télécommunications dans le monde en 1996
 (chiffre d'affaires (services) en milliards de dollars des États-Unis)

Rang	Entreprises	Pays	Chiffres d'affaires (services)
1	NTT	Japon	78,3
2	ATT	États-Unis	52,2
3	DT	Allemagne	41,9
4	FT	France	29,6
5	BT	Royaume-Uni	23,7
6	Telecom Italia	Italie	19,1
7	Bell South	États-Unis	19,1
8	MCI	États-Unis	18,5
9	GTE	États-Unis	17,4
10	Telefonica	Espagne	15,8
11	Ameritech	États-Unis	14,9
12	Sprint	États-Unis	14
13	SBC	États-Unis	13,9
14	Nynex	États-Unis	13,5
15	Bell Atlantic	États-Unis	13,1
16	US West	États-Unis	12,9
(...)	(...)	(...)	(...)
25	BCE	Canada	7,8

Source: IDATE (1997)

Depuis 1996, d'importants changements ont modifié ce classement (tableau XX)⁷².

L'un des plus importants est certainement la multiplication des fusionnements aux États-Unis; SBC a fait l'acquisition de Pacific Telesis (PacTel) et elle prévoit un fusionnement avec Ameritech; Bell Atlantic a acquis Nynex et a annoncé un fusionnement avec GTE; et, WorldCom a fait l'acquisition de MCI (elle s'apprête à acquérir Sprint). Par ailleurs, AT&T a fait plusieurs acquisitions en 1998 et 1999, notamment celle de TCI, suivie de celle de MediaOne⁷³. BCE se trouve en dixième place.

Tableau XX: Entreprises de télécommunications dans le monde en 1999 (chiffre d'affaires (total) en milliards de dollars des États-Unis)			
<i>Rang</i>	<i>Entreprises</i>	<i>Pays</i>	<i>Chiffres d'affaires (total)</i>
1	NTT	Japon	64
2	AT&T (incluant TCI et TCG)	États-Unis	58
3	Bell Atlantic et GTE	États-Unis	53
4	SBC (incluant SNet et Ameritech)	États-Unis	43
5	DT	Allemagne	38
6	MCIWorldCom	États-Unis	27
(...)	(...)		
10	BCE	Canada	23

Source: *Businessweek Global 1000*.

⁷² Notons que la deuxième place d'AT&T s'expliquait par la réorganisation de 1996 qui a séparé AT&T de Lucent. Suite à la réorganisation de NTT en 1997-98, l'entreprise avait un chiffre d'affaires de 64 milliards de dollars américains.

⁷³ Le fusionnement SBC/Ameritech a obtenu l'autorisation de la Commission Européenne et de certaines autorités européennes en juillet 1998. Ameritech est le plus important investisseur étranger en Europe, tandis que SBC a investi en France, en Suisse et au Royaume-Uni.

Pour améliorer leur position concurrentielle dans la nouvelle géographie industrielle des télécommunications, les entreprises de télécommunications doivent élargir leur couverture géographique, diversifier leurs services et développer leur capacité et leurs compétences dans les services multimédias qui intègrent la voix, les données et la vidéo. Leurs stratégies reposent principalement sur des fusionnements et des alliances; elles tentent ainsi de développer une offre d'une gamme complète de services "bout en bout", des services locaux aux services globaux.

L'émergence d'un réseau de réseaux à l'échelle globale qui fait converger la voix, les données et la vidéo capture l'imaginaire humain; il mobilise entreprises et gouvernements, chacun cherchant à se positionner favorablement dans une nouvelle économie du savoir et, notamment, dans le nouvel espace marchand électronique. Les défis sont importants; il faut: 1) moderniser les réseaux traditionnels conçus pour le trafic de la voix et les adapter au trafic de données et d'images, ce qui nécessite de passer à une largeur de bande supérieure; 2) remplacer la transmission analogique à la transmission numérique; 3) développer l'interactivité des réseaux; et, 4) assurer une connexion à des services globaux.

La modernisation des infrastructures est l'un des aspects les plus importants. Il existe au Canada un réseau de troisième génération, mais ce réseau n'a pas éliminé les fils de cuivre reliant la majorité des usagers aux compagnies de téléphone. De nouvelles technologies permettent d'accroître la capacité des réseaux de fil de cuivre à 2mbps et d'éviter que l'accès à l'internet interrompe les services de téléphonie, mais leur application est coûteuse puisqu'il faut remplacer les équipements et les filages. Une solution alternative a été développée par Nortel (le 1meg modem); moins rapide, cette solution est plus économique puisque qu'aucun nouvel équipement ou filage

n'est requis⁷⁴. Le câble coaxial permet un débit supérieur, 30mbps, mais les réseaux de câbles ne sont pas conçus pour le trafic bidirectionnel et la modification des réseaux pour la téléphonie vocale nécessite d'importants investissements⁷⁵. Avec l'acquisition de TCI, AT&T a opté pour ce type de réseau.

Les réseaux de fibres optiques et les réseaux satellitaires offrent des possibilités plus intéressantes; la capacité de la fibre optique peut atteindre 10gbps et elle permet une meilleure qualité de transmission. Plusieurs entreprises investissent dans ces réseaux. Au Canada, Bell Canada a acheté une partie du réseau de Fonorola, et Call-Net a acquis cette dernière principalement en raison de son important réseau de fibre optique.

Le développement des systèmes satellitaires mobiles permet des capacités de transmission à haut débit et l'intensification de la convergence des technologies. Bien que le développement des réseaux mobiles soit toujours en phase de démarrage, la commercialisation des Services de communications personnelles (SCP) constitue la première manifestation commerciale du déploiement de ces nouveaux réseaux⁷⁶. Ce

⁷⁴ En juin 1998, Nortel et Microsoft ont annoncé qu'ils commercialiseraient conjointement des applications grand public utilisant ce modem et des produits Microsoft, notamment le système d'exploitation Windows NT. Nortel utiliserait donc la plateforme Windows NT pour de nouvelles applications de téléphonie internet. Cette alliance couvre aussi une collaboration visant la mise en place de la technologie ADSL (ligne digitalisée).

⁷⁵ Les réseaux de câble co-axial peuvent être adaptés à la téléphonie vocale ou aux services internet. La première possibilité est bien développée au Royaume-Uni. L'offre de services internet en utilisant un câble-modem est plus développée en Amérique du Nord.

⁷⁶ Les réseaux satellitaires sont traditionnellement caractérisés par l'utilisation de systèmes géostationnaires. Au Canada, le réseau géostationnaire est contrôlé par Télésat, qui est maintenant une filiale à part entière de BCE. En 1995, les systèmes mobiles ont fait leur apparition.

nouveau marché de transmission par satellites est un terrain de bataille sur lequel on retrouve Iridium, Globalstar, ICO, Ellipso, Ecco, Orbcomm et Teledesic⁷⁷.

Bien que les entreprises nord-américaines n'aient généralement pas adopté des stratégies basées sur les réseaux satellitaires, nous insistons sur ces réseaux puisque BCE semble actuellement orienter sa stratégie dans cette direction. L'utilisation des réseaux satellitaires serait le moyen le plus efficace d'étendre la portée géographique de BCE tant au Canada qu'à l'étranger. Rappelons que BCE contrôle Télésat et TMI, qui possède un réseau de satellites mobiles, et qu'elle détient aussi une participation dans Téléglobe qui, elle-même, détient 50% de Orbcomm. De plus, BCE détient 48% d'Iridium Canada.

Un autre élément important de la modernisation des réseaux consiste à développer l'interactivité des réseaux. La commutation temporelle asynchrone (ATM) est une voie médiane entre la transmission analogique et numérique qui permet la transparence du réseau par rapport aux sources qui l'alimentent. En concurrence avec l'ATM, le protocole Internet (IP) permet à un groupe différencié de fournisseurs, notamment les serveurs internet, les compagnies de téléphones et de réseaux de données, d'utiliser le même langage pour véhiculer des images, des données, la voix, le vidéo, les pages

⁷⁷ Il faut distinguer trois segments distincts de systèmes mobiles “Low Earth Orbit” (LEO): les “Big LEO”, les LEO à large bande, et les “little LEO”. Dans la première catégorie, Iridium était la mieux placée. Crée par Motorola en 1993, elle est associée avec BCE et Microcell. Iridium doit maintenant disparaître en raison de difficultés financières. Odessey, qui avait été créée en 1994 par TRW et Téléglobe fut abandonnée en 1997 lorsque TRW a rejoint ICO, le troisième acteur dans ce marché derrière Iridium et Globalstar. Dans la deuxième catégorie, les réseaux LEO à large bande permettent de développer une infrastructure pour le système internet aussi performant que la fibre optique. Teledesic, créée par McCaw et Gates et appuyée par Boeing, est le joueur le plus important, d'autant que Motorola a maintenant rejoint ce projet. Viennent ensuite Skybridge, CyberStar et Spaceway. Skybridge comprend Spar Airspace, Alcatel, Mitsubishi et Aerospatiale. CyberStar est une filiale de Loral Space qui détient aussi Globalstar. Dans la dernière catégorie de systèmes mobiles, celle des “little LEO”, on retrouve Orbcomm qui fut créée en 1990 par Orbital Sciences, Téléglobe et une entreprise malaysienne.

“web”, et le courrier électronique sur les réseaux de fils de cuivre, de câbles, de fibre optique et de satellites⁷⁸. Depuis la privatisation du réseau internet aux États-Unis, il devient l’un des plus puissants vecteurs de la convergence des technologies et des services puisque les protocoles TCP/IP, contrairement aux autres protocoles, ne sont pas liés à des technologies d’infrastructures spécifiques. Les entreprises de télécommunications réorientent actuellement leurs stratégies vers l’internet qui serait le prochain dial-tone, le Web-tone⁷⁹.

L’internetisation des réseaux a largement profité aux entreprises américaines Cisco Systems, 3Com, Cabletron Systems et Bay Networks qui ont doublé leur chiffres d’affaires entre 1994 et 1996, de 4 à 9,5 milliards de dollars américains (OCDE, 1997c). De leur côté, obligés de reconnaître l’importance de l’internet, les équipementiers en matériel de télécommunications, comme Nortel et Lucent, ont récemment entrepris de développer leur présence sur ce marché. Elles ont fait, à cet effet, plusieurs acquisitions dans les domaines des équipements et de la technologie internet.

⁷⁸ Ainsi, l’internet n’est plus une “économie parasite”, elle est maintenant une véritable industrie qui transforme la géographie industrielle des technologies de l’information et des télécommunications (IDATE, 1999). Rappelons que l’internet fut développé dans les années 60 par le Département de la défense américain comme un réseau décentralisé qui pourrait survivre en cas de guerre nucléaire. Le National Science Foundation net (NSFnet) reliait des ordinateurs accessibles par le gouvernement et les institutions académiques. Les services étaient fournis par le Advanced Network and Services (ASN) qui avait été créé par MCI, IBM et Merit Networks. ANS a été vendu à America On-line en 1995 lorsque le contrat avec le NSF s’est terminé et que le gouvernement a abandonné sa partie du réseau aux entreprises privées. L’entreprise fut acquise par WorldCom. Voir Kim (1998) sur la commercialisation de l’internet.

⁷⁹ Il y a quelques années, le marché des télécommunications était caractérisé par la croissance des services sans fil qui représentaient 12% des revenus des télécommunications en 1996, mais maintenant, le segment à plus forte croissance se déplace maintenant vers les activités internationales et surtout, vers l’internet (OCDE, 1997c).

Le développement de nouvelles infrastructures et de nouveaux services motive 1) le rapprochement des entreprises de télécommunications avec des entreprises en informatique et dans les secteurs de contenu; 2) la modification des stratégies des équipementiers qui forment de nouvelles alliances et procèdent à de nombreux fusionnements; et, aussi 3) des rapprochements horizontaux entre les entreprises de télécommunications. Les développements technologiques ne font pas seulement disparaître les frontières industrielles, ce processus accentue aussi l'élimination des frontières nationales qui segmentent le marché des télécommunications. Les entreprises américaines sont certainement les plus avancées dans le processus d'internationalisation et la fourniture de services globaux.

Dans les années 80, à l'avant-garde du processus d'internationalisation, les RBOCs américaines se sont tournées vers les marchés étrangers pour contourner les contraintes qui leur ont été imposées sur le marché américain en vertu du MFJ (Mouline, 1996). De leur côté, AT&T, MCIWorldCom et Sprint sont présentes dans plusieurs pays du monde à travers les IDI et surtout, elles dirigent de grandes alliances pour la fourniture de services globaux. British Telecom, France Telecom et Deutsche Telekom sont aussi des acteurs internationaux importants qui se sont intégrés dans les consortiums globaux.

BCE n'est pas absente de la scène internationale; sa présence internationale repose principalement sur les activités internationales de Nortel, BCI, Télé-Direct, et de Téléglobe⁸⁰. En fait, en 1995, le degré d'internationalisation de BCE était supérieur à

⁸⁰ BCE fait partie des 100 plus importantes entreprises transnationales au monde et, en 1995, elle s'est classée au 61^{ème} rang au niveau des actifs à l'étranger et au 65^{ème} rang au niveau de l'index d'internationalisation (actifs étrangers/actif total) qui atteignait 44,4% (CNUCED, 1997). En comparaison, en terme d'actifs internationaux, AT&T prenait la 48^{ème} place et Cable&Wireless, dont BCE détient 14,2%, prenait la 55^{ème} place.

celui de GTE qui est en voie de devenir la troisième plus importante entreprise de télécommunications dans le monde avec la fusion annoncée avec Bell Atlantic. Ceci s'explique principalement par la taille restreinte du marché canadien et par l'important développement international de Nortel⁸¹.

La concentration sur le marché global des télécommunications passe aussi par la formation de grandes alliances stratégiques pour desservir les FMN qui ont été développées dans les années 90. En 1997, on retrouvait trois grandes alliances: WorldPartners, Concert, et Global One. World Partners a été créée en 1993 par AT&T, KDD et Singapore Telecom et elle fut rejointe par Unisource qui, depuis 1992, réunissait PTT (Suisse), Telia (Suède) et KPN (Pays-Bas)⁸². L'alliance Concert a été créée en 1993 par BT (80%) et MCI (20%)⁸³. De leur côté, France Telecom, Deutsche Telekom et Sprint ont créé Global One en 1996⁸⁴. Global One a maintenant été rachetée par France Telecom.

Le fusionnement de MCI et de WorldCom a modifié le jeu de ces alliances. En 1998, suite à ce fusionnement, MCIWorldCom est devenue l'une des entreprises les plus

⁸¹ Nortel se classait au 78ième rang en terme d'actifs internationaux, mais son index d'internationalisation de 78,4% lui donnait une douzième place (CNUCED, 1997).

⁸² Unisource et World Partners ont créé la filiale Uniworld, détenue à 60% par Unisource et à 40% par AT&T. Au sein de WorldPartners, la participation d'Unisource est de 20%, celle d'AT&T de 40%, celle de KDD de 24% et celle de Singapore Telecom représente 16%.

⁸³ MCI couvrait l'Amérique, et BT couvrait le reste du monde et les marchés locaux. En 1994, les partenaires de Concert incluaient Nippon Information, Norwegian Telecom, Tele Danemark et Telecom Finland. En 1995, les membres de Stentor ont signé un accord avec MCI leur donnant un droit exclusif de fournir les services de Concert sur le marché canadien. En 1997, Telefonica (Espagne) a aussi rejoint Concert après avoir fait partie de Global One jusqu'en 1995 et de WorldPartners jusqu'en 1997.

⁸⁴ Depuis 1994, FT et DT avaient mis sur pied l'alliance Atlas. Le développement des activités de FT et DT en Europe de l'est et en Asie, la participation de Telstra (Australie) et les activités de Sprint au Canada, aux États-Unis et au Mexique assurent une bonne couverture du marché mondial. Les liens entre FT et DT sont néanmoins remis en cause par le projet de fusion de DT et Telecom Italia annoncé en avril 1999.

importantes sur le marché internet, grâce à son réseau IP à large bande, ce qui a d'ailleurs fait l'objet de controverses lors des examens des autorités responsables de la concurrence. Cette fusion signifiait la fin du partenariat et l'abandon du projet de fusion entre MCI et BT, ce qui a déstabilisé l'alliance Concert. MCIWorldCom offre maintenant ses propres services, les services On-Net. Perdant son partenaire américain, BT a décidé de racheter la participation de MCI dans Concert. Les services Concert se sont ensuite retrouvés sous le contrôle d'AT&T et de BT qui ont, à leur tour, annoncé la création d'une société conjointe pour les services globaux⁸⁵. Enfin, le partenariat AT&T/BT a signifié l'abandon de WorldPartners par AT&T.

L'alliance Stentor qui, en vertu d'une entente avec MCI, fournissait les services Concert s'est, du coup, retrouvée dans une situation difficile. Elle a premièrement annoncé que le fusionnement MCIWorldCom ne remettait pas en cause les services Concert, mais cette situation ne pouvait pas persister. D'ailleurs, en mars 1999, Bell Nexxia, la nouvelle filiale nationale de Bell Canada/BCE a annoncé une nouvelle alliance avec MCIWorldCom pour la fourniture exclusive de services globaux au Canada. Pour les autres membres de Stentor, la situation demeure incertaine puisque les services Concert, du moins sur le marché américain, sont contrôlés par AT&T et que l'écroulement de Stentor ne permet pas d'envisager qu'ils pourront fournir les services On-Net de MCIWorldCom, du moins sans passer par le fournisseur exclusif de ces services au Canada qui est une filiale de Bell Canada. Le fusionnement MCIWorldCom/Sprint pourrait aussi forcer BCE à revoir sa stratégie.

⁸⁵ En intégrant les opérations et les réseaux internationaux des deux entreprises, incluant les services Concert et les services aux FMN, la nouvelle entité aura des revenus estimés à 10 milliards de dollars américains. L'alliance AT&T/BT investit dans un réseau "nouvelle génération" supporté par la technologie IP dans le but de se positionner comme leader dans le développement des services globaux à la FMN. En avril 1999, BT et AT&T ont annoncé qu'elles feront l'acquisition de 15% de participation de Japan Telecom, elles détiendront donc 30% de l'entreprise.

Les nouvelles stratégies concurrentielles des entreprises de télécommunications intensifient donc le processus de concentration du marché global des télécommunications. Voyons maintenant comment la nouvelle dynamique concurrentielle se traduit sur le marché canadien. canadien

B. Structure et dynamique concurrentielle sur le marché canadien

1. Structure

Le marché canadien des télécommunications ne représente que 2% du marché mondial des télécommunications⁸⁶. C'est un petit marché au nord du plus important marché des télécommunications au monde où se trouvent les plus grandes entreprises de télécommunications et, en raison de la déréglementation et de la libéralisation du marché canadien, le marché prend une dimension nord-américaine. En janvier 1998, 96% du marché des télécommunications était concurrentiel⁸⁷, et les entreprises de télécommunications peuvent désormais opérer dans le cadre plus large des TIT⁸⁸. En

⁸⁶ En 1996, le marché canadien des télécommunications était estimé à près de 20 milliards de dollars canadiens et les recettes d'exploitation des entreprises de télécommunications ont augmenté de 30,2% de 1990 à 1995 (Canada, 1998d).

⁸⁷ Le 4% restant correspondait aux services outremer de Téléglobe et des services de transmission par satellites fixes de Télésat.

⁸⁸ Industrie Canada (Canada, 1998d) regroupe les industries des télécommunications, de radiodiffusion et des services logiciels et informatiques dans une industrie intégrée; l'industrie des services des technologies de l'information et des télécommunications (TIT). L'industrie TIT comprend: 1) Fabrication TIT: matériel électronique grand public, équipement de communication et autres composantes électroniques, instruments, matériel informatique; et, 2) Services TIT: services logiciels et informatiques, télécommunications, radiodiffusion. Entre 1990 et 1995, la croissance des TIT a atteint plus de 35%, alors que la croissance de l'ensemble de l'économie canadienne fut de 7,7%. En 1996, les TIT représentaient 7,2% du produit intérieur brut et les recettes d'exploitation des entreprises TIT atteignaient 69,6 milliards de dollars canadiens. C'est aussi un secteur très important

contraste, dans les années 80, le marché canadien était limité aux membres de Telecom Canada, à la présence marginale du CNCP et à deux fournisseurs de services sans fil, et le cadre réglementaire segmentait les industries de télécommunications, de radiodiffusion et de l'informatique.

Les changements technologiques et réglementaires ont transformé le marché des télécommunications et favorisé l'émergence d'une dynamique concurrentielle qui se démarque radicalement de la logique monopolistique et réglementaire qui existait encore il y a quelques années. Toutefois, le marché est toujours dominé par les anciens monopoles qui ont d'ailleurs, jusqu'en 1998, fait front commun contre la concurrence. En 1996, les revenus d'exploitation de Stentor atteignaient 16 milliards de dollars canadiens dans un marché estimé à 19,7 milliards de dollars canadiens, et environ 8 milliards provenaient du marché local⁸⁹.

Malgré l'introduction de la concurrence au niveau des services interurbains, les membres de Stentor dominent le marché. Entre 1991 et 1995, la part de Stentor du marché canadien des télécommunications est passée de 89% à 79%; les concurrents sur le marché des interurbains ont augmenté leur part de 5 points, tout comme les fournisseurs de services sans fil (tableau XXI). Sur le marché des services interurbains qui était estimé à 8 milliards de dollars canadiens en 1996, la part de Stentor est passée de 83% à 69% entre 1993 et 1996. Les concurrents de Stentor

au niveau de la R&D puisqu'en 1996, les dépenses en R&D des TIT constituaient 37% des dépenses totales en R&D au Canada.

⁸⁹ À l'abri de la concurrence jusqu'en 1998, les recettes de Stentor sur le marché local ont augmenté de 3,5 milliards de dollars canadiens en 1984 à 7,5 milliards de dollars canadiens en 1996.

étaient AT&T Canada⁹⁰ et Sprint Canada⁹¹, ACCTel⁹² ainsi que Fonorola, un revendeur de services qui est devenu exploitant de réseau en 1995 grâce à une alliance avec le CN pour installer un réseau de fibre optique à large bande. En 1995, ils avaient une part de marché combinée de 8%. Le concurrent le plus important des entreprises Stentor sur le marché des interurbains était AT&T Canada dont les recettes atteignaient 925 millions de dollars canadiens en 1997.

⁹⁰ AT&T a acquis une participation de 20% dans Unitel qui était détenue par Rogers et le CNCP. Lorsque ces dernières se sont retirées d'Unitel, AT&T a augmenté sa participation à 33% tandis que la participation canadienne à l'entreprise fut assurée par trois grandes banques canadiennes.

⁹¹ Call-Net, société-mère de Sprint Canada, détient aussi 11% de Microcell sur le marché des SCP.

⁹² Il s'agit d'une multinationale qui opère aux États-Unis, au Royaume-Uni et au Canada dans la revente des services et qui est maintenant liée à AT&T en raison de l'acquisition de TCG par AT&T. TCG avait fait l'acquisition de ACC Corp.

Tableau XXI: Part de marché par types d'opérateurs, 1991 et 1995. (Recettes d'exploitation en milliards de dollars canadiens et en pourcentage des recettes totales)		
	1991	1995
Stentor (et compagnies indépendantes)*	14,2 (89%)	15,2 (79%)
Fournisseurs des services intercirconscriptions de recharge (incluant AT&T SI, Sprint, Fonorola, ACC Tel et plus de 400 revendeurs)	0,5 (3%)	1,6 (8%)
Fournisseurs de services sans fil	0,9 (6%)	2,1 (11%)
Fournisseurs de services outre-mer (Téléglobe)	0,3 (2%)	0,5 (2%)

*Note: * Stentor réunit Bell Canada, BCTel, TCI (Telus), Sakstel, MTS, MT&T, NBTel, NewTel, IslandTel, Télésat et deux membres associés (QuébecTel et Northwest Tel). En ce qui concerne les compagnies indépendantes, elles sont environ 50 et elles offrent des services locaux et autres. Les recettes de ces compagnies en 1995 étaient de 0,5 milliards.*

Source: Industrie Canada, TIT. (Canada, 1998d)

En 1996, le marché des services sans fil était estimé à 2,5 milliards de dollars canadiens. Mobilité Canada avait des recettes d'exploitation de 1,3 milliards de dollars canadiens (tableau XXII). Mobilité Canada regroupe des filiales des sociétés-mères des membres de Stentor pour la fourniture de services sans fil, et la filiale de BCE, Bell Mobilité, représente environ 75% des recettes de Mobilité Canada. La plus importante entreprise de services sans fil était toutefois Rogers Cantel Mobile Communications avec des recettes de 1,1 milliards de dollars canadiens en 1996⁹³. Depuis 1995, Clearnet et Microcell offrent de nouveaux services sans fil numériques, les SCP. Mobility Personacom Canada, relié à Mobilité Canada, et Rogers Cantel Mobile ont plus tard obtenu des licences pour déployer les SCP à condition qu'ils

⁹³ AT&T est aussi présente sur le marché du sans fil grâce à une alliance avec Rogers Cantel Mobile qui utilise la marque et la technologie d'AT&T.

fournissent à Clearnet et à Microcell les priviléges d'interconnexion ou de revente analogique⁹⁴.

Tableau XXII: Recettes, marché sans fil en 1996 (Chiffres d'affaires , en millions de dollars canadiens)	
<i>Entreprise</i>	<i>Recettes</i>
Mobilité Canada	1300
dont BCE Mobile	926
Rogers Cantel	1100
Clearnet	39
Microcell*	27,3
Glentel	61

* Les données sont pour l'année 1997.

Source: *Industrie Canada, TIT (Canada, 1998d)*

Les entreprises de radiodiffusion sont aussi actives dans le secteur des télécommunications. Il existe plus de 350 compagnies de câblodistribution au Canada, dont cinq sont largement dominantes (tableau XXIII). L'industrie “is in the midst of a period of consolidation and rationalization and it is anticipated that CATV companies will further develop interconnection arrangements to allow them to offer and expanded range of services across geographic markets” (OCDE, 1996d, p. 18).

⁹⁴ Il est maintenant question de modifier les restrictions provinciales sur le spectrum en vertu des règlements sur la radiodiffusion, ce qui aurait d'importantes répercussions sur le marché des SCP. Microcell et Rogers s'opposent à ce changement qui aurait comme effet de permettre aux entreprises de télécommunications de fournir ces services à l'échelle nationale et d'ouvrir la porte aux fusionnements sur le marché des SCP. BCE et BCT.Telus, l'entité issue de la fusion de Telus et de BCTel, pourraient s'intéresser à l'acquisition d'entreprise comme Clearnet qui possède une licence à l'échelle nationale.

<i>Entreprises</i>	<i>Recettes d'exploitation</i>
Rogers Communications	2,4
Le Groupe Vidéotron	0,8
Shaw Communications	0,58
WIC (Western International Communications)	0,48
Cogeco	0,2

Source: *Industrie Canada, TIT (Canada, 1998d)*

Rogers Communications est la plus importante entreprise de câble et elle a développé une forte présence sur le marché des télécommunications. Elle fut active sur le marché des interurbains avant de vendre sa participation dans Unitel à AT&T Canada, et elle détient maintenant une participation dans MetroNet, qui a acquis le réseau de Rogers Telecom en 1998. Elle conserve les services sans fil, incluant une licence de services SCP. De son côté, le Groupe Vidéotron a développé des services de télécommunications sur réseau de fibre optique, un service Internet et il détient une participation dans Microcell⁹⁵. En 2000, Rogers a annoncé l'acquisition de Vidéotron. Rogers et Shaw ont aussi annoncé qu'ils opéreraient de concert certaines de leurs activités, dont les services internet. Shaw Communications offre des services de radiodiffusion par câbles et par satellites ainsi que des services de

⁹⁵ Videotron Telecom s'appelle dorénavant Videotron Business Network. Videotron a installé un réseau de fibre optique entre Montréal et Québec. Mentionnons que Videotron a investi au Royaume-Uni; il s'est retiré en 1996 et Bell Cablemedia (BCE Inc.) a repris sa participation de 56% dans Videotron Holdings Plc. Le Groupe Videotron se recentre sur l'Amérique du Nord et il a fait l'acquisition de CFCF au printemps 1996.

télécommunications, dont un accès internet par câble. WIC et Cogeco ont aussi développé des services de télécommunications⁹⁶.

Les membres de Stentor font face à la concurrence d'AT&T Canada, de Call-Net (Sprint Canada), d'une multitude de revendeurs de services, et des entreprises de câble, mais ils ont toutefois conservé une forte présence sur les différents segments de marché. En 1997, trois de ses membres étaient des filiales des trois plus importantes entreprises de télécommunications au Canada, soit BCE, la société mère de Bell Canada, la Compagnie Anglo Canadienne de Téléphone (ACT Co.) qui possède BC Tel et Telus qui ont fusionné⁹⁷. Les membres de l'alliance Stentor étaient donc bien positionnés pour l'ouverture de la concurrence sur le marché local. Toutefois, depuis janvier 1998, les choses ont évolué rapidement, au point de faire éclater l'alliance.

Voyons ce qu'il en est.

⁹⁶ WIC, avec sa participation à CANCOM, développe des services de transmission par satellites, notamment des services internet et de données. WIC développe aussi des services de communications locales multipoint (SCML) qui permettent d'allier les services sans fil et une largeur de bande suffisante pour fournir des services multimédias. Cogeco tente aussi de développer sa présence sur le marché des télécommunications, notamment sur le marché de l'interurbain et de l'internet.

⁹⁷ La quatrième plus importante entreprise est la filiale de Rogers, Rogers Cantel Mobile Communications. Suivent ensuite AT&T, Call-Net et Téléglobe. Soulignons que dans le classement des 500 plus grandes entreprises pour l'année 1997, BCE se classait au deuxième rang avec des recettes de 33 milliards de dollars canadiens; elle prenait le premier rang du classement des bénéfices nets (1,4 milliards); en terme d'actifs, elle se classait troisième (40 milliards) (*The Financial Post*, 1998).

2. Dynamique concurrentielle sur le marché canadien⁹⁸

Stentor a toujours été marquée par une forte prédominance de Bell Canada, de Telus et de BCTel. En 1996, 81% des recettes de Stentor provenaient de ces trois plus importantes sociétés, elles-mêmes contrôlées, comme nous l'avons dit plus haut, par les trois plus importantes entreprises de télécommunications au Canada. Mais c'est surtout la domination de BCE au sein de l'alliance qui était remarquable; les recettes de Bell Canada représentaient environ 55% des recettes de Stentor, ce qui lui donnait un énorme pouvoir de négociation au sein de l'alliance. BCE avait un chiffre d'affaires de 33 milliards de dollars canadiens, alors que celui de la deuxième plus importante entreprise, ACT Co, n'était que de 3 milliards de dollars canadiens.

Le marché canadien n'était pas véritablement un marché national; il était segmenté par les frontières provinciales ou régionales, ce qui permettait à l'alliance Stentor de reposer sur une entente entre les monopoles régionaux de services de base. À partir du moment où la concurrence sur le marché local a autorisé les membres de l'alliance d'offrir leur services sur le territoire des autres membres, l'alliance est très rapidement devenue une contrainte à leur expansion. Comme l'ont clairement indiqué les négociations avec Call-Net et AT&T depuis 1997, Telus avait tenté de sortir de l'alliance à plusieurs reprises pour étendre ses activités à l'extérieur du marché de l'Alberta. Ce fut toutefois BCE qui a finalement provoqué la refonte de l'alliance

⁹⁸ Pour cette section, nous avons consulté les sites internet des entreprises, de la presse et des revues. Ils sont listés à la fin de la bibliographie.

lorsque Bell Canada a acquis une partie du réseau de Fonorola au printemps 1998⁹⁹. Cette acquisition procurait à Bell Canada une dimension potentielle pan-canadienne. Se retrouvant face à un puissant concurrent, Telus et BCTel ont décidé de fusionner en octobre 1998. La nouvelle entité devenait le concurrent le mieux placé face à BCE, d'autant qu'elle a un partenaire américain très important, GTE - voire deux, puisque GTE et Bell Atlantic ont annoncé un fusionnement en 1998¹⁰⁰. Les autres acteurs sur le marché des télécommunications ne sont pas restés passifs devant ces changements. Call-Net a acquis Fonorola, et AT&T s'est rapprochée de MetroNet qui, elle-même, avait acquis Rogers Telecom.

Désormais, il n'y a plus, d'un côté Stentor, et de l'autre, les autres entreprises.

L'affrontement sur le marché est entre, d'un côté, Bell Canada/BCE/Ameritech et, de l'autre, trois autres compagnies qui affichent leur propre prétention au contrôle du marché, soit: AT&T Canada, BCT.Telus et Call-Net (Sprint Canada). Il existe donc quatre pôles de concurrence sur le marché canadien (Angus, 1999) et chacun des pôles a des liens avec un ou plusieurs partenaires américains pour les services aux grandes entreprises et de l'accès à certains types de technologies, ce qui indique que le marché des télécommunications prend actuellement une dimension véritablement nord-américaine. Il demeure que le leader sur le marché reste BCE et que ses concurrents font face à une entreprise fortement intégrée qui détient une position dominante sur le marché canadien. Elle s'est rapprochée d'Ameritech qui sera, suite au fusionnement

⁹⁹ Stentor devait donc être repensée en fonction des ambitions de BCE et de leurs incidences sur le rapprochement entre Telus et BCTel. Stentor existe toujours, mais elle a été remaniée à l'automne 1998 pour donner plus de flexibilité à ses membres. À partir de janvier 1999, les membres de l'alliance collaborent avec le Groupe de gestion du Réseau Stentor dont le mandat a été redéfini, mais le Centre de ressources Stentor et le Centre Services Signature ont été réinsérés dans les compagnies membres.

éventuel avec SBC, la quatrième plus importante entreprise de télécommunications au monde. Voyons de plus près la stratégie de BCE.

3. BCE: position de marché et orientation stratégique

Contrairement à AT&T sur le marché américain, BCE a pu conserver son monopole sur les services interurbains jusqu'en 1992, et sur les services locaux de base jusqu'en 1998, tout en développant ses activités sur les segments concurrentiels. Elle a aussi maintenu des liens avec les activités de fabrication de Nortel qui a pris un essor remarquable, et elle a étendu son emprise sur les services outremer et sur les services satellitaires fixes grâce à Téléglobe et Télésat. BCE est certainement l'entreprise la mieux placée au Canada pour offrir une gamme complète de services à l'échelle canadienne, et elle cherche maintenant à accroître sa présence sur les marchés internationaux, plus particulièrement aux États-Unis.

L'une des caractéristiques principales de BCE est son degré d'intégration verticale et la diversification de ses activités. Elle fournit des services sur fil par le biais de Bell Canada et de six autres compagnies de téléphone régionales canadiennes¹⁰¹, de Téléglobe pour les services internationaux, et de Cable & Wireless Communications au Royaume-Uni. Bell Canada détient une participation majoritaire dans Medialynx Interactif, un consortium multimédia créé par Stentor qui fournit les services

¹⁰⁰ GTE conserve une participation de 26% de BCT.Telus. GTE détenait 51% de BCTel et de Québec Téléphone. Cette exception au niveau de la participation d'une entreprise étrangère est justifiée par le fait que GTE détenait cette participation avant 1987.

¹⁰¹ BCE détient: 34,8% de MT&T qui détient 52% de Island Tel; 44,9% de Bruncor qui contrôle NBTEL; 55,5% de New Tel; 100% de NorthwesTel, de Téléphone du Nord et Télébec; 20% de Téléglobe et 14% de Cable&Wireless. En 1999, Bell Canada se prépare à faire l'acquisition de 20% de MTS au Manitoba et à se rapprocher de SaskTel.

Sympatico. BCE détient aussi une participation de 66% dans BCE Emergis et 45% de CGI pour les services à la grande entreprise et l'intégration des systèmes.

Sur le segment des services sans fil, la présence de BCE est assurée par BCE Mobile, qui détient Bell Mobilité et 48% d'Iridium Canada, et par Bell Canada International sur les marchés internationaux. En 1998, BCE a aussi renforcé sa présence dans les communications satellitaires en faisant l'acquisition de la totalité de Télésat et, par ailleurs, TMI Communications procure à BCE une capacité de transmission par satellites mobiles (MSAT). En outre, BCE détient une participation importante dans Nortel Telecom¹⁰², sa filiale ExpressVu offre des services de RDS, et elle offre aussi un service de SCP. Au niveau des services globaux, Bell Canada était un partenaire de MCI en vertu de l'alliance entre MCI et Stentor pour la fourniture des services Concert; elle a maintenant sa propre alliance avec MCIWorldCom depuis mars 1999. Soulignons aussi qu'en 1997, 58% des revenus de BCE provenaient de l'étranger; les activités internationales de BCE étaient centrées sur Nortel, BCI¹⁰³, Cable & Wireless (14%), Jones Intercable (30,3%)¹⁰⁴, et Télé-Direct International.

La stratégie de BCE, depuis 1998, vise à couvrir l'ensemble du marché canadien, développer un réseau IP à large bande, les services satellitaires, l'intégration des systèmes et le commerce électronique. Anticipant la concurrence sur le marché local, Bell Canada a opté pour la création d'une nouvelle entreprise de dimension nationale, ce qui a eu pour effet de remettre en cause l'alliance Stentor et son réseau en mode de

¹⁰² BCE a toutefois décidé de laisser Nortel volé de ses propres ailes et, parallèlement, elle a pris le contrôle de Téléglobe pour 9 milliards de dollars canadiens.

¹⁰³ Comcel (50,1%) en Colombie, Americel (19%), Canbras (31,3%) et Telem (25%) au Brésil, Tata Communications (39%) en Inde, Yantai Bell (40,8%) et Shandong Bell (39,8%) en Chine, KG Telecom (10%) à Taïwan et Astel (1%) au Japon.

transfert asynchrone (ATM). Suite à l'acquisition de 25% du réseau de fibre optique de Fonorola entre Toronto et la côte Ouest¹⁰⁵, Bell Canada a investi dans un nouveau réseau IP à large bande qui devait être exploité par sa nouvelle compagnie nationale, Bell Nexxia. Dans cette initiative, BCE a bénéficié de la participation de Bell au consortium qui a développé le CA*net 3 et de l'expansion du réseau de fibre optique appartenant à Bell Canada. Présentée comme la réponse de Bell Canada à la mondialisation des marchés, Bell Nexxia vise à offrir une gamme complète de services sur un nouveau réseau à large bande.

Avec Bell Nexxia, BCE orientait sa stratégie sur les segments en forte croissance, notamment ceux de l'intégration des systèmes et du commerce électronique. Dans cette perspective, en 1998, elle a fait l'acquisition d'une importante participation dans CGI¹⁰⁶. Simultanément, Bell Canada fusionnait sa division Solutions d'affaires électroniques (SAE) de Bell Emergis avec MPACT Immedia, leader mondial du commerce électronique. Depuis, MPACT Immedia a intégré BCE Emergis qui se prépare à faire des acquisitions aux États-Unis¹⁰⁷.

¹⁰⁴ La participation de BCE dans ces deux dernières entreprises a porté sur le développement de services qui intègrent la câblodistribution et la téléphonie.

¹⁰⁵ Cet achat a aussi mis un terme aux spéculations que BCE allait faire l'acquisition de Telus et de BCTel.

¹⁰⁶ Suite à ces transactions, BCE et Bell détiennent 43% du capital-actions de CGI avec la possibilité d'accroître cette participation à 56 % au cours des huit prochaines années. En mars 1999, BCE a augmenté sa participation dans CGI et elle annonçait un contrat de 10 ans avec CGI pour la gestion des services informatisés de Bell Mobilité. Par ailleurs, en avril 1999, CGI a annoncé qu'elle ferait plusieurs acquisitions sur le marché américain, dont celle de la division DRT Systems International de Deloitte Consulting, et peut-être celle de la division informatique de SBC et d'Ameritech. Ceci faisait suite à l'annonce de l'acquisition de 20% de Bell Canada par Ameritech.

¹⁰⁷ Parallèlement à ces transactions, Bell Canada, Nortel et d'autres partenaires avaient annoncé leur projet d'essai de fourniture de services interactifs et des services d'accès à haut débit dans la région d'Ottawa.

Bell Nexxia développe d'importants liens avec des entreprises américaines. Elle a annoncée son alliance avec MCIWorldCom pour la fourniture exclusive de services globaux au Canada. Avec Bell Nexxia, BCE espère s'imposer sur le marché canadien et devenir un passage obligé pour les membres de Stentor et les fournisseurs de services internet (FSI). D'ailleurs, en 1999, elle a conclu une alliance avec le Conseil des télécommunications des provinces atlantiques qui réunit les compagnies de télécommunications des provinces maritimes qui font partie de Stentor. Elle a acquis 20% de MTS (qui est aussi un membre de Stentor), ce qui lui donne un point d'entrée dans l'ouest canadien; elle a d'ailleurs annoncé la création d'une société conjointe avec MTS pour entrer en Alberta et en Colombie-Britannique.

Cette stratégie a d'ailleurs fait l'objet de plaintes des fournisseurs de services internet (FSI) relativement à la tarification de Bell. Toutefois, en mars 1999, AOL Canada s'est engagé à acheter un accès haut débit de Bell pour 25 dollars canadiens par mois par abonné, soit environ 5 dollars de moins que l'offre précédente de Bell aux FSI, et 10\$ de plus que le prix considéré raisonnable par ces derniers. BCE a ensuite suggéré qu'elle pourrait faire l'acquisition d'une participation minoritaire dans une entreprise américaine, comme AOL, en vue de face à la concurrence des services AtHome offerts par les entreprises de câbles et d'améliorer les services Sympatico¹⁰⁸.

Si BCE a bénéficié de sa position dominante au sein du consortium qui a déployé le réseau de troisième génération, elle a surtout été avantageée par ses liens privilégiés

¹⁰⁸ Un rapprochement avec AOL augmenterait la clientèle des services IP large bande de BCE estimée à 10 000 abonnés et il permettrait d'améliorer le contenu des services Sympatico et de MediaLynx qui rejoignent 500 000 abonnés et de développer le commerce électronique. En outre, il améliorerait la position de BCE vis-à-vis des services At Home de Rogers Communications et Shaw Communications qui bénéficient de la vitesse de transmission par câble et qui comptent 150 000 abonnés (le réseau IP à large bande et le nouveau modem de Nortel ont néanmoins permis de réduire l'avantage des réseaux câblés).

avec Nortel qui, en 1997, occupait la cinquième place sur le marché des équipements de télécommunications (tableau XXIV). Nortel, devenu Nortel Networks Corporation pour symboliser sa nouvelle orientation vers les réseaux IP, a fourni les infrastructures de réseaux à grande vitesse au Canada et aux États-Unis.

Tableau XXIV: Les équipementiers de télécommunications en 1997 (Chiffres d'affaires, en milliards de dollars américains et croissance annuelle en pourcentage)			
		<i>Chiffre d'affaires (équipements)</i>	<i>Croissance 96/97 (%)</i>
1	Lucent Technologies (E-U)	23	11,9
2	Ericsson (Suède)	22	39,1
3	Motorola (E-U)	18,7	5,8
4	Alcatel Telecom (France)	17,2	18,3
5	Nortel (Canada)	15,4	20,2
6	Siemens (Allemagne)	14,8	25,5
7	NEC (Japon)	13,8	1,8
8	Nokia (Finlande)	8,7	32,9
9	Fujitsu (Japon)	7	1,9
Cisco Systems (E-U)		6,4	57,2
(...)			
3Com (E-U)		3,1	35,3
(...)			
Bay Networks (E-U)		2,1	1,8

Source: IDATE (1998)

La convergence des technologies et l'importance croissante de l'internet a remis en cause les stratégies des équipementiers de télécommunications qui se retrouvaient en concurrence avec des entreprises comme Cisco Systems, 3Com, BayNetworks, et Cabletron Systems, quatre entreprises américaines qui dominent la fabrication d'équipements internet. Pour orienter sa stratégie sur le "Webtone", Nortel a procédé

à une restructuration majeure de ses activités. Elle a fait plusieurs acquisitions d'entreprises de technologie de l'information. L'acquisition de Bay Networks, l'un des leader dans le secteur des réseaux de données, était la quatrième acquisition de Nortel depuis janvier 1998¹⁰⁹. D'une valeur de 9,1 milliards de dollars canadiens, cette transaction marquait le début d'une nouvelle étape de la concentration de l'industrie mondiale de fabrication d'équipements de télécommunications¹¹⁰. Par ailleurs, en 1999, Nortel Networks a annoncé une alliance avec Hewlett-Packard, Intel et Microsoft pour fournir une infrastructure de réseaux, des systèmes d'exploitation et des logiciels, des ordinateurs et microprocesseurs qui supportent l'intégration de la voix, des données et de la vidéo.

BCE a appuyé les acquisitions de Nortel, dont celle de Bay Networks qui a réduit sa participation majoritaire (51,1%) dans Nortel à 41%. Conservant des liens privilégiés avec Nortel, des liens d'autant plus puissants que Nortel bénéficie d'un allié qui domine le marché canadien et qui contrôle une bonne portion des infrastructures de

¹⁰⁹ En juin 1998, Nortel a acquis une participation de 19% de Plaintiffree Systems, une entreprise spécialisée dans les commutateurs haute vitesse pour réseaux locaux. En avril 1998, elle a acquis Aptis Communications qui fabrique des équipements d'accès pour réseaux de données et en janvier 1998, elle avait fait l'acquisition de Broadband Network qui fabrique des équipements de transmission de données large bande et d'accès sans fil. Mentionnons que Bay Network avait aussi fait des acquisitions, dont celle de Netwave Technologies (réseaux locaux sans fil) en juin 1998 et celle de Oak Communications (accès extranet). Voir IDATE (1998).

¹¹⁰ Depuis le début de 1998, plus d'une vingtaine d'acquisitions ont été annoncées sur le marché mondial des équipements de télécommunications, et environ 75% de ces transactions impliquent des entreprises dans les secteurs de transmissions de données et de l'internet (IDATE, 1999). Lucent, le leader mondial des équipementiers a aussi multiplié les acquisitions et, en février 1999, elle a annoncé l'acquisition de Ascend, une transaction de 20 milliards de dollars américains. En 1998, Lucent a acquis SDX Business Systems, TKM Communications et HP's LMDS division. Cisco Systems et 3Com cherchent des alliés tandis qu'Alcatel et Siemens, elles aussi, embarquent dans le mouvement de convergence. En 2000, Alcatel a annoncé l'acquisition de Newbridge pour 7 milliards de dollars américains.

réseaux¹¹¹, BCE trouve un fournisseur d'équipements en mesure de supporter le développement de son réseau IP à large bande et de tenir le coup devant les autres fabricants d'équipements. Aussi, le désengagement récent de BCE dans Nortel en faveur d'une participation accrue dans Téléglobe ne remet pas en cause les puissants liens entre les deux entreprises.

En 1998, BCE avait appuyé l'acquisition d'Excel par Téléglobe. Cette opération réduisait sa participation dans Téléglobe de 25% à 16%, mais la stratégie de diversification et d'accroissement de la clientèle de Téléglobe fut jugée souhaitable. Elle a accru la présence de Téléglobe sur l'axe canado-américain, ce qui est conforme à la stratégie de BCE qui s'oriente sur l'intensification de sa présence aux États-Unis et sur le renforcement de ses liens avec des entreprises américaines. Téléglobe devenait toutefois un concurrent potentiel de BCE sur plusieurs segments de marché: les services internationaux, interurbains, locaux, les services mobiles¹¹² et les services multimédia avec sa filiale Téléglobe Multimédia. En novembre 1998, BCE a exercé son droit d'augmenter sa participation dans Téléglobe à 20%. L'entente entre Téléglobe et Stentor sur la prestation réciproque de services de télécommunications engageait Stentor à utiliser le réseau de Téléglobe pour l'acheminement d'une partie de son trafic international jusqu'en 2000 alors que Téléglobe s'engageait à ne pas entrer sur le marché de Stentor¹¹³. En 2000, BCE a annoncé l'acquisition de Téléglobe.

¹¹¹ En mars 1999, Nortel Networks et Intel ont d'ailleurs conclu une entente avec MCIWorldCom pour fournir les équipements nécessaires aux services globaux, ce qui coïncidait avec l'annonce de l'entente entre Bell Nexxia et MCIWorldCom pour la fourniture des services On-Net au Canada.

¹¹² Elle a une participation de 35% dans ORBCOMM, premier système à satellites LEO de transmission de données mis en service à des fins commerciales. ORBCOMM est une société conjointe de Orbital Sciences Corporation, Teleglobe Inc. Canada et Technology Resources Industries (Malaisie).

¹¹³ Les deux parties ont aussi prévu de commercialiser conjointement le service Canada Direct jusqu'en 2002.

La stratégie de BCE mise aussi de plus en plus sur des liens étrangers. Bell Canada a créé une société conjointe avec Excell, une entreprise américaine de services de téléphonistes et d'assistance technique, pour la fourniture de services à l'échelle nord-américaine. Nous avons déjà mentionné l'entente conclue avec MCIWorldCom pour les services globaux bien qu'elle soit incertaine en raison du fusionnement MCIWorldCom/Sprint qui a été annoncé en 2000. Déjà, en 1999, quelques jours après l'annonce du fusionnement AT&T/MetroNet, la stratégie de BCE avait véritablement pris une dimension nord-américaine lorsqu'elle a annoncé que l'entreprise américaine Ameritech allait faire l'acquisition de 20% de Bell Canada¹¹⁴. Bell Canada trouvait ainsi un allié puissant - voire deux, puisqu'Ameritech doit fusionner avec SBC, une opération de plus de 60 milliards de dollars américains qui a été autorisée par le Département de la Justice¹¹⁵. La transaction de 5,1 milliards de dollars canadiens avec Ameritech permettra à BCE, outre de prendre une dimension globale, d'investir dans les secteurs à forte croissance comme le commerce électronique, les services satellitaires et l'intégration des systèmes.

¹¹⁴ Ameritech détient déjà 10% de Telmex au Mexique, et elle est le plus important investisseur étranger sur le marché européen; cependant, elle n'était pas présente au Canada.

¹¹⁵ Le Département de la Justice a autorisé la fusion en mars 1999. Les entreprises doivent toutefois se départir des opérations de téléphonie cellulaire qui se chevauchent sur 17 marchés aux États-Unis.

En vue de ce rapprochement, BCE avait restructuré ses activités en cinq unités distinctes: 1) les services de communications; 2) les solutions d'affaires; 3) le groupe médias; 4) la technologie des réseaux; et, 5) les activités internationales¹¹⁶. La transaction Ameritech/Bell Canada concerne la première unité qui comprend Bell Canada, incluant Bell Nexxia et Bell ActiMedia (anciennement Télé-Direct)¹¹⁷, ainsi que Bell Mobilité. Avec la transaction, cette unité comprendra Téléglobe et les compagnies régionales liées à BCE. La transaction entre Bell Canada et Ameritech implique donc que Bell Canada fera l'acquisition de la participation de BCE dans BCE Mobile, Téléglobe et dans six compagnies régionales. Parallèlement, Bell Canada transférera à BCE sa participation dans Bell Emergis, CGI et Télésat.

BCE fait figure de “champion national” sur le marché canadien des télécommunications. Elle possède aussi une caractéristique particulière en Amérique du Nord en tant que la seule entreprise de télécommunications complètement intégrée. Elle étend sa présence de la téléphonie, aux services satellitaires, à la télédiffusion, au commerce électronique, aux technologies et à la gestion de réseaux de l'information. Certes, BCE fait face à une concurrence accrue, mais elle conserve une position de force sur le marché canadien, et elle a acquis un nouvel espace de liberté. Voyons sommairement les stratégies des concurrents de BCE.

¹¹⁶ La deuxième unité, les solutions d'affaires, qui implique BCE Emergis et CGI, vise le développement des services sur le réseau IP à large bande, dont le commerce électronique et l'intégration des systèmes. La troisième unité a donné naissance à une nouvelle filiale, BCE Media, qui couvre les réseaux satellitaires, les activités de télédiffusion et multimédia. Elle comprend aussi Télésat et TMI Communications, Bell ExpressVu, les services aux gens d'affaires, dont les services d'Iridium et les services de télévision corporative, ainsi qu'un projet de programmation internationale. La quatrième unité, celle de la technologie des réseaux, implique Nortel Networks. La cinquième unité couvre les activités internationales de BCE; elle implique notamment BCI.

¹¹⁷ Cette nouvelle appellation reflète la nouvelle orientation de Télé-Direct vers les services d'annuaires sur le Web. Il est question de fournir des services reliés au commerce électronique, ce qui est complémentaire aux activités de BCE Emergis.

4. La concurrence: BCT.Telus, AT&T et Call-Net

L'alliance Stentor était devenue un carcan pour ses membres. Elle est maintenant divisée en deux pôles. BCE détient une participation dans plusieurs compagnies régionales, notamment dans les quatre compagnies de l'est canadien qui ont annoncé leur fusion en mars 1999¹¹⁸ et dans MTS, ce qui lui donne une porte d'entrée dans l'ouest du Canada. Il ne restait donc que BCTel et Telus qui n'étaient pas liés à BCE. Telus avait tenté à plusieurs reprises de sortir du territoire de la province de l'Alberta et du carcan de Stentor mais les négociations avec Call-Net et AT&T n'ont pas abouti¹¹⁹. Finalement, en octobre 1998, Telus a opté pour un rapprochement avec BCTel. La nouvelle entreprise, BCT.Telus, a aussi un partenaire de taille puisque GTE détient 26% de la nouvelle entreprise en raison de ses liens avec la société mère de BCTel.

Call-Net et AT&T ne sont pas restées immobiles. Quatre mois avant l'annonce de la fusion BCT.Telus, en juin 1998, Call-Net, la société-mère de Sprint Canada, avait acquis Fonorola. Avec le réseau à large bande de Fonorola, elle se positionnait sur le marché des grandes entreprises pour compléter ses services aux PME¹²⁰. Cette transaction a aussi permis à Call-Net, qui est liée à Sprint USA, de consolider sa

¹¹⁸ Rappelons que BCE détient 44,8% de Bruncor, 56% de NewTel, 34,4% de MT&T et 52% de Island Tel.

¹¹⁹ L'intérêt de négocier avec une entreprise comme AT&T était, outre son importante clientèle au Canada, que la part des banques canadiennes que devait acquérir Telus contrôle le réseau exclusif de fibre optique et de micro-ondes d'AT&T Canada. L'intérêt était d'autant plus important qu'AT&T a pris le contrôle d'ACC Tel, le premier revendeur de services interurbains, en faisant l'acquisition de TCG qui avait, elle-même, acquis ACC Corp en décembre 1997. Telus avait aussi porté son intérêt sur MetroNet et Rogers Telecom. En mai 1998, MetroNet a pris le contrôle de Rogers Telecom pour une somme d'un milliard de dollars canadiens, Telus pouvait faire d'une pierre deux coups mais son choix s'est orienté vers une fusion avec BCTel. MetroNet a été créée en 1995 dans l'ouest canadien et elle est devenue la plus importante entreprise de services locaux concurrentiels d'envergure nationale.

¹²⁰ L'acquisition portera la part du marché des interurbains de Sprint d'environ 11% à 16%. Les recettes de Call-Net atteignaient 1,2 milliards de dollars canadiens en 1998.

présence à l'échelle nord-américaine puisque fONOROLA avait étendu ses activités dans les plus grandes villes américaines. Cette acquisition répondait à la stratégie d'expansion de Téléglobe, qui, en anticipant la concurrence, a consolidé sa présence aux États-Unis avec l'acquisition d'Excel¹²¹.

En mars 1999, AT&T a mis en oeuvre sa nouvelle stratégie en annonçant un fusionnement avec MetroNet, une opération de 5 milliards de dollars canadiens. La nouvelle entreprise, AT&T Canada, dont AT&T détiendra une part de 31%, a des revenus combinés de 1,4 milliards de dollars canadiens en 1998. Les actionnaires de MetroNet détiendront 69% de la nouvelle entreprise, ce qui inclut notamment une participation de 18% de Rogers Communications en raison de l'acquisition de Rogers Telecom par MetroNet¹²². Il était aussi question qu'AT&T fasse l'acquisition de Rogers Cantel bien que ces rumeurs furent niées par Rogers. AT&T et BT ont annoncé l'acquisition de 33% de Cantel en août 1999. Il n'est pas exclu qu'AT&T, dont la stratégie aux États-Unis s'est orientée vers les entreprises de câbles, s'intéresse à l'acquisition de Rogers Communications qui a, de son côté, annoncé l'acquisition de Vidéotron.

5. Conclusion

La concurrence sur le marché local entraîne un mouvement de consolidation et la modification de la balance du pouvoir sur le marché canadien à travers d'importants

¹²¹ En septembre 1998, la FCC a approuvé la transaction. La demande a bénéficié d'un traitement simplifié, une procédure que la FCC réserve aux opérations présumées conformes à l'intérêt public.

¹²² ACC Tel Entreprises est aussi incluse dans la nouvelle entité. Soulignons qu'AT&T a mentionné que la transaction aura lieu après que les règles sur la propriété étrangère seront clarifiées.

fusionnements (tableau XXV). Quatre pôles se développent pour une offre pan-canadienne - voire nord-américaine - de services groupés allant de la téléphonie aux solutions d'affaires sur réseau IP à large bande: Bell Canada/BCE, BCT.Telus, AT&T et Call-Net. Les quatre entreprises ont des partenaires américains qui sont respectivement MCIWorldCom/Ameritech, GTE, AT&T et Call-Net/Sprint. Avec l'annonce que l'acquisition de Sprint par MCIWorldCom, la position de Call-Net est toutefois remise en cause, comme l'alliance MCIWorldCom/BCE pour les services globaux.

Tableau XXV: Méga-fusionnements sur le marché canadien des télécommunications depuis 1998* (Entreprises, valeur des opérations en milliards de dollars canadiens)		
	<i>Entreprises</i>	<i>Valeur</i>
2000	BCE/Téléglobe	9
2000	Rogers/Videotron	5
Mars 99	Ameritech/Bell Canada	5,1
Mars 99	Bruncor/MT&T/Island Tel/New Tel	3,0
Mars 99	AT&T/MetroNet	4,9
Octobre 98	Telus/BCTel	10
Juin 98	Call-Net/Fonorola	1,8
Juin 98	Téléglobe/Excel	3,5
Juin 98	Nortel/Bay Networks	9
Mai 98	MetroNet/Rogers Telecom	1

* Valeur supérieure à 1 milliard de dollars canadiens.

Sources: Diverses (presse canadienne et communiqués des entreprises).

La presse canadienne a aussi fait mention d'un éventuel rapprochement entre BCT.Telus et Call-Net ou de l'acquisition éventuelle du réseau de fibre optique de Ledcor par BCT.Telus, ce qui permettrait à l'entreprise de sortir de l'ouest canadien (Angus, 1999). Il est aussi possible qu'AT&T tente de se rapprocher de BCT.Telus

mais son rapprochement avec Rogers/Videotron est plus probable. Clearnet est aussi une cible potentielle de BCT.Telus et de BCE; l'entreprise pourrait vendre la partie ouest de son réseau à BCE, et la partie est à BCT.Telus.

Les fusionnements et les alliances portent sur l'extension géographique et sur le développement de services sur réseau IP à large bande; deux tendances qui se renforcent mutuellement. La dimension nord-américaine du marché des télécommunications est de plus en plus réelle; la transaction Ameritech/Bell Canada a d'ailleurs soulevé des inquiétudes relativement à la propriété canadienne dans le secteur des TIT. Le ministre Manley a souligné que les restrictions à la propriété étrangère des entreprises de télécommunications seraient maintenues, mais que le Canada pourrait considérer certains changements dans le cadre des négociations de l'OMC. Il a reconnu que les acquisitions allaient dans les deux sens en faisant allusion à l'acquisition de Bay Networks par Nortel et à celle d'Excel par Téléglobe. Les entreprises canadiennes s'appuient de plus en plus sur les investissements étrangers et les partenariats avec des firmes étrangères dans leurs stratégies concurrentielles, mais elles multiplient, elles aussi, leurs acquisitions à l'étranger. De tels développements signifient que le gouvernement et les organismes, tels que le CRTC ou le Bureau de la concurrence, ne peuvent plus appréhender la dynamique concurrentielle dans le cadre du marché national et que les entreprises américaines vont certainement accroître leur influence - voire leur contrôle - des télécommunications canadiennes.

La concentration sur le marché canadien n'est ainsi plus un critère déterminant dans la mesure où le marché déborde des frontières nationales. Par ailleurs, le pari que semble faire le gouvernement est que la concentration des télécommunications entraînera des gains en efficacité et stimulera le développement technologique, pour permettre

l'essor de l'économie de l'information. Les promesses de développement technologique et la “vitalité” de la concurrence internationale peuvent toutefois être compromises si les stratégies des entreprises sont utilisées de façon anticoncurrentielle, ce qui n'est pas un scénario improbable.

L'alignement des cadres réglementaires nationaux sur le modèle américain signifie le Canada peut difficilement continuer à poursuivre des objectifs nationaux, comme celui de sauvegarder “la trame sociale et économique du Canada et de ses régions” (Canada, 1997b, p. 17). Du moins, ces objectifs devront être recherchés à l'intérieur d'un nouveau cadre de référence, celui de l'infrastructure mondiale de l'information et d'une société mondiale de l'information. Ce nouveau cadre est difficile à saisir, ce qui rend l'analyse de ses impacts fort problématique. Un document de travail d'Industrie Canada (Canada, 1997a) sur les concepts et les indicateurs de la nouvelle économie du savoir a indiqué qu'en 1995, le secteur des TIC contribuait à 6,8% du produit intérieur brut du Canada et que les dépenses en R&D de ce secteur représentaient 36,1% des dépenses totales de R&D du secteur privé. Il indiquait aussi qu'il employait plus de 400 000 personnes; l'emploi dans le secteur aurait augmenté de 11,2% de 1990 à 1995. En 1996, 7 800 nouveaux emplois ont été créés dans les TIT, mais on constate que dans le secteur des télécommunications, l'emploi a chuté de 10,9% par rapport à 1996; c'est surtout dans le secteur des services logiciels et informatiques que les emplois sont créés, ils ont augmenté de 11,3% en 1996 (Canada, 1998d).

Les données spécifiques sur les services, les produits et le contenu offerts par l'économie de l'information n'existent pas¹²³ et les différences internationales en

¹²³ Les États-Unis, le Canada et le Mexique ont défini le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN) pour cerner l'industrie de l'information. Il fut adopté en 1997. C'est le premier pas vers la collecte des statistiques, mais elles sont encore limitées.

matière de méthode de quantification limitent la possibilité de faire des comparaisons internationales (Canada, 1997a). Il n'existe pas de données permettant de connaître le degré de pénétration de la technologie, la vitesse de sa diffusion et ses répercussions sociales et économiques. On ne possède encore moins de données qui dépassent le cadre de la comptabilité nationale, notamment en ce qui concerne la concentration industrielle, l'accès au services, au développement technologique ou au contenu. Dans ce contexte, il est difficile d'évaluer la politique gouvernementale et l'impact des stratégies des entreprises. Force est de constater, cependant, que le retard dans l'élaboration des instruments de quantification et d'analyse des TIC n'a pas empêché l'adoption de politiques qui font reposer le développement de l'économie de l'information sur le secteur privé en supposant l'efficacité de l'autorégulation du marché.

Chose certaine, les grandes manoeuvres des entreprises de télécommunications canadiennes visent le contrôle des nouveaux marchés et des nouveaux réseaux. En supportant ces manoeuvres, le gouvernement mise sur la compatibilité des intérêts corporatifs et des intérêts de la nation. Les entreprises pourront probablement, du moins c'est leur objectif, répondre aux besoins des grands utilisateurs, mais il n'est pas certain que les objectifs plus traditionnels de la politique canadienne en matière de télécommunications et de contenu puissent être atteints. Reste à savoir si une concurrence durable et effective sera préservée et que les États s'entendent sur les critères de définition d'une concurrence loyale. Le problème est que la politique de la concurrence subordonne le contrôle des pratiques restrictives à des objectifs d'efficacité et de compétitivité des entreprises et de l'économie canadiennes. C'est le sujet de la prochaine section.

C. Rôle et application de la politique de concurrence

Progressivement, le Bureau devient l'organisme principal de surveillance des conditions de la concurrence et des pratiques des entreprises sur le marché des télécommunications. Le Bureau et le CRTC doivent définir leurs rôles respectifs et coordonner leurs actions; l'un devant faire respecter la politique sur la concurrence, une politique qui en principe doit s'appliquer à tout secteur d'activité économique, l'autre a pour mandat de faire respecter les lois sur les télécommunications et sur la radiodiffusion et de veiller, en conséquence, au bon fonctionnement du marché dans l'intérêt du consommateur canadien et l'intérêt du Canada en général. En réalité, les caractéristiques de l'industrie, et tout particulièrement le fait que sa structure découle en grande partie de la réglementation antérieure, posent d'importants défis au Bureau. En ce qui concerne les conditions d'accès et d'interconnexion, le Directeur du Bureau de la concurrence a signifié que le Bureau et le Tribunal ne sont pas en mesure d'aborder les enjeux de l'accès et de l'interconnexion découlant d'ententes commerciales préexistantes dans les secteurs des télécommunications et de la radiodiffusion. Pour cette raison, l'accès et l'interconnexion, en principe, demeurent la principale cible de la réglementation du CRTC (Finckenstein, 1998b)¹²⁴.

Jusqu'à maintenant, l'application la politique de la concurrence a été limitée; le Bureau n'a pas considéré que l'application de la loi était justifiée. Les changements technologiques et réglementaires ainsi que l'émergence d'un marché mondial des télécommunications ont été des éléments très importants dans les examens entrepris par le Bureau. Ce dernier a plutôt fondé son action au niveau de la transformation du

¹²⁴ Le secteur des télécommunications ne fait pas l'objet de règles ou de lignes directrices particulières pour guider l'application de la politique de la concurrence.

rôle du CRTC et des modifications du cadre réglementaire, ce qui, d'ailleurs, a eu un impact très considérable sur le mandat du CRTC et sur l'arbitrage que ce dernier doit effectuer entre les différents objectifs de la politique des télécommunications. Face aux pratiques des entreprises et à la concentration, la politique de la concurrence a été peu interventionniste. Voyons comment le Bureau a abordé les problèmes d'accès, l'abus de position dominante, les accords et les fusionnements.

L'un des premiers grands dossiers que le Bureau a examiné fut la création et les pratiques de l'alliance Stentor. Le regroupement des anciens monopoles au sein de cette alliance avait fait l'objet de plaintes des fournisseurs de services interurbains. L'enquête, qui s'est terminée en février 1996, portait sur les dispositions sur les fusionnements et l'abus de position dominante en rapport avec les marchés des interurbains et des équipements. Le DER a admis que Stentor constituait un fusionnement et que l'alliance bénéficiait d'une position dominante sur le marché local et des interurbains découlant de son contrôle sur les installations essentielles et de l'intégration verticale au niveau du matériel de télécommunications. L'examen du DER a mis l'accent sur les caractéristiques de l'industrie et sur les changements réglementaires et technologiques. Les faits suivants furent retenus: 1) le nombre de concurrents sur le marché de l'interurbain, incluant la participation d'importantes entreprises étrangères comme Sprint et AT&T; 2) les baisses des prix de l'interurbain à un rythme plus rapide qu'aux États-Unis; 3) l'émergence de services innovateurs; 4) la perte de plus de 20% de part du marché des compagnies Stentor, et des pertes encore plus substantielles dans certains segments du marché; 5) l'entrée possible ou éventuelle de nouveaux concurrents (sans fil ou de câblodistribution); 6) les modifications du contexte réglementaire incluant les décisions du CRTC visant à empêcher le recours à des pratiques de prix d'éviction et à instaurer la concurrence sur

le marché local; et 7) la résiliation de l'accord-cadre entre Bell et Nortel pour la fourniture d'équipements.

Le DER a conclu que ce fusionnement n'avait pas empêché la concurrence et que l'alliance n'avait pas eu recours à des pratiques anticoncurrentielles, notamment par des politiques de prix d'éviction, dans le but de contrôler le marché. Il confortait ainsi les arguments de Stentor sur le caractère pro-concurrentiel de l'alliance et les bénéfices du regroupement au niveau du développement d'infrastructures et de services novateurs¹²⁵. Il a néanmoins choisi de surveiller Stentor au niveau du marché local, du marché des interurbains et des services à large bande.

Plusieurs plaintes ont été faites en rapport avec l'accès aux installations essentielles. Concernant l'accès au réseau satellitaire, Shaw Communications s'est plainte des effets anticoncurrentiels des liens privilégiés entre Bell ExpressVu et Télésat sur le marché de la RDS. Dans ce cas, le DER a préféré résoudre ce problème d'accès en proposant de libéraliser les règles sur l'utilisation des satellites étrangers plutôt que de faire appliquer la politique de la concurrence. Le dossier le plus important sur les conditions d'accès fut soulevé par les fournisseurs de services internet (FSI) qui dépendent de l'accès aux connexions et aux installations essentielles des compagnies de téléphones pour offrir leurs services. L'enquête a porté sur l'abus de position dominante de Bell Solutions Globales dans le marché des services internet résidentiels

¹²⁵ Incidemment, en 1994, le DER avait toutefois conclu qu'un membre de Stentor, NB Tel (une entreprise contrôlée à 44,9% par BCE), avait adopté des pratiques anticoncurrentielles pour empêcher la concurrence. La New Brunswick Cable Television Association avait porté plainte relativement aux restrictions à l'utilisation de câbles de fibre optique et coaxiaux de NB Tel qui empêchaient la concurrence au niveau des services de télécommunications, de la transmission de données et du développement de services multimédia. Lorsque le DER signifia qu'il allait porter l'affaire devant le Tribunal pour faire appliquer les dispositions sur le refus de vendre et l'abus de position dominante, NB Tel élimina les clauses d'utilisation restrictives de ses installations.

à haute vitesse. Elle a été ouverte en août 1998 suite à la demande de six personnes qui affirmaient que Bell contrevenait à l'article 79 en offrant aux clients résidentiels des services d'accès internet à haute vitesse par lignes numériques à paire asymétrique (LNPA) à des prix déraisonnablement bas comparativement aux prix que les FSI devaient payer, ceci dans le but de développer la clientèle de Sympatico et empêcher la concurrence. En mars 1999, le Bureau a conclu que la concurrence était forte sur ce marché, qu'il n'y avait pas d'obstacles à l'entrée et que Bell ne détenait pas une position dominante, puisque sa part du marché des services internet était inférieure à 35%. Les prix au détail des services d'accès internet haute vitesse de Bell étaient largement inférieurs au coût d'acquisition, mais cette pratique n'avait pas comme effet ou ne visait pas à empêcher la concurrence; elle s'expliquait par la concurrence des câblodistributeurs dont le prix des services haute vitesse étaient comparables ou inférieurs à ceux de Bell¹²⁶.

Le Bureau a souligné que le CRTC continuait de réglementer les conditions d'accès aux réseaux des compagnies de téléphone et qu'il mettait actuellement au point un régime de réglementation pour l'accès de tiers aux réseaux des câblodistributeurs; les FSI étaient ainsi protégés. Plus fondamentalement, selon le Bureau, condamner cette forme de dumping aurait eu pour conséquence de faire obstacle à l'implantation de nouvelles technologies et au développement de nouveaux services. Ces technologies et ces services étaient nécessaires pour favoriser l'émergence de concurrents face aux câblodistributeurs qui bénéficient de réseaux plus rapides.

¹²⁶ L'examen du Bureau a établi que le marché pertinent était celui des services internet au détail aux clients résidentiels. Bien que les services par lignes commutées soient différents et moins chers que les services à haute vitesse par modem câble et par LNPA, le Bureau a considéré que les bas prix et la demande croissante pour les services par lignes commutées limitaient la capacité des câblodistributeurs et des compagnies de téléphone de fixer les prix des services à haute vitesse.

Pour faire concurrence à AtHome, Bell Canada avait besoin des FSI, autant que ces derniers avaient besoin de Bell Canada. Durant cette dispute, Bell a diminué les prix de 200 à 25 dollars canadiens par mois. AOL a d'ailleurs annoncé qu'elle pourrait finalement accepter la tarification de BCE, et celle-ci, pour contourner la résistance des FSI, annonçait son intention de faire l'acquisition d'une participation minoritaire dans AOL, ou encore, d'une participation majoritaire dans un FSI canadien. Il semble donc que cette troisième force, qui s'est greffée aux réseaux des anciens monopoles et qui a mis de l'avant l'idée de réseaux ouverts, fait face aux stratégies des entreprises de télécommunications qui visent à établir des positions dominantes sur le marché multimédia (Mansell, 1993).

Le seul cas d'application de la politique de la concurrence relativement à l'abus de position dominante a porté sur les pratiques de Télé-Direct sur le marché des annuaires téléphoniques et des services publicitaires. Il ne fut pas question des rapports entre Télé-Direct et BCE bien que Bell Actimédia, la nouvelle appellation de Télé-Direct, bénéficie de liens avec les autres compagnies de BCE qui lui donnent un avantage concurrentiel significatif, et que, par ailleurs, BCE pourra utiliser cette filiale pour supporter le développement de sa présence sur le marché du commerce électronique. Bell Actimédia développe des pages jaunes "Web" qui s'avéreront très utiles à BCE dans le développement du commerce électronique.

En principe, la politique de la concurrence peut être appliquée aux accords de coopération et aux alliances stratégiques, qui se sont d'ailleurs multipliés, puisqu'il y a risque de collusion. À l'exception du cas Stentor, le Bureau n'a pas entrepris d'examen extensif des accords interentreprises et des alliances. Les alliances et les

accords sont perçus favorablement dans la mesure où ils permettent le développement de nouveaux services et qu'ils peuvent faciliter l'accès aux marchés étrangers ou à des services globaux¹²⁷. Concernant les alliances internationales pour la fourniture de services globaux, comme celle de Stentor et MCI ou de Bell Nexxia et MCIWorldCom, la concurrence entre les fournisseurs de services globaux et les règles d'accès et d'interconnexion sont jugées suffisantes pour contrer les risques de pratiques anticoncurrentielles. Les liens de Sprint Canada ou d'AT&T Canada avec de grandes alliances justifient d'ailleurs une telle approche face aux alliances des membres de Stentor.

Autre exemple, le Directeur a jugé que les accords entre Stentor et Téléglobe n'étaient pas anticoncurrentiels. Il a souligné le rôle grandissant des entreprises autres que les compagnies de téléphone traditionnelles et la réduction des barrières à l'accès pour les fournisseurs de services interurbains qui, en somme, dissipaien les craintes quant aux effets anticoncurrentiels des accords¹²⁸. Le Directeur a aussi mis l'emphase sur l'impact des changements réglementaires. L'accord de 1998 entre Stentor et Téléglobe s'inscrivait dans un contexte nouveau: Téléglobe allait perdre son monopole et les restrictions sur l'acheminement par voie de pays tiers allaient être levées¹²⁹.

¹²⁷ Rappelons que le CRTC ne prévoit aucune réglementation des alliances, sauf dans les cas où elles impliquent des entreprises étrangères.

¹²⁸ Rappelons qu'au Canada, une entente est illégale seulement lorsqu'elle réduit la concurrence de façon excessive.

¹²⁹ Le Bureau rappelle souvent le rôle de la réglementation au niveau de l'accès et de l'interconnexion pour permettre l'entrée de nouveaux concurrents. Au niveau des services internationaux, le CRTC a modifié le cadre de réglementation en fonction de l'élimination éventuelle du monopole de Téléglobe et il a autorisé la revente internationale. Il avait toutefois conservé les restrictions sur l'acheminement par voie d'un pays tiers, ce qui a fait l'objet d'une opposition importante de plusieurs entreprises, incluant BCE. En octobre 1998, le CRTC a dévoilé sa politique pour favoriser la concurrence dans la fourniture de services internationaux; les fournisseurs internationaux peuvent maintenant acheminer, par les États-Unis, des appels Canada-Canada ou des appels Canada-outremers et il existe un nouveau régime d'attribution des licences. Les entreprises qui obtiennent des licences doivent fournir des renseignements sur les ententes d'interconnexion,

Les gains en efficacité, puisque l’entente permet d’éviter la duplication des installations outremers de Téléglobe, et les modifications réglementaires sont des éléments compensateurs qui, selon le DER, éliminent ou réduisent suffisamment les effets anticoncurrentiels de l’accord. Rappelons que le CRTC avait décidé de permettre l’acheminement par pays tiers et de faire jouer la concurrence étrangère afin de ne pas contribuer à maintenir un monopole *de facto*; AT&T Canada peut donc utiliser ses liens avec AT&T pour acheminer les services offerts au Canada, même si cette dernière ne rencontre pas les critères de propriété canadienne.

En matière de fusionnements, l’approche du Bureau est très souple¹³⁰. Plusieurs analystes, dont Winseck (1997) ont critiqué la politique de la concurrence en matière de fusionnements à plusieurs égards: 1) le seuil de sensibilité serait trop faible, la politique de la concurrence considère qu’une part de marché inférieure à 35% est insuffisante pour exercer un pouvoir de marché; 2) en raison de la convergence industrielle, la définition des marchés pertinents peut réduire l’évaluation des effets des fusionnements; 3) la défense d’efficacité et la compétitivité peuvent justifier des exemptions (Addy, 1994); et, 4) les objectifs de la politique des télécommunications ne peuvent être pris en considération dans les examens¹³¹.

Lorsqu’il s’agit de fusionnements d’entreprises qui opèrent dans différents segments des TIT, l’attitude du Bureau est très favorable. Le DER a signifié que les fusionnements entre les entreprises de téléphones et les entreprises de câbles peuvent

d’échange ou de raccordement de trafic avec des fournisseurs étrangers pour permettre au CRTC de contrer les comportements anticoncurrentiels (Colville, 1998a).

¹³⁰ Le CRTC examine aussi les fusionnements, notamment en ce qui concerne le respect des conditions d’interconnexion et d’accès et des restrictions sur la propriété étrangère.

¹³¹ D’ailleurs, le Bureau a toujours affirmé que la loi sur la concurrence ne permet pas de prendre en considération les effets des fusionnements sur le contenu, notamment dans le cas Hollinger-Southam.

favoriser la concurrence et l’innovation, et que “the case-by-case approach available under competition law provides the flexibility necessary to consider the trade off between anti-competitive impacts and efficiency gains” (OCDE, 1996d, p. 19).

Annoncée en 1996, la fusion de MT&T et de Bragg Cable Group n’a pas été contestée par le DER; la nouvelle entité visait à relier les réseaux de télécommunications et de câbles des deux entreprises pour développer de nouveaux services, dont les services d’accès à l’internet. Sur leurs marchés “traditionnels”, les deux entreprises restaient indépendantes et pourraient donc continuer à se faire concurrence.

Le développement de nouveaux services peut donc justifier le regroupement d’entreprises. Ainsi, la création de Microcell, qui rassemble des entreprises comme Call-Net, Vidéotron et Télésystème, a été perçue favorablement. De même, lorsqu’en 1994 le DER s’est penché sur la création du consortium EspressVu qui a réuni WIC, Cancom, Tee-Com et BCE, il a accordé une importance particulière au fait qu’il visait à mettre en place de nouveaux services de radiodiffusion directe par satellites. Toutefois, il a émis des réserves face au projet initial qui impliquait l’éventuelle réunion de plusieurs entreprises de câblodistribution¹³², mais lorsque Rogers, Shaw et CFCF ont abandonné le consortium, le Directeur a décidé de ne pas contester le projet¹³³. BCE détient maintenant une participation intégrale dans EspressVu.

Avant le mouvement de méga-fusionnements amorcé en 1998, la plus importante transaction examinée par le DER était l’acquisition de Maclean Hunter par Rogers

¹³² En effet, le projet initial impliquait Shaw Communications, Canadian Satellite Communications (Cancom), Western International Communications (WIC), Rogers Communications, ainsi que BCE, CFCF, Labatt Communications.

Communications. D'une valeur de 3,1 milliards de dollars canadiens, cette transaction portait la part de Rogers du marché canadien de la câblodistribution de 26% à 36%. Dans sa décision d'autoriser la transaction, le DER a pris en considération les faits suivants: 1) traditionnellement, il n'existe pas de concurrence entre les câblodistributeurs et, par conséquent, la transaction ne pouvait avoir d'effets anticoncurrentiels; 2) les compagnies de téléphone et de télédistribution sans fil constituaient des sources importantes de concurrence potentielle (ainsi, en ce qui concerne les téléappels, il y aurait effectivement diminution de la concurrence, mais la concurrence de Bell Mobilité empêcherait les pratiques anticoncurrentielles); et 3) au niveau de l'édition de journaux et de magazines, puisque Rogers n'était pas présent sur ce marché, la transaction n'aurait pas d'effets anticoncurrentiels.

Depuis 1998, les méga-fusionnements horizontaux se sont multipliés. Toutefois, aucun fusionnement n'a été contesté. Certes, il est difficile d'aborder la question des effets anticoncurrentiels sur un marché caractérisé par la position dominante des anciens monopoles. Comment déterminer si la restructuration des entreprises, en procédant à partir de fusionnements, favorisera l'émergence d'une concurrence effective ou, au contraire, celle de positions dominantes qui l'empêcheront? Lorsque le DER a approuvé la fusion Telus-EdTel, il a surtout mis l'accent sur l'absence de chevauchements d'activités et sur l'impact pro-concurrentiel de la déréglementation. Il fut surtout question de s'assurer que Telus n'aurait pas recours à des pratiques restrictives en raison d'un contrôle plus large sur les installations essentielles, ce qui a d'ailleurs fait l'objet d'un engagement de la part Telus au sujet de l'accessibilité de ses réseaux. L'approche mise donc surtout sur la déréglementation et sur les règles

¹³³ Tee-Com a vendu sa participation aux autres membres du consortium pour offrir les services Alphastar.

d'accès aux installations essentielles, qui sont sous la responsabilité du CRTC, plutôt que sur le contrôle de la concentration.

On peut considérer que les barrières réglementaires sont peu nombreuses et que la concurrence potentielle des FSI, des entreprises de services sans fil, des entreprises de câbles et la concurrence internationale constituent un rempart efficace contre les effets anticoncurrentiels des fusionnements. Aussi, la définition des marchés pertinents est fondamentalement affectée par les modifications technologiques et réglementaires; l'espace marchand des entreprises de télécommunication s'élargit; les différents services de télécommunications deviennent substituables, comme les services des entreprises de télécommunications et des entreprises de câbles, et, au niveau géographique, les marchés régionaux prennent une dimension nationale - voire nord-américaine.

Toutefois, on peut aussi interpréter ces changements dans le sens inverse et considérer que l'élargissement de l'espace marchand favorise le développement de positions dominantes sur un marché de plus en plus large. Mais si cette perspective était adoptée, il serait toujours possible de faire intervenir la défense d'efficacité. Le développement technologique des télécommunications devient un élément clé du développement de l'économie canadienne ce qui se traduit par l'importance accordée aux considérations d'efficacité et de compétitivité par la politique de la concurrence. Les entreprises qui fusionnent promettent d'ailleurs des services de voix, de données et de vidéo sur des réseaux à grande vitesse reliant l'ensemble du Canada et assurant une connectivité aux réseaux globaux de télécommunications; c'est donc la réalisation du potentiel de l'économie de l'information qui est invoquée. Le gouvernement est "acutely aware of the economic and strategic importance of modern and efficient telecommunications to Canada's global competitiveness and prosperity in an

increasingly information based economy” (OCDE, 1996d, p. 17) et c'est d'ailleurs dans cette perspective stratégique que la concurrence fut introduite dans le secteur des télécommunications. Chose certaine, la politique de la concurrence ne doit pas faire obstacle au développement technologique. La loi est formulée de façon à permettre une grande souplesse; les critères d'efficacité et de compétitivité justifient les fusionnements dans la mesure où l'on considère qu'ils permettent le développement des infrastructures et de services, ce qui améliore la position concurrentielle des entreprises de télécommunications et celle des entreprises canadiennes en général. Selon Winseck (1997), la concentration est jugée nécessaire par les autorités.

(...) concentrated ownership is to broadband networks what restrictive covenants and dormant anti-trust laws were to early broadcasting and telecoms history. Although there may not be any consent agreements, and arguments about system integrity, economies of scale, and cross-subsidy have lapsed, three claims are being pressed into service to sanction media concentration: concentration is needed to build IBNs, to sustain technological innovation, and to compete globally. (Winseck, 1997)¹³⁴

La consolidation de l'industrie n'est pas remise en cause par la politique de la concurrence; celle-ci considère généralement les effets proconcurrentiels des fusionnements. La création de deux pôles au sein de l'alliance Stentor peut stimuler la concurrence, si l'on considère que le fusionnement BCT.Telus fait apparaître une entreprise qui peut faire concurrence à BCE. Inversement, l'acquisition de 20% de MTS par BCE peut aussi apparaître comme un moyen de favoriser la concurrence sur le marché de BCT.Telus. Aussi, les fusionnements Call-Net/Fonorola et AT&T/MetroNet peuvent être considérés proconcurrentiels dans la mesure où ils peuvent faciliter l'entrée de ces entreprises sur le marché local. D'un fusionnement à

¹³⁴ IBN: Interactive broadband network. Cette citation est extraite du site internet du *Canadian Journal of Communications*. Ainsi la pagination n'apparaît pas.

l'autre, la consolidation apparaît paradoxalement comme un phénomène normal de la dynamique concurrentielle; la concurrence restante étant assurée par la présence de puissantes entreprises et la concurrence potentielle étant garantie par l'absence de barrières réglementaires à l'entrée.

Si la politique de la concurrence ne joue pas un rôle coercitif très important, elle continue de jouer un rôle pro-actif très important au niveau de la déréglementation et de la libéralisation du secteur des télécommunications. Plutôt que de remettre en cause les pratiques des entreprises, elle remet surtout en cause la réglementation, les barrières institutionnelles et les restrictions à la propriété étrangère qui ont des effets anticoncurrentiels sur le marché des télécommunications.

Cette approche s'explique en partie par l'orientation stratégique de la politique de la concurrence qui évalue, non sans difficulté, l'effet de la convergence sur la concurrence et la complexité des changements affectant les télécommunications. C'est surtout le fait que le secteur des télécommunications prend une dimension mondiale qui a le plus d'impact sur l'orientation et l'application de la politique de la concurrence. Il devient difficile d'aborder le marché canadien sans prendre en considération la dynamique concurrentielle au niveau global, ou du moins au niveau du marché nord-américain. La compétitivité des entreprises dans un espace national peut justifier la présence de plusieurs entreprises, alors que dans un espace global, elle justifie parfois la concentration sur le marché national. Par ailleurs, les fusionnements transfrontaliers se multiplient, et ceci, bien que les restrictions à la propriété étrangère soient toujours en place. La politique de la concurrence devra certainement accroître le poids qu'elle accorde à la concurrence internationale et définir rapidement son approche en matière de coopération internationale pour examiner les fusionnements transnationaux.

L'émergence d'une industrie véritablement nord-américaine signifie que la politique de la concurrence peut difficilement ne pas prendre en considération les entreprises américaines, tant au niveau des effets proconcurrentiels qu'au niveau des effets anticoncurrentiels de leurs pratiques, et que des mesures de coopération avec les autorités américaines seront nécessaires. Toutefois, l'instrumentalité stratégique de la politique de la concurrence suggère qu'il s'agit avant tout de défendre les intérêts des entreprises canadiennes dans les télécommunications globales plutôt que de favoriser la concurrence. C'est d'ailleurs une tendance qui se retrouve aussi aux États-Unis; il convient de se pencher sur les paradoxes de la concurrence sur le marché américain et sur l'approche américaine en matière de concurrence.

D. La concurrence sur le marché américain des télécommunications

Le paradoxe entre l'ouverture des marchés des télécommunications à la concurrence et le mouvement de concentration est encore plus évident sur le marché américain.

Depuis l'adoption du *Telecommunications Act*, en 1996, de grands fusionnements, de nombreuses alliances stratégiques et de plusieurs batailles juridiques ont caractérisé la dynamique concurrentielle sur le marché américain des télécommunications.

Paradoxalement, pour les autorités américaines, la concentration de l'industrie devient un moyen de promouvoir la concurrence et la convergence, voire de libérer les forces du développement de l'économie de l'information; en effet, la Federal Communications Commission (FCC) et le Département de la Justice ont adopté une approche très souple face à la création d'entreprises de télécommunications de très grande taille.

1. La dynamique concurrentielle depuis 1996

La loi de 1996 a introduit la concurrence sur le marché local, un marché d'environ 100 milliards de dollars américains, il a aussi permis le rapprochement des marchés des cablôdistributeurs et des télécommunications, allégé la réglementation de la câblodistribution, et précisé les pouvoirs de la justice, des organismes fédéraux et des États afin de mettre en place un cadre fédéral homogène et plus efficace. Mais la dynamique concurrentielle n'a pas vraiment évolué dans la direction prévue. En effet, les "anciens" monopoles locaux (Regional Bell Operating Companies) ne sont pas entrés sur le marché des interurbains et les fournisseurs de services interurbains ne sont pas entrées sur le marché local, du moins pas de la façon envisagée par les autorités américaines.

La loi permet aux RBOCs d'entrer sur le marché des services interurbains et de la fabrication d'équipements à la condition qu'elles respectent certaines conditions d'interconnexion aux installations essentielles¹³⁵. L'entrée attendue d'AT&T, de MCI et de Sprint sur le marché local sur la base d'accords d'interconnexion avec les RBOCs ne s'est pas concrétisée. N'ayant pas réussi à négocier avec les RBOCs, elles ont soutenu que ces dernières refusent d'ouvrir le marché local à la concurrence afin de conserver leurs positions dominantes. Face à cette situation, la FCC a donc refusé d'autoriser les RBOCs sur le marché des services interurbains.

Les RBOCs ont contesté les contraintes réglementaires et les pouvoirs de la FCC¹³⁶. Elles ont argué que les trois entreprises dominantes sur le marché des interurbains sont absentes des accords d'interconnexion parce qu'elles veulent conserver ce marché et qu'elles ont développé des stratégies de contournement des réseaux des RBOCs, le "local by-pass". Les conditions d'accès aux réseaux locaux imposées aux RBOCs reposent sur l'hypothèse que leurs réseaux sont essentiels à la fourniture de services de télécommunications. Mais si les RBOCs ont la possibilité d'empêcher la concurrence sur le marché local, elles n'ont pas nécessairement intérêt à le faire; en réalité, les contraintes imposées aux RBOCs ne seraient ni nécessaires ni efficaces et, paradoxalement, elles favoriseraient les pratiques discriminatoires des RBOCs (Weisman et Zhang, 1997).

¹³⁵ Selon la section 271 du Telecommunications Act, il devait y avoir concordance entre l'entrée des compagnies Bell sur le marché des services interurbains et l'accès à leurs marchés locaux. Une liste de 14 conditions sert à déterminer si les compagnies "Bell" doivent être admises sur le marché des services interurbains. Signalons que le Département de la Justice joue un rôle important dans l'examen des conditions d'accès qui lui a été assigné dans la section 271.

¹³⁶ La Cour suprême a confirmé le pouvoir de la FCC concernant les conditions d'entrée sur le marché des interurbains, mais elle a aussi affirmé que les conditions imposées aux RBOCs doivent être nécessaires à l'entrée des concurrents, ce que la FCC devra interpréter dans ses décisions futures.

Pour contourner les contraintes réglementaires, les RBOCs ont mis en oeuvre des stratégies de diversification de leurs services et de modernisation de leurs réseaux¹³⁷. Elles ont aussi procédé à d'importants rapprochements horizontaux, ce qui suggère qu'elles formeront “relatively few vertically integrated giants to realize larger contiguous territories (which) will provide “bundled” services from local, long distance and wireless to Internet connection and entertainment services” (Weisman et Zhang, 1997, p. 316). En mai 1998, SBC et Ameritech ont annoncé leur projet de fusion; SBC était déjà la plus grande compagnie régionale suite à l'acquisition de Pacific Telesis qui fut dénoncée par AT&T comme la première étape du retour au système Bell. L'entité issue de la fusion de SBC et d'Ameritech créerait la quatrième plus importante entreprise de télécommunications au monde. Elle réduirait le nombre de compagnies régionales à quatre, alors qu'elles étaient sept en 1984. Rappelons qu'en août 1997, la FCC a aussi autorisé le fusionnement de Bell Atlantic et Nynex. En juillet 1998, Bell Atlantic et GTE¹³⁸ ont annoncé leur projet de fusion, la nouvelle entreprise serait la troisième entreprise de télécommunications au monde, derrière NTT et AT&T.

De leur côté, AT&T, MCI et Sprint ont développé des pratiques de contournement des réseaux locaux des RBOCs, ce qui a intensifié le processus de concentration de l'industrie. WorldCom fut la première entreprise à contourner les réseaux des

¹³⁷ Les RBOCs diversifient leurs activités notamment en offrant des services d'accès à l'internet et en offrant des services mobiles, incluant les SCP. Certaines ont développé des alliances avec de nouveaux joueurs comme Qwest qui a construit un énorme réseau de fibre optique et qui utilise le protocole IP. En juin 1998, la FCC a interdit la commercialisation des services de Qwest par Ameritech, ce qui donnait raison à AT&T et MCI.

¹³⁸ GTE, indépendante du system Bell, est la plus importante entreprise sur le marché local. Elle occupait la 4ième position sur le marché du cellulaire en 1997.

RBOCs¹³⁹. En 1996, WorldCom a fait l'acquisition de MFS qui détenait un important réseau de fibre optique et qui venait d'acquérir UUNet, un opérateur et fournisseur d'accès IP. En novembre 1997, World Com a annoncé l'acquisition de MCI, écartant ainsi BT et GTE¹⁴⁰. Suite à cette acquisition, MCIWorldCom occupait environ 25% du marché des interurbains et elle devenait la première entreprise à fournir une gamme de services comprenant les services locaux, les services interurbains et internationaux ainsi que les services sur réseaux IP à large bande. Elle se positionnait en première place en ce qui concerne la capacité de ses réseaux d'accès internet, et elle détenait entre 40 à 60% du marché des services internet¹⁴¹. Cet élément fut d'ailleurs au centre du débat sur la fusion.

Pour sa part, Sprint a entrepris de réaliser un nouveau réseau à large bande, appelé ION, pour contourner les réseaux des RBOCs. Elle a aussi développé des services mobiles avec Sprint Spectrum qui bénéficiait de la participation minoritaire des entreprises de câblodistribution TCI, Cox Cable et Comcast. Ce rapprochement avec des entreprises de câblodistribution a aussi permis le développement conjoint du service At Home¹⁴². Néanmoins, la stratégie de Sprint fut déroutée par la fusion

¹³⁹ Fondée en 1983, LDDS a acquis IDB World Com en 1994 et WIL Tel en 1995 pour devenir World Com. En 1996, avec un chiffre d'affaires de 5,6 milliards de dollars américains, World Com était le quatrième fournisseur de services interurbains aux États-Unis, derrière AT&T, MCI et Sprint.

¹⁴⁰ Cette opération a mis fin aux espoirs de BT et de GTE de faire l'acquisition de MCI. BT détenait une participation de 20% dans MCI et les deux entreprises offraient les services globaux de Concert. En novembre 1996, BT avait offert 20 milliards de dollars américains et suite à l'offre de GTE, elle avait fait une offre plus substantielle. GTE avait finalement offert 28 milliards de dollars américains en octobre 1997. GTE ne rejettait pas l'idée d'une entente intégrant BT. C'est finalement WorldCom qui a fait l'acquisition de MCI.

¹⁴¹ World Com avait acquis UUNet, ANS Communications, et CNS pour compléter ses réseaux et devenir le deuxième fournisseur de services internet. MCI était devenue l'entreprise la plus importante sur le marché de l'internet suite au contrat obtenu en 1987 avec le National Science Foundation pour construire et opérer le réseau internet à large bande qui fut privatisé en 1995.

¹⁴² La participation de Microsoft au capital de Comcast et un partenariat avec TCG complétaient cette initiative.

AT&T/TCI, qui signifiait notamment la prise de contrôle de At Home par AT&T¹⁴³.

Au début de l'an 2000, MCIWorldCom a annoncé l'acquisition de Sprint, une transaction de 129 milliards de dollars américains.

AT&T a mis plus de temps pour élaborer et mettre en oeuvre sa stratégie. En 1994, AT&T avait fait l'acquisition de McCaw Cellular pour développer les services sans fil, ce qui lui donnait une présence sur le marché local¹⁴⁴. Sa stratégie pour entrer sur le marché local ne pouvait reposer exclusivement sur les réseaux mobiles. Bien qu'elle critiquait leurs politiques d'interconnexion et qu'elle affirmait que les fusionnements des RBOCs allaient à l'encontre des objectifs de la politique de télécommunications, elle a, elle-même, tenté de fusionner avec SBC, mais ce fusionnement a immédiatement été contesté par la FCC¹⁴⁵. AT&T a ensuite suivi l'exemple de WorldCom; en janvier 1998, elle annonçait l'acquisition de Teleport Communications Group (TCG) et de son réseau d'accès par fibre optique. Cette transaction de 11,3 milliards de dollars américains fut autorisée en juillet 1998. En intégrant TCG, AT&T s'assurait un accès direct au marché des entreprises et elle pouvait développer les services internet, de

¹⁴³ La fusion AT&T/TCI déstabilisait la collaboration entre Sprint et les entreprises de câbles. En juillet 1998, Sprint a d'ailleurs pris le contrôle de Sprint Spectrum. L'un des éléments les plus controversés de la transaction entre ATT et TCI fut d'ailleurs la participation de cette dernière dans les activités mobiles de Sprint. AT&T/TCI aurait une participation dans l'un des projets les plus importants de Sprint, le service sans fil (l'autorisation du Département de la Justice en décembre 1998 fut conditionnelle au retrait d'AT&T des activités sans fil).

¹⁴⁴ Sur le marché des services mobiles, un segment en forte croissance, AT&T Wireless était, en 1997, le premier fournisseur de services mobiles avec 8,2 millions d'abonnés (IDATE, 1999). SBC était le deuxième fournisseur avec près de 6 millions d'abonnés, suivi de près par Bell Atlantic Mobile. Le quatrième fournisseur était GTE suivi par AirTouch qui, suite à l'acquisition de USWest Mobile en avril 1997, devait prendre la seconde place. Il est maintenant question que Bell Atlantic fasse l'acquisition d'AirTouch. Le fusionnement GTE/Bell Atlantic constituera aussi un facteur de changement dans la structure du marché.

¹⁴⁵ Le fusionnement avait été annoncé en mai 1997 pour créer une entité qui aurait eu des revenus combinés de 75 milliards de dollars américains. Un mois plus tôt, SBC avait été autorisée à faire l'acquisition de PacTel. Le projet AT&T/SBC aurait permis l'entrée de SBC sur le marché des interurbains et l'entrée d'AT&T sur le marché local.

commerce électronique ainsi que les services intranet et extranet. AT&T se rapprochait aussi des câblodistributeurs impliqués dans Sprint Spectrum puisque TCI, Cox et Comcast détenaient 60% de TCG; l'acquisition de TCG par AT&T allait donc donner aux trois câblodistributeurs une participation de 10% dans AT&T.

La deuxième étape de la stratégie d'AT&T fut l'acquisition de TCI, une opération de 48 milliards de dollars américains qui réunit la plus importante entreprise des télécommunications et la plus importante entreprise de télédiffusion par câbles aux États-Unis. AT&T a donc opté pour le réseau de coaxial de TCI¹⁴⁶ et elle trouve un puissant allié dans le secteur du contenu. Quelques mois plus tard, AT&T annonçait l'acquisition de Media One pour devenir la plus importante entreprise de câblodiffusion. AT&T a aussi relancé sa stratégie internationale en annonçant la création de la société conjointe avec BT pour leurs services globaux destinés aux FMN¹⁴⁷.

La dynamique concurrentielle aux États-Unis est donc considérablement différente que celle qu'entrevoyait la FCC et les autorités antitrust. Les batailles juridiques n'ont pas été évitées et les stratégies corporatives ont fait progresser la concentration des télécommunications. Si la loi de 1996 misait sur la concurrence pour stimuler le développement de nouveaux services et de nouvelles technologies et pour réduire les prix des services de télécommunications, la question est maintenant de savoir si ces

¹⁴⁶ Elle pourra rejoindre 33 millions de résidences aux États-Unis tout en comptant sur de nouvelles technologies sans fil pour atteindre les régions non desservies par TCI. Le succès de cette stratégie dépendra essentiellement de la possibilité de digitaliser et de rendre interactif les réseaux de câbles, de la disponibilité des équipements et des tests des nouvelles technologies sans fil. En janvier 1999, Cisco et General Instrument ont annoncé qu'ils collaboreraient avec AT&T pour développer des solutions IP permettant à AT&T d'offrir des services multimédia sur le réseau de TCI.

¹⁴⁷ Avec des profits d'opérations annuels d'un milliard de dollars américains et plus de 5000 employés, la nouvelle entité serait cinq fois plus grande que Global One.

objectifs peuvent être atteints par le truchement de la consolidation de l'industrie des télécommunications. Le tableau XXVI présente les plus importants fusionnements de 1996 à juillet 1998. Depuis, les méga-fusionnements se sont intensifiés, notamment avec le regroupement de AOL/Time Warner (160 milliards de dollars américains), celui de AOL/Netscape, l'acquisition de MediaOne par AT&T (54 milliards de dollars américains), le regroupement GlobalCrossing/Frontier (10 milliards de dollars américains), celui de Qwest/USWest (35 milliards de dollars américains) et aussi, celui de MCIWorldCom/Sprint (129 milliards de dollars américains).

Tableau XXVI: Fusionnements dans les télécommunications américaines de 1996 à juillet 1998
 (Entreprises, valeur de la transaction en milliards de dollars américains)

	<i>Entreprises et remarques</i>	<i>Valeur</i>
Juillet 98	GTE/Bell Atlantic (suit l'échec de l'offre de GTE visant MCI)	55
Juillet 98	AT&T/BT (relance la stratégie internationale d'AT&T)	10
Juin 98	AT&T/TCI (autorisée en décembre 1998; condition: retrait des activités sans fil)	48
Mai 98	SBC/Ameritech (autorisée en mars 1999 par le Département de la Justice; condition: retrait sur certains marchés)	62
Mars 98	Qwest/LCI (acquisition d'un opérateur longue distance)	4,4
Janvier 98	Qwest/Phoenix Network (acquisition d'un revendeur)	32,5
Janvier 98	AT&T/TCG (AT&T suit le modèle WorldCom/MFS)	11,3
Janvier 98	SBC/SNET (SNET est une entreprise diversifiée: mobiles, internet, CATV, et interurbains)	4,4
Décembre 97	TCG/ACC Corp. (acquisition d'une entreprise de services interurbains opérant au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis)	1
Novembre 97	World Com/MCI (autorisée en 1998 suite à l'engagement de MCI de vendre son réseau internet)	37
Septembre 97	WorldCom/Brooks Fiber Properties (acquisition du troisième fournisseur d'accès concurrentiel)	2,4
Septembre 97	WorldCom/Compuserve et ANS (acquisition d'un fournisseur de services en ligne)	1,4
Juillet 97	Microsoft/Comcast (participation de 11,5% dans Comcast)	1
Avril 97	AirTouch/activités sans fil de USWest (AirTouch devient le troisième opérateur sans fil derrière AT&T et Bell South)	5
Août 96	WorldCom/MFS (Réseau fibre optique, trafic de données, internet)	14
Avril 96	MFS/UUNet (UUNet est un fournisseur d'accès concurrentiel et opérateur IP)	2
Avril 96	Bell Atlantic/Nynex (autorisée en 97 suite à l'engagement d'ouverture des marchés locaux)	25
Avril 96	SBC/Pacific Telesis (autorisée en 97)	24
Février 96	USWest Media/Continental Cable Vision (Filiale de USWest devient le troisième câblo-opérateur aux États-Unis)	11

Construit à partir de communiqués de presse des entreprises, articles de presse et sites internet.

2. Politique de la concurrence et télécommunications aux États-Unis

Les États-Unis ont été les premiers à introduire la concurrence et les seuls à imposer la séparation structurelle des marchés locaux, des interurbains et des équipements, mais ils ont aussi été les premiers à se rendre compte du paradoxe de leur approche; la concurrence a entraîné la reconstitution de puissants oligopoles, mais sur un marché beaucoup plus vaste. Le mouvement de consolidation n'est pas remis en cause; les États, la FCC et le Département de la Justice ont été très favorables aux opérations de fusionnements, bien que certaines conditions préalables aient parfois été requises en vue de réduire les effets anticoncurrentiels potentiels des transactions.

On peut schématiser l'approche américaine en trois points: 1) la déréglementation devait favoriser la concurrence; 2) la concurrence devait favoriser l'efficacité et l'innovation; et, 3) la concentration devait favoriser la concurrence, l'efficacité et l'innovation, ce qui, par conséquent, implique que la politique de la concurrence ou la réglementation ne devaient pas bloquer les fusionnements. Le point commun est que ces trois idées traduisent un préjugé favorable aux entreprises, l'importance des considérations d'efficacité et de compétitivité, ainsi que la dimension stratégique de la politique américaine en matière de télécommunications. Les objectifs concurrentiels et d'universalité des services, qui doivent avant tout découler des forces du marché, sont relégués au second plan.

Les examens du Département de la Justice portent sur les effets des fusionnements sur la concurrence actuelle et sur la concurrence qui pourraient exister en l'absence du fusionnement. L'approche au cas-par-cas qui est maintenant utilisée autorise les fusionnements proconcurrentiels et les fusionnements qui entraînent des gains en efficacité sans avoir des effets anticoncurrentiels. Les États-Unis ne s'opposent plus catégoriquement à l'émergence des monopoles lorsqu'ils sont établis de façon

“légitime”. Puisque la défense d’efficacité fut élargie en 1997, elle permet l’autorisation de plusieurs fusionnements qui auraient auparavant été contestés. Dans le secteur des télécommunications, les fusionnements entre les RBOCs posent toutefois les problèmes de l’effet des barrières réglementaires et du contrôle des installations essentielles à la concurrence.

Le Département de la Justice n’a pas contesté les fusions Bell Atlantic/NYNEX et SBC/PacTel, bien qu’il s’agissait de RBOCs. La méthode développée dans le cas Bell Atlantic/Nynex, qui consiste à faire le bilan des effets anticoncurrentiels et des bénéfices de la fusion pour les consommateurs en considérant les gains en efficacité, sera utilisée dans les autres examens. Le Département de la Justice a autorisé l’acquisition de TCI par AT&T et le fusionnement SBC/Ameritech. En fait, la seule opération qu’il a contestée fut l’acquisition par Primestar des activités de RDS de News Corp et MCI en raison de ses effets sur la concurrence potentielle. Primestar est contrôlée par cinq importantes entreprises américaines de câblodistribution qui pourraient, grâce à cette acquisition, empêcher l’entrée de nouveaux concurrents et l’innovation.

La FCC a été plus interventionniste¹⁴⁸. La FCC est plus sensible aux arguments contre les fusionnements des RBOCs en raison de sa responsabilité au niveau des conditions d’accès aux installations essentielles, ce qui favorise les grands opérateurs interurbains¹⁴⁹. Elle doit considérer un ensemble plus large d’objectifs, notamment en ce qui a trait à l’universalité des services, et le fardeau de la preuve relativement aux

¹⁴⁸ Au niveau fédéral, le Département de la Justice et la FCC sont les deux organismes chargés d’examiner les fusionnements. Le mandat de la FCC est cependant plus large, elle doit considérer les objectifs de la politique des télécommunications dont l’universalité des services.

¹⁴⁹ Depuis un certain temps, la notion d’installations essentielles est remise en cause.

gains en efficacité et au caractère proconcurrentiel des fusionnements tombe sur les entreprises. En contraste, pour s'opposer à un fusionnement, le Département de la Justice doit prouver la nature anticoncurrentielle et l'illégalité d'un fusionnement. La réglementation de la FCC fait toutefois l'objet d'un débat, notamment en ce qui a trait au contrôle des fusionnements¹⁵⁰.

Revenons sur quelques éléments importants qui se sont dégagés de l'examen des fusionnements. Les fusionnements Bell Atlantic/Nynex et SBC/PacTel ont été autorisés puisque les RBOCs n'étaient pas en concurrence sur leurs marchés respectifs et que ces rapprochements pouvaient accroître la concurrence sur le marché des interurbains et sur le marché local. Dans le cas de la fusion Bell Atlantic/Nynex, la FCC a toutefois imposé certaines conditions pour garantir la concurrence sur le marché local.

La fusion WorldCom/MCI a soulevé un important débat à propos du marché de l'internet. Les entreprises rivales ont fait valoir que ce fusionnement allait empêcher la concurrence sur le marché à forte croissance des services internet et freiner le développement des infrastructures de réseaux à large bande. Étant donné que la FCC s'abstient de réglementer les activités reliées à l'internet, c'est au Département de la Justice qu'il revint d'examiner les effets de la fusion. La définition du marché pertinent fut controversée. Pour les concurrents de MCIWorldCom, il ne suffisait pas de considérer les revenus des services internet, il fallait tenir compte de la capacité de transmission du réseau de la nouvelle entité. MCI a annoncé son intention de vendre son réseau internet à Cable & Wireless (C&W). Pour WorldCom, cette

¹⁵⁰ Le gouvernement américain étudie présentement le rôle de la FCC pour la "faire entrer dans le 21ième siècle". Il est question de définir le rôle de la FCC au niveau du contrôle des fusionnements.

solution était d'ailleurs avantageuse puisqu'elle faisait ainsi l'acquisition d'une entreprise plus riche de la vente du réseau de MCI et qu'elle éliminait la duplication des activités au sein de MCIWorldCom¹⁵¹. Les concurrents, notamment Sprint et GTE, demandaient un dessaisissement complet comme condition à l'autorisation de la fusion afin de réduire les risques de domination sur le marché de l'internet en Amérique du Nord. Le Département de la Justice, comme la Commission européenne¹⁵², se rallia à leurs arguments et sépara les deux marchés (internet et capacité de transmission), mais la vente du réseau de MCI à C&W fut néanmoins considérée comme une mesure proconcurrentielle. Le Département de Justice estimait que la présence de concurrents, les gains en efficacité ainsi que la possibilité d'accroître la concurrence sur le marché local justifiaient la fusion.

Relativement à la fusion AT&T/TCI, autorisée en décembre 1998, les concurrents de AtHome demandaient aux autorités de garantir l'accès aux réseaux de services internet de la nouvelle entité, mais cette mesure n'a pas été requise par le Département de la Justice¹⁵³. Toutefois, AT&T devait se retirer du marché du téléphone sans fil.

Si la fusion entre AT&T et SBC a immédiatement été contestée, c'est principalement en raison du fait qu'elle signifiait la reconstitution du système AT&T/Bell; les autorités américaines voulaient éviter le rapprochement des entreprises sur le marché local et le marché des interurbains puisqu'elles espéraient plutôt que les entreprises sur le marché des interurbains entrent sur le marché local pour faire concurrence aux

¹⁵¹ Soulignons le fait que C&W a intenté une poursuite contre MCIWorldCom qui n'aurait pas respecté les termes de l'accord de vente. MCIWorldCom aurait notamment pris des mesures pour récupérer la clientèle du réseau de MCI et fait obstruction aux opérations de C&W.

¹⁵² En effet, la Commission européenne s'est prononcée sur ce fusionnement entre deux entreprises américaines.

RBOCs. Le fusionnement AT&T/TCI a été perçu très différemment puisqu'il signifiait qu'AT&T allait finalement entrer sur le marché local sans tenter de reproduire l'ancien système¹⁵⁴ et qu'il pouvait être un moyen de promouvoir la convergence et le développement technologique. Ainsi, les objectifs du *Telecommunications Act*, en termes de concurrence, de convergence et de développement technologique, allaient paradoxalement dépendre de la réunion de la plus importante entreprise de télécommunications et de la plus importante entreprise de câblodistribution.

Les autorités américaines se sont aussi prononcées sur les fusions GTE/Bell Atlantic et SBC/Ameritech auxquelles s'opposaient AT&T, MCI et Sprint. C'est du côté de la FCC que la résistance se fait la plus grande; le Département de la Justice a déjà autorisé la fusion SBC/Ameritech. Certes, le regroupement des RBOCs peut accroître l'efficacité des entreprises et permettre l'émergence de concurrents de taille suffisante pour entrer sur les marchés des interurbains ou des services internet. Ces regroupements réduisent toutefois la possibilité que les RBOCs entrent en concurrence les unes contre les autres, ce qui peut entraîner des pertes pour les consommateurs et réduire l'accès aux réseaux locaux. Toutefois, il est possible de considérer que la concurrence entre les RBOCs ne s'est pas matérialisée depuis 1996 parce qu'elle n'est pas réalisable économiquement; dans ce cas, ces regroupements

¹⁵³ En janvier 1999, AT&T a vendu ses activités internet à AtHome qu'elle contrôle de toute façon suite à l'acquisition de TCI. AtHome a acquis Excite pour 6,7 milliards de dollars américains.

¹⁵⁴ Ceci complique l'entrée des RBOCs sur le marché des interurbains. Elles doivent être autorisées à entrer sur le marché des interurbains lorsque la concurrence sur le marché local est effective, mais le mécanisme d'autorisation repose sur les conditions d'accès et d'interconnexion à leurs réseaux. Le contournement de leurs réseaux signifie qu'elles ne pourront pas facilement remplir ces conditions. Si les installations essentielles contrôlées par les RBOCs ne sont plus si essentielles à la concurrence, devraient-elles être autorisées à entrer sur le marché des interurbains? L'approche semble s'assouplir; la Cour suprême a signifié que les conditions imposées doivent effectivement être nécessaires à l'entrée des concurrents.

n'ont pas d'effets anticoncurrentiels sur le marché local et ils pourraient même être nécessaires à la concurrence si les gains en efficacité permettent effectivement aux anciens monopoles d'entrer sur les territoires dont ils étaient exclus avant 1996.

Les autorités américaines sont très favorables aux fusionnements. Cette souplesse s'explique par les considérations stratégiques de la politique des télécommunications américaine qui confère un rôle de politique industrielle à la réglementation et la politique de la concurrence. Dans la mesure où l'on se place dans la perspective d'une concurrence sur le marché global pour la fourniture de services intégrés par des entreprises qui contrôlent leurs réseaux de "bout en bout", les arguments en faveur des fusionnements sont d'autant plus puissants. Sur ce marché global, il n'y aurait que cinq ou six grands "supercarriers", dont deux ou trois d'entre eux seraient issus des RBOCs. Il apparaît alors que le regroupement des RBOCs stimulerait la concurrence sur le marché global, d'autant que les autorités ont permis l'émergence de puissants oligopoles sur le marché mondial en autorisant la fusion MCIWorldCom, la société conjointe AT&T/BT et la création de Global One. Déjà, suite à l'autorisation du fusionnement MCIWorldCom, la création de la société conjointe AT&T/BT qui réunit les deux plus importants opérateurs en télécommunications aux États-Unis et au Royaume-Uni ne pouvait être contestée.

La présence de grands groupes semble justifier la souplesse de la politique de la concurrence relativement aux alliances globales et aux fusionnements, elle serait le garde-fou de la dynamique concurrentielle permettant d'orienter la politique de la concurrence vers les objectifs d'efficacité, de développement technologique et de compétitivité. De nombreuses analyses montrent cependant que la libre concurrence signifie l'accroissement du pouvoir de marché des entreprises établies et l'investissement dans la commercialisation de services aux grandes entreprises plutôt

que dans le développement technologique¹⁵⁵. Ainsi, le pouvoir de marché des entreprises serait réel et il existerait un réel danger de voir l'économie de l'information renforcer les inégalités socio-économiques.

Nous ne pouvons clore cette section sans ouvrir une parenthèse à propos de la poursuite contre Microsoft. L'influence que Microsoft exerce et qu'elle tente de renforcer sur l'internet a des incidences sur les télécommunications et sur l'industrie des TIT en général. La stratégie de Microsoft couvre l'ensemble des segments de marchés des TIT: le développement des logiciels pour une télévision numérique sur ordinateur, le développement de logiciels, d'équipement et de services liés à l'accès internet par la télévision et le développement de logiciels qui permettent de diffuser par l'internet et le développement des réseaux (téléphones, câbles, satellites)¹⁵⁶. En 1996, l'internet est devenu une priorité pour Microsoft avec le développement

¹⁵⁵ Voir Kim (1998), Miller (1996) et Girard (1997), Mosco (1990) et Wilson (1992) pour une critique des effets de la déréglementation sur l'efficacité et l'innovation dans le secteur des télécommunications.

¹⁵⁶ Microsoft a multiplié les acquisitions et les partenariats pour s'assurer que son système d'exploitation, Internet Explorer et Microsoft Network soient au centre des nouveaux développements en télécommunications. En 1997, Microsoft a créé des liens avec le premier service d'accès internet par câble AtHome à travers sa participation dans Comcast, et en 1998, Microsoft et Compaq ont investi dans Roadrunner, le service d'accès par câble lancé par Time Warner et MediaOne et le principal concurrent de AtHome. L'entente AT&T/Time Warner a d'ailleurs réduit la concurrence entre ces deux services. Microsoft s'intéresse également au développement de l'ADSL qui permet d'adapter les lignes en cuivre des compagnies de téléphone pour offrir un accès à haut débit à l'internet et elle coopère avec Qwest qui détient l'un des plus importants réseaux de fibre optique IP. En 1997, Microsoft a aussi racheté Web-TV qui relie la télévision et les lignes téléphoniques et qui procure un nouvel accès à l'internet; une entente avec TCI conclue en 1998 prévoyait l'incorporation de la technologie Web-TV dans les décodeurs de TCI. Au niveau des services en lignes, Microsoft a lancé MSN (Microsoft Network), mais c'est par le biais du rachat de Hot Mail que Microsoft gagnera le plus d'abonnés, soit 9,5 millions par rapport à 2 millions pour MSN. Microsoft est aussi actif au niveau de l'édition de CD-Rom et de l'informatique d'entreprises. Au début de 1999, Microsoft a aussi annoncé une alliance avec Intel, Nortel Networks et Hewlett-Packard pour le développement d'équipements intégrant la voix, les données et la vidéo. Le projet le plus ambitieux de Bill Gates est la création de Teledesic qui doit mettre en orbite une toile de 288 satellites de communications augmentant la vitesse et la capacité de transmission au-delà des possibilités actuelles de la fibre optique. Ce système pourrait être opérationnel en 2003.

d'Explorer qui est au centre de la bataille juridique entre Microsoft et le Département de la Justice. Microsoft vise la microsoftisation de l'internet dont les standards sont "traditionnellement" ouverts. La décision du juge Jackson en faveur du Département de la Justice est significative mais il est peu probable qu'elle aboutisse sur un démantèlement ou qu'elle érode considérablement le pouvoir de marché de Microsoft.

Les nombreuses alliances de Microsoft, notamment avec Intel et Nortel, et ses stratégies de pénétration des nouveaux marchés du contenu et des télécommunications vont certainement avoir un impact considérable sur les infrastructures de réseaux et les nouveaux services. Il est significatif que les autorités antitrust n'abordent pas ces questions; la poursuite de Microsoft ne porte que sur une partie d'une problématique beaucoup plus large. Explorer, qui fait l'objet de la poursuite, n'est effectivement qu'un élément dans la stratégie de Microsoft. En mai 1999, Microsoft a annoncé qu'elle faisait l'acquisition d'une participation dans AT&T, une opération de 5 milliards de dollars américains. Ainsi, puisqu'AT&T détient déjà Tele-Communications Inc. (TCI) et qu'elle a tout récemment acquis MediaOne, Microsoft peut imposer ses produits sur le marché des nouveaux services sur réseaux de câbles, comme les services internet haute vitesse et la télévision digitale. Microsoft a donc mis encore une fois AOL en position difficile au niveau de la fourniture de services internet et elle s'assure d'être le fournisseur de ce géant, AT&T, qui a trouvé un nouveau dynamisme en s'imposant sur le marché de la télévision par câble. C'est plus de 50% des résidences américaines qui sont accessibles avec des réseaux plus rapides. Et soulignons-le, le rapprochement AT&T/TCI/MediaOne/Microsoft réunit les plus importants joueurs en télécommunications, en radiodiffusion et en informatique sur le marché américain. Si l'on pouvait parler de Wintel en raison des liens entre Microsoft et Intel, on peut maintenant parler de WinT&T.

Il y a une vingtaine d'années, le processus de concentration aurait motivé la contestation automatique des autorités antitrust. Désormais, la politique de la concurrence est généralement favorable à la consolidation de l'industrie américaine. La nouvelle approche américaine pour appréhender la dynamique concurrentielle dans le contexte de la globalisation des marchés et de l'importance accrue du développement technologique signifie que la concurrence doit, avant tout, favoriser l'efficacité et l'innovation (Pitofsky, 1999).

La politique de la concurrence sert d'instrument stratégique ou, du moins, elle ne doit pas empêcher les entreprises américaines de bénéficier de gains en efficacité et limiter leur capacité d'innover. La multiplication des fusionnements et la concurrence ne seraient pas incompatibles; pour reprendre le chef de la Division Antitrust du Département de la Justice,

To the extent that statements contrasting competition with mergers and restructuring might be interpreted to suggest that the two are somehow inherently incompatible, I would take issue with that suggestion. Mergers can be a natural response by firms in an industry that is undergoing change. And the telecommunications industry is in the midst of not only profound technological change, but unprecedented regulatory change as well. So an increase in merger activity was to be expected in this industry (...). Most mergers and other business alliances foster efficiency and thus bring increased benefits to consumers and businesses. (Klein, 1999)

Les nouveaux objectifs et les nouvelles interprétations de politique de la concurrence favorisent donc la création d'oligopoles très puissants sur le marché américain - voire sur le marché global. Il semble que pour les États-Unis, les plus importants problèmes de concurrence se trouvent à l'étranger plutôt que sur le marché américain. Un rapport sur la croissance et la concurrence dans les télécommunications de 1993 à 1998, se termine d'ailleurs sur les défis internationaux de la politique américaine pour obtenir l'accès aux réseaux et aux marchés étrangers pour les entreprises américaines. En fait, la dimension internationale de la politique des télécommunications vise

principalement à “insuring that the same competitive incentives that have developed domestically also develop for investment in facilities between the United States and other countries, and within other countries themselves” (Council of Economic Advisors, 1999) pour accélérer la réalisation des bénéfices de l’économie de l’information au niveau de l’économie mondiale, notamment en ce qui concerne le développement du commerce électronique. Il s’agit surtout, pour l’instant, de promouvoir les principes qui se retrouvent dans l’initiative du *National Information Infrastructure* de 1993 et dans le *Télécommunications Act* de 1996 sur la scène internationale, notamment le rôle de l’initiative privée et de la concurrence, l’accès aux réseaux et la flexibilité des cadres réglementaires.

Jusqu’à maintenant, l’application de la politique de la concurrence n’a pas été discriminatoire face à la concurrence étrangère. Puisque les entreprises américaines sont largement dominantes sur le marché mondial des télécommunications, les autorités américaines ont surtout été confrontées à l’examen des fusionnements et des alliances stratégiques par les autorités étrangères. Par exemple, Global One (Sprint/France Telecom/Deutsche Telekom), MCI/WorldCom et AT&T/BT ont été examinés par la Commission européenne. Dans le cas MCIWorldCom, la Commission européenne s’est prononcée sur une transaction entre deux entreprises américaines et ses “inquiétudes” n’étaient pas sans rapport avec le fait que BT perdait un allié sur le marché américain. Ainsi, lorsque MCI a annoncé qu’elle allait vendre son réseau internet à C&W, elle a avancé l’argument devant la Commission européenne qu’une entreprise européenne allait pouvoir avoir accès au plus important réseau internet au monde, ce qui a certainement eu un impact favorable. Présentement, la Commission Européenne se penche sur le projet

MCIWorldCom/Sprint; il semble que le réseau et les services internet soient au centre de ses préoccupations¹⁵⁷.

Les fusionnements internationaux vont très certainement accroître la dimension internationale des politiques de la concurrence et si la coopération internationale est nécessaire et qu'elle permet certains rapprochements, elle reste limitée. Les États-Unis ont d'ailleurs affirmé que la coopération avec les autorités étrangères dans le secteur des télécommunications ne remettait pas en cause l'autonomie et la souveraineté des États-Unis en ce qui concerne l'application de la politique de la concurrence (Klein, 1998a). Bien qu'il n'y ait pas eu de conflits majeurs jusqu'à maintenant, l'internationalisation des lois sur la concurrence pose le problème de la concurrence systémique entre les États qui cherchent à influencer les structures des télécommunications globales dans le sens de leurs intérêts particuliers et de ceux de leurs entreprises.

Chose certaine, les méga-fusionnements sur le marché américain et la souplesse de la politique de la concurrence des États-Unis ont des effets significatifs sur le marché global des télécommunications et, notamment, sur les entreprises canadiennes et la politique de la concurrence du Canada. Un pays comme le Canada ne peut pas ne pas prendre en considération la présence des entreprises américaines et le processus de concentration qui s'accélère sur le marché américain, notamment avec le fusionnement annoncé de MCIWorldCom et Sprint. La politique de la concurrence doit être souple pour ne pas mettre les entreprises canadiennes en position de désavantage. Par ailleurs, comme les États-Unis, le Canada n'a pas encore réussi à respecter ses

¹⁵⁷ Aux États-Unis, ce sont les effets de la fusion sur les services interurbains qui préoccupent la FCC.

engagements internationaux au niveau de l'introduction de la concurrence sur le marché local et, tout récemment, les États-Unis ont sommé le Canada de prendre des mesures pour favoriser la concurrence sur le marché canadien avant octobre 2000. Cette mise en garde découle d'une plainte provenant d'AT&T, Call-Net et Primus au sujet de la Décision du CRTC de décembre 1999 sur les conditions d'interconnexion qui ne serait pas conforme à l'accord de 1997 sur les télécommunications de base. Le modèle d'accès au marché et le nouveau régime international des communications butent ainsi sur les conditions concrètes de sa mise en oeuvre. De ce contexte, il est peu probable de voir émerger un cadre réglementaire de la concurrence adapté à la nouvelle industrie des télécommunications; la concurrence systémique entre les États pour définir les conditions de la concurrence propices au développement de leur industries respectives au sein de l'économie mondiale est certainement l'obstacle le plus difficile à surmonter.

CONCLUSION: DIMENSION STRATÉGIQUE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET DÉVELOPPEMENT DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES

L'impératif technologique ne doit pas occulter le pouvoir des acteurs dans l'émergence et la structuration des télécommunications globales; “(...) the key features of the new international telecommunications regime are competition among firms and countries in the area of international telecommunications services (Drahos and Joseph, 1995, p. 620). La nouveauté de la situation actuelle est que les stratégies des entreprises et des États ne convergent plus vers des attitudes nationales et protectionnistes mais qu'elles visent désormais à maximiser les bénéfices d'une insertion dans le marché mondial des télécommunications.

Il y a encore quelques années, la rivalité internationale était centrée sur l'opposition entre le modèle de monopole réglementé, d'une part, et le modèle concurrentiel et d'accès au marché, d'autre part. Dorénavant, les principes généraux du second modèle sont généralement acceptés par la communauté internationale. La rivalité intervient cependant au niveau des mesures spécifiques de la mise en oeuvre de ce nouveau régime, c'est-à-dire sur “the kind of standards to which principles are linked” (Drahos et Joseph, 1997, p. 622) dans la mesure où ils ont un impact direct sur les performances relatives des États et des acteurs privés.

Les limites de ce nouveau régime des télécommunications sont semblables à celles qui minent l'ordre économique international: l'absence de règles sur les pratiques restrictives des entreprises au niveau supranational; l'inefficacité des règles et des principes du système multilatéral qui mettent l'emphase sur les barrières

institutionnelles et réglementaires; et, la distinction entre la concurrence interne et la concurrence externe qui occulte l'interface entre les stratégies des entreprises et des États. Le régime international des télécommunications associe trop facilement la déréglementation à la concurrence. En réalité,

where there is a liberal FDI regime and a GATS, but no international competition authority (or likely to be one), states may find that market access model of telecommunications does not lead to competition, at least not in all cases. The connection between market access and competition is contingent rather than logical. (Drahos et Joseph, 1995, p. 633)

Il associe aussi trop rapidement la libéralisation internationale à l'élimination des facteurs institutionnels et environnementaux qui permettent aux États d'influencer les équilibres oligopolistiques et de supporter le développement de leurs "champions nationaux".

Au problème du contrôle des pratiques des entreprises s'ajoute celui du contrôle pratiques des États et les nouvelles formes que prend la concurrence systémique dans les télécommunications globales. Les signataires de l'AGCS et de l'accord sur les télécommunications de base se sont engagés à sévir contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises, d'autant qu'il s'agit généralement de monopoles ou d'anciens monopoles qui conservent une position dominante sur les marchés nationaux. L'accord aborde principalement les pratiques qui réduiraient les possibilités d'interconnexion, l'utilisation anticoncurrentielle de renseignements et le subventionnement croisé. Des dispositions prévoient également l'application des politiques de la concurrence, mais l'approche adoptée repose sur les règles et les autorités nationales existantes. La problématique que nous avons soulevée est que l'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada s'insère davantage dans une logique de concurrence systémique que dans une logique de recherche de coopération et d'efficience sur les marchés internationaux. La politique de la

concurrence du Canada n'a pas encore eu à examiner un nombre élevé de fusions internationales et de pratiques transfrontalières; il n'y a donc pas eu lieu, jusqu'à maintenant, de coopérer avec les autorités étrangères, mais les cas de fusionnements internationaux vont faire surgir cet impératif très bientôt.

La concurrence systémique est surtout évidente au niveau de la redéfinition de l'environnement de marché des entreprises de télécommunications. La politique de la concurrence s'est insérée dans le cadre de la réorientation de la stratégie nationale de développement des télécommunications qui est maintenant fondée sur les principes de libre concurrence et de libre-échange. La politique des télécommunications a remplacé le modèle réglementaire par une approche "industrielle" qui vise à développer un secteur efficace, innovateur et compétitif et qui est traversée par les considérations stratégiques qui ne sont pas sans rapport avec la manière dont le gouvernement entend favoriser la présence et la capacité concurrentielle des entreprises canadiennes dans les télécommunications globales. Dans cette nouvelle perspective, la préoccupation des autorités responsables de la concurrence, comme celle du CRTC, est de s'assurer que le cadre réglementaire ne fasse pas obstacle à l'efficacité et la compétitivité des entreprises nationales au Canada et sur les marchés internationaux plutôt que d'imposer une concurrence vigoureuse sur le marché canadien; les autorités sont d'autant plus sensibles à cette préoccupation qu'elles croient, dans l'évaluation des situations, que l'ouverture du marché et les changement réglementaires et technologiques garantissent un niveau de concurrence effective suffisant sur le marché domestique.

La politique de la concurrence a donc surtout mis l'emphase sur la déréglementation et la libéralisation comme substituts à l'application de la politique de la concurrence dans le secteur des télécommunications. Contrairement aux États-Unis, où la politique de

la concurrence a exigé la séparation structurelle entre les compagnies de téléphonie locale, les entreprises de services interurbains et de fabrication d'équipements, la politique de la concurrence du Canada n'a pas jugé nécessaire de prendre des telles mesures pour éviter les pratiques anticoncurrentielles des monopoles sur les segments concurrentiels. Elle a joué un rôle essentiellement pro-actif qui a fait de la promotion de la concurrence une alternative à la réglementation. Le Bureau de la concurrence est intervenu devant le CTRC à maintes reprises. Son rôle coercitif est nettement moins important; malgré les plaintes qui sont parvenues au Bureau et les nombreux fusionnements, l'émergence de nouveaux acteurs sur le marché canadien, les règles du CRTC sur l'interconnexion et l'accès aux installations de réseaux et la rapidité des changements technologiques ont été considérées des conditions suffisantes pour garantir une concurrence effective.

Si le marché canadien des télécommunications (au sens large de la nouvelle catégorie industrielle de l'industrie des TIT) est quasiment totalement ouvert à la concurrence, le processus qui a mené à ce nouvel environnement de marché a permis à des entreprises comme BCE de maintenir leur position sur les segments de marché traditionnels, de se préparer à la concurrence et de développer leur présence sur les nouveaux segments de marché concurrentiels, notamment dans l'industrie du contenu. Ainsi, les membres de l'alliance Stentor, et principalement BCE, conservent un pouvoir de marché considérable sur le marché canadien qu'ils peuvent étendre, avec l'appui de l'État, aux marchés de l'internet et de la télédiffusion pour ne nommer que ceux là.

La politique de la concurrence a été appliquée de manière souple et pragmatique, sans se soucier des positions dominantes et de leur renforcement. Elle suppose généralement que la consolidation de l'industrie ne remet pas en cause la concurrence

ni le développement des télécommunications accessibles et innovatrices; elle peut d'ailleurs entraîner une plus grande efficacité et être nécessaire à l'innovation. Le gouvernement fédéral a d'ailleurs appuyé les stratégies de regroupement des entreprises, notamment en participant aux projets de modernisation des infrastructures de l'infrastructure de l'information. En avril 2000, Industrie Canada a par ailleurs annoncé un investissement de 100 millions de dollars canadiens dans le projet de développement de satellites multimédia de Télésat.

L'élément le plus important qui explique la souplesse de la politique de la concurrence se trouve dans la convergence des intérêts du gouvernement et des entreprises en vue de développer des "champions nationaux" ou, autrement dit, des entreprises qui seraient compétitives sur le marché global des télécommunications, ou du moins sur le marché nord-américain. Jusqu'à maintenant, la politique de la concurrence a surtout fait face à une problématique "canadienne", mais ceci ne l'a pas empêché de prendre en considération la dimension globale du marché des entreprises de télécommunications. Aussi, l'axe nord-sud qui caractérise la nouvelle dynamique concurrentielle implique que le gouvernement et les organismes responsables de la réglementation et de la concurrence doivent de plus en plus considérer la dimension nord-américaine de l'industrie. Dans cette nouvelle perspective, la politique de la concurrence peut difficilement s'opposer aux positions dominantes sur le marché national sans risquer de mettre les entreprises canadiennes dans une position défavorable, d'autant que les entreprises étrangères sont de puissants oligopoles qui bénéficient d'avantages concurrentiels leur permettant d'imposer leurs réseaux et leurs services et d'empêcher la concurrence (Hirst et Thompson, 1994).

BCE domine le marché canadien avec des revenus de plus de 33 milliards de dollars canadiens. Si l'on compare avec les entreprises américaines qui ne sont pas aussi

intégrées verticalement, il convient de ne considérer que les revenus de Bell Canada et de Bell Mobilité, soit 12 milliards de dollars canadiens. En 1994, SBC, la plus petite RBOC, avait des revenus comparables, mais avec l'acquisition de PacTel et son éventuelle fusion avec Ameritech, ils surpasseront 40 milliards de dollars américains¹⁵⁸. Il n'est donc pas surprenant que BCE ait affirmé que, sans une position de force sur le marché canadien, les entreprises canadiennes ne pourraient faire le poids contre des entreprises comme AT&T ou Sprint. BCE s'est donc opposée à l'assouplissement des restrictions à la propriété étrangère, du moins jusqu'à tout récemment¹⁵⁹.

L'attitude de BCE se fait maintenant plus libérale. Comment développer sa présence internationale sans accepter une certaine réciprocité sur le marché canadien et se positionner sur les marchés internationaux sans partenaires étrangers. Les restrictions à la propriété étrangère deviennent un carcan plus qu'une protection pour les entreprises¹⁶⁰. Le fait que les compagnies BCE aient fait plusieurs acquisitions sur le marché américain et l'annonce de la participation d'Ameritech dans Bell Canada illustrent que BCE réoriente sa stratégie sur l'axe canado-américain. La dynamique concurrentielle aux États-Unis et l'approche des autorités américaines en matière de concurrence auront donc de plus en plus d'impact sur le marché canadien. Sur le marché américain, la concentration de l'industrie n'a pas été contrée par la politique de la concurrence. D'une part, les inquiétudes sur le plan concurrentiel n'ont pas été jugées suffisantes, sauf dans le cas AT&T/SBC et dans l'affaire Primestar, et l'idée

¹⁵⁸ En 1997, la plus petite RBOC, US West, avait des recettes supérieures à 15 milliards de dollars américains.

¹⁵⁹ Pour une critique des fondements justifiant les mesures de restrictions de la propriété étrangère dans le secteur des télécommunications, voir Globerman (1995).

¹⁶⁰ Rappelons que Téléglobe a supporté l'assouplissement des restrictions à la propriété étrangère afin de pouvoir procéder au fusionnement avec Excel.

d'une concurrence entre cinq ou six grandes entreprises globales comme rempart contre les abus de pouvoir semble s'imposer. D'autre part, les autorités américaines accordent une importance grandissante aux effets néfastes que pourrait avoir l'application de la politique de la concurrence sur l'efficacité et l'innovation. Les États-Unis ont surtout mis l'emphase sur les conditions de la concurrence à l'étranger en supportant la généralisation du modèle d'accès au marché¹⁶¹.

Le nouveau régime international des télécommunications, en supposant qu'il ne soit pas remis en cause par les pratiques des entreprises ni par l'interface entre les stratégies des entreprises et des États, justifie la souplesse des politiques de la concurrence. En réalité, le libre-échange et la libre concurrence soulèvent la question des pratiques anticoncurrentielles des entreprises et de la collusion entre les gouvernements et les entreprises; nous voyons déjà apparaître les traces d'un processus de monopolisation de l'autoroute de l'information supporté par les États.

Les télécommunications illustrent, mieux que n'importe quel autre secteur, la nécessité de passer d'une conception nationale à une conception globale de la concurrence afin que le développement des "télécommunications globales" ne soit pas dicté par des intérêts particuliers. Il ne s'agit pas de défendre l'idée d'un retour en arrière qui consisterait à remettre en place des barrières réglementaires aux niveaux industriel et géographique, mais de mettre en évidence que le modèle d'accès au marché comporte d'importantes failles, et que l'une d'entre elles est que les politiques de la concurrence sont orientées et appliquées stratégiquement à des fins mercantiles. Quel type de solution est possible? Nous nous accordons avec Drahos et Joseph (1995) pour

¹⁶¹ L'examen des conditions effectives de la concurrence à l'étranger est devenu un critère important pour permettre l'entrée de concurrents étrangers sur le marché américain.

rejeter simultanément l'ordre libéral fondé sur l'autorégulation des firmes et l'ordre des nations; pour les reprendre, “optimism towards globalization seems to be misplaced, just as a reversion to protectionist nationalist policies is now no longer possible or appropriate” (p. 635). La seule véritable solution consiste à trouver les moyens de faire intervenir un état de droit économique supranational au-delà des prétentions mercantiles des États et des entreprises. Cette solution bute toutefois sur le fait que le vide juridique semble actuellement satisfaire les États qui ne veulent pas imposer des contraintes aux entreprises; ces dernières peuvent donc en toute liberté et avec le soutien des États mettre en place de puissants oligopoles dont les comportements ne sont soumis qu’aux forces du marché et aux codes de conduites que les entreprises développent et appliquent elles-mêmes, volontairement.

CONCLUSION

L'objectif principal de cette recherche était de montrer la nécessité de passer d'une conception nationale à une conception globale de la concurrence. Deux principales conclusions ressortent de notre analyse: 1) les solutions aux problèmes de concurrence ne peuvent être recherchées uniquement dans le prolongement des politiques de libéralisation des échanges et des marchés; et, 2) la solution qui consiste à aménager les politiques de la concurrence existantes au niveau national est insuffisante - elle peut paradoxalement être considérée comme faisant partie du problème en raison de la concurrence systémique entre les États. Par conséquent, il apparaît nécessaire de mettre en oeuvre une politique de la concurrence supranationale.

En réalité, les initiatives de coopération internationale se limitent généralement à aborder les problèmes de concurrence qui ont des effets sur le commerce international et à construire un droit international à partir des règles de la concurrence appliquées par les autorités nationales (Hay, 1996). Il existe un droit économique international qui s'adresse tant bien que mal aux rapports entre les États et, bien que ce soit essentiellement dans une perspective visant à élargir l'espace de liberté des entreprises, on aborde de plus en plus les rapports entre les États et les entreprises. Toutefois, aucun cadre réglementaire ne s'adresse aux rapports entre les entreprises bien qu'ils soient au centre du développement de l'économie mondiale. La nouveauté des débats actuels sur la concurrence est que ces dimensions de la problématique se recouvrent de plus en plus. Face à ce phénomène, les théories juridiques et économiques comportent de grandes lacunes. L'originalité de cette recherche est de faire ressortir les croisements entre les différents aspects des débats pour éclairer les nouveaux problèmes de concurrence. Le croisement des débats a révélé le risque de voir émerger ce que l'on peut appeler "une économie stratégique" qui conjugue un

ordre économique libéral dirigé par les entreprises et les stratégies nationales qui supportent les entreprises.

Dans le secteur des télécommunications, l'adoption du modèle concurrentiel/accès au marché a coïncidé avec la mise en oeuvre de nouvelles stratégies pour le développement de télécommunications efficaces et innovatrices. Si l'abandon du modèle monopolistique et réglementaire visait à créer les conditions favorables à la concurrence, celle-ci fait “naturellement” tendre l'industrie vers la concentration dont les États, soucieux de l'efficacité et de la compétitivité de leur système de télécommunications, ne semblent pas se méfier. En réalité, le nouveau régime international favorise la convergence des stratégies des entreprises et des États pour influencer la nouvelle géographie industrielle des télécommunications. La coopération économique internationale devra tôt ou tard reconnaître les insuffisances du modèle concurrentiel/accès au marché. En réalité, le paradoxe de la mise en oeuvre du modèle concurrentiel a permis le développement nouveaux géants des télécommunications. Le nouveau régime international bute autant sur l'émergence de quasi-monopoles privés que sur les stratégies nationales des télécommunications qui les supportent.

Entre une sorte de *lex mercatoria* spontanée et l'ordre des nations, le droit économique international doit trouver un moyen de construire un système cohérent intégrant les acteurs privés et les acteurs publics. Les débats économiques posent essentiellement cette vieille question qui traverse toute les époques: Existe-t-il une loi suprême émanant spontanément et dans quelle mesure l'encadrement juridique doit la préserver - voire la mettre en place? La différence étant que cette question se pose maintenant à l'échelle mondiale. Il se dégage de cette recherche que le droit de la concurrence ne peut être fondé sur l'hypothèse que la libre concurrence est automatiquement assimilable à un optimum économique, soit-il de second rang, tant

au niveau de l'allocation des ressources qu'au niveau du bien-être économique. Les entreprises ont certainement intérêt à devenir plus efficaces et innovatrices, ce qui implique parfois qu'elles doivent se substituer au marché lorsqu'il est défaillant, mais elles sont tout d'abord des institutions qui déploient des stratégies afin d'améliorer leurs performances relatives face à la concurrence existante ou potentielle. Ces stratégies entraînent parfois d'importants gains en efficacité et elles n'ont pas automatiquement comme effet de réduire la concurrence, mais elles peuvent souvent empêcher la concurrence, l'efficacité et l'innovation. Si une *lex mercatoria*, qui est essentiellement une doctrine de laisser-faire, bute sur les ambitions monopolistiques des entreprises, elle débouche aussi sur le problème de concurrence systémique entre les États.

La communauté internationale ne peut que renvoyer les problèmes de concurrence au niveau national et, de leur côté, les États doivent nécessairement procéder à l'internationalisation des politiques de la concurrence. Le pari consiste à construire un droit de la concurrence à l'échelle mondiale en misant sur la convergence et l'harmonisation des approches nationales. Le problème est que les politiques de la concurrence s'inscrivent dans une logique de concurrence systémique que leur dimension internationale ne fait qu'accentuer. Le processus d'internationalisation de la politique de la concurrence du Canada supporte cette hypothèse. La préoccupation principale des autorités responsables de la concurrence consiste à s'assurer que l'environnement juridique ne fasse pas obstacle à l'efficacité et à la compétitivité internationale des entreprises nationales dans un marché de dimension nord-américaine - voire globale. La contestabilité du marché canadien serait assurée par la concurrence internationale, les changements technologiques et les réformes proconcurrentielles au niveau de la politique économique canadienne; ce qui explique d'ailleurs le rôle proactif de la politique de la concurrence au niveau de la déréglementation et de la

libéralisation de l'économie canadienne. Certes, la coopération internationale en matière de concurrence s'intensifie. Néanmoins, la convergence et l'harmonisation internationale ont surtout signifié l'assouplissement des lois et de leur application et le renforcement, surtout aux États-Unis et au sein de l'Union Européenne, des mesures contre les pratiques et les stratégies des entreprises étrangères. Cette double tendance confirme le rôle stratégique des politiques de la concurrence et la concurrence systémique entre les États.

Au fur et à mesure que les politiques de la concurrence prennent une dimension internationale, l'accent mis sur l'équilibre entre les intérêts des producteurs et l'intérêt des consommateurs, ou encore l'intérêt public, tend à être remplacée par une approche qui met la priorité sur les intérêts des producteurs nationaux dans le cadre de l'intensification de la concurrence internationale. Dans une perspective strictement nationale, les débats portaient sur les rapports entre les producteurs et les consommateurs, ou encore entre l'intérêt privé et l'intérêt public. Dans le cadre d'un espace économique mondial, les débats sont très différents. Les États, qui sont les vecteurs incontournables de la construction d'un droit économique international, sont soumis à une double tension; premièrement, celle qui existe entre l'exigence d'étendre le droit des entreprises et l'exigence d'assurer la cohésion sociale et économique des sociétés qu'ils représentent; et, deuxièmement, celle qui existe entre l'exigence d'adapter le droit national aux évolutions nouvelles de l'économie mondiale et celle de défendre les droits souverains. Dans ce nouveau type d'arbitrage, le Canada penche plutôt vers un préjugé favorable à la grande entreprise en supposant qu'il puisse ainsi maximiser les bénéfices de la globalisation économique au niveau de la trame sociale et économique du Canada.

Les États font face à un dilemme; d'un côté, ils devraient prendre des mesures pour garantir une concurrence effective sur leur marché national pour respecter leurs engagements face au libre-échange et, d'un autre côté, ils sont amenés à adopter des approches plus souples en matière de concurrence afin de favoriser la compétitivité des entreprises nationales. C'est ainsi que se développe une concurrence systémique opposant les règles nationales affectant les conditions de la concurrence; chaque État tient à la fois à donner le plus de marge de manœuvre aux entreprises nationales et à forcer les États étrangers à appliquer un cadre réglementaire rigoureux contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises étrangères.

Tout effort de coopération internationale en vue de contrer les pratiques anticoncurrentielles doit nécessairement tenir compte des limites inhérentes à la pratique du droit économique international de renvoyer les questions de concurrence au niveau national; les lois nationales sont non seulement inefficaces face à la dimension transfrontalières de la nouvelle économie, elles sont essentiellement soumises à une logique de rivalité internationale. Reconnaître la dimension stratégique des politiques de la concurrence est un pas important dans le processus d'analyse critique des réponses actuelles aux problèmes de concurrence. Les lois sur la concurrence ne sont pas "d'une robustesse sans limites: elles peuvent être "capturées" par des intérêts protectionnistes (et plus elles seront en première ligne, plus le risque sera grand)" (Messerlin, 1995, p. 723). Elles sont traversées par des considérations stratégiques liées aux nouvelles politiques industrielles de marché. Les instruments nécessaires pour éviter la concurrence systémique et contrôler les pratiques restrictives des entreprises doivent être recherchés dans une démarche multilatérale puisque les débats sur la concurrence débordent maintenant de l'espace national. Il conviendrait donc de remplacer l'orientation nationale des politiques de la concurrence par un droit de la concurrence qui s'appliquerait aux pratiques des firmes

et des États. On ne peut fonder le droit économique international sur la fragmentation des sociétés, des systèmes politiques et juridiques alors que se constituent des structures économiques globales.

Un cadre réglementaire de la concurrence requiert une nouvelle façon de concevoir l'économie mondiale. Un travail en profondeur est nécessaire sur les questions substantielles du droit de la concurrence dans le cadre de l'émergence d'une économie globale plutôt que de se limiter aux questions de procédures, de coexistence et de coordination entre les lois nationales. Si l'on peut considérer que l'antitrust est effectivement davantage un art qu'une science (Warren-Boulton, 1990), il importe de résister à la tentation de rétrécir l'intervention du droit de la concurrence en généralisant une approche souple qui ne serait qu'une "soft law" et qui ne servirait qu'à justifier "l'ordre naturel des choses". Cette tâche est complexe et très lourde mais, plus fondamentalement, cette recherche a surtout révélé un obstacle de taille qui empêche le développement d'un droit mondial de la concurrence: la concurrence systémique entre les systèmes de droits nationaux en matière de concurrence

Malgré la reconnaissance de la nécessité d'un cadre réglementaire de la concurrence au niveau multilatéral, il semble que les États et les entreprises trouvent leur compte dans le vide juridique qui règne actuellement en la matière. Le résultat est que les tentatives de développer un droit mondial de la concurrence débouchent essentiellement sur la gestion "désordonnée" de l'internationalisation unilatérale des lois nationales. Il semble que les efforts actuels de coopération internationale construisent en quelque sorte un système de droit international qui jugerait principalement les politiques nationales plutôt que les pratiques des entreprises. Ce droit international mise essentiellement sur l'autorégulation des entreprises et sur la bonne volonté des États;

un pari difficile à tenir dans la mesure où les entreprises et les États agissent en tant qu'acteurs oligopolistiques.

Un espace marchand global implique le développement d'un espace juridique et politique global - voire même le développement d'un concept d'intérêt public global, d'autant qu'il est de plus en plus question de l'émergence d'une société globale de l'information. L'obstacle le plus difficile est certainement l'enracinement profond de la perspective nationale dans notre façon de concevoir la politique, l'économie et le droit. Il semble que ce soit un exercice futile que d'essayer de construire le droit économique international en matière de concurrence sans remettre en cause la souveraineté des États. Ne doit-on pas considérer que si la souveraineté des États ne cède pas devant un droit économique international, elle sera mise au service des acteurs privés et de la concurrence systémique entre les États et qu'en bout de ligne, elle ne servira qu'un principe marchand permettant à la loi du plus fort de s'imposer?

BIBLIOGRAPHIE

- ACOCELLA, N. (1992), "The Multinational Firm and the Theory of Industrial Organization" dans A. Del Monte et al. (dir), *Recent Developments in the Theory of Industrial Organization*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- ADAMS, W. et BROCK, J. W. (1992), *Antitrust Economics on Trial*, Princeton, Princeton University Press.
- ADAMS, W. (1990), *The Structure of American Industry*, New York, Macmillan.
- ADDY, G. (1994), *The Competition Act and the Canadian Telecommunications Industry*, Speech presented to the Institute for International Research, Telecommunications Conference, Toronto, March 29.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION (1991), *Report of the ABA Section of Antitrust Law Special Committee on International Antitrust*, Chicago, ABA.
- ANDERSON, R. D. et GALLINI, N. T. (dir.) 1998), *La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, document de recherche d'Industrie Canada, septembre, Ottawa.
- ANDERSON, R. D. et KHOSLA, S. D. (1995), *Competition Policy as a Dimension of Economic Policy: A Comparative Perspective*, Industrie Canada, Document hors-série, no. 7, Ottawa, Minister of Supply and Services.
- ANDREFF, A. W. (1996), *Les multinationales globales*, Paris, La Découverte, Repères.
- ANDREFF, A. W. (1987), *Les firmes multinationales*, Paris, La Découverte.
- ANGUS, I et ANGUS, L. (1999), "National Super-Carrier: The New Balance of Power", *Telemanagement*, mars.
- ANGUS, E. et MCKIE, D. (1994). *Canada's Information Highway: Services, Access and Affordability*, Prepared for New Media Branch and Information Technologies Industry Branch, Industry Canada. Ottawa, Angus TeleManagement Group & Decima Research.
- ARENA, R. et al. (1988), *Traité d'économie industrielle*, Paris, Économica.
- ARENA, R. (1983), *Mésoanalyse et théorie de l'économie industrielle*, ADEFI, Économie industrielle, problématique et méthologie, Paris, Economica.
- ARONSON, J. et COWHEY, P. (1993), *Managing the World Economy*, New York, Council on Foreign Relations Press.

- ARONSON, J. et COWHEY, P. (1988), *When Countries Talks: International Trade in Telecommunications Services*, Cambridge, Ballinger.
- ARROW, K. J. (1962), "Economic Welfare and the Allocation of Ressources for Inventions", dans National Bureau of Economic Research, *The Rate and the Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press.
- ARTEAU, R. (1988) "Libre-échange et continentalisme: récapitulation", dans R. Arteau et C. Deblock (dir.) (1988), *La politique économique canadienne à l'épreuve du continentalisme*, Montréal, ACFAS, pp. 169-196.
- ATTAR, F. (1994), *Le droit international entre ordre et chaos*, Paris, Hachette.
- AUDRETSCH, D. B. (1989), *The Market and the State*, New York, Londres, Harvester Wheatsheaf.
- BABE, R. E. (1990), *Telecommunications in Canada: Technology, Industry, and Government*, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press.
- BAIN, J. S. (1986), "Structure versus Conduct as Indicators of Market Performance: The Chicago School Attempts Revisited", *Antitrust Law and Economic Review*, vol. 18, no. 2, pp. 17-50.
- BAIN, J. S. (1968), *Industrial Organisation*, 2ième édition, New York, Wiley.
- BAIN, J. S. (1956), *Barriers to New Competition*, Cambridge, Harvard University Press.
- BAIN, J. S. (1954), "Conditions of Entry and the Emergence of Monopoly", dans E. H. Chamberlin (dir.), *Monopoly and Competition and Their Regulation*, London, Macmillan.
- BALCOME, D. (1986), *Choosing Their Own Paths: Profiles of the Export Strategies of Canadian Manufacturers*, Ottawa, Conference Board of Canada.
- BALDWIN, R. E. (1992), "Are Economists' Traditional Trade Policy Views Still Valid?", *Journal of Economic Literature*, vol. 30, juin.
- BALDWIN, J. R. et GORECKY, P. (1991), "Entry, Exit and Productivity Growth", dans P. Gorecky et J. Schwalbach (dir.), *Entry and Market Contestability: An International Comparison*, Oxford, Basil Blackwell.
- BALDWIN, J. R. et GORECKY, P. (1983), *Entry and Exit to the Canadian Manufacturing Sector: 1970-79*, Conseil Économique du Canada, no. 255, Ottawa.
- BALL, J. A. (1934), *Canadian Antitrust Legislation*, Baltimore, Williams and Wilkins.
- BARAN, P. A. et SWEEZY, P. M. (1966), *Monopoly Capital*, New York, Monthly Review Press.
- BARRY JONES, R. J. et WILLETS, P. (1984) (dir.), *Interdependence on Trial: Studies in the Theory and Reality of Contemporary Interdependence*, London, Frances Pinter.

- BAUMOL, W. J., PANZAR, J. et WILLIG, R. (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovitch.
- BAUMOL, W. J. (1982), "Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure", *American Economic Review*, vol. 72, pp. 1-15.
- BAUMOL, W. J. et FISCHER, D. (1978), "Cost Minimizing Number of Firms and the Determination of Industry Structure", *Quarterly Journal of Economics*, 10.
- BEAUCHESNE, E. (1998), "MPs to OK Bank Mergers: Committee has Good, Bad News for Canada's Financial Institutions", *The Ottawa Citizen*, 8 décembre.
- BEAUD, M. et DOSTALER, G. (1993), *La pensée économique depuis Keynes*, Paris, Seuil.
- BELLON, B. (1995), "Les politiques industrielles américaines: vers un modèle de politiques industrielles de marché", *Revue d'économie industrielle*, no. 71, 1er trimestre, pp. 61-78.
- BELLON, B. et al. (1994), *L'état et le marché*, Paris, Économica.
- BELLON, B. (1993), "Cent ans de politique antitrust aux États-Unis", *Revue d'économie industrielle*, no. 63, 1er trimestre, pp. 10-24.
- BELLON, B. (1986), *L'interventionnisme libéral: la politique industrielle de l'État fédéral américain*, Paris, Économica.
- BERGER, S. et DORE, R. (dir) (1997), *Convergence or Diversity? National Models of Production and Distribution in a Global Economy*, Ithaca, Cornell University Press.
- BERGSTEN, C. F. (1990), "The World Economy After the Cold War", *Foreign Affairs*, vol. 69, pp. 69-112.
- BERGSTEN, C. F. (1974), "The Coming Investment War", *Foreign Affairs*, vol. 53, pp. 135-152.
- BERMAN, H. J. et KAUFMAN, C. (1978), "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)", *Harvard International Law Journal*, vol. 19, no. 1, pp. 221-277.
- BERTIN, G. Y. (dir) (1975), *Les sociétés multinationales*, Paris, PUF.
- BERTIN, G. Y. (dir) (1975), *La croissance de la grande firme multinationale*, Paris, Éditions du CNRS.
- BIANCHI, P. (1992), "Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen", 2ième partie, *Revue d'économie industrielle*, vol. 60, pp. 7-29.
- BIANCHI, P. (1991), "Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen", 1ière partie, *Revue d'économie industrielle*, vol. 59.
- BIENAYMÉ, A. (1998), *Principes de concurrence*, Économica, Paris.

- BLADEN, V. (1956), *Competition and Monopoly and Their Regulation in Canada*, Submission to the Royal Commission on Canada's Economic Prospects, Toronto.
- BLISS, M. (1987), *Northern Enterprise: Five Centuries of Canadian Business*, Toronto, McClelland and Stewart.
- BLISS, M. (1974), *A Living Profit: Studies in the Social History of Canadian Business, 1883-1911*, Toronto, McClelland and Stewart.
- BLISS, M. (1973), "Another Antitrust Tradition: Canadian Anti-Combines Policy, 1889-1910", *Business History Review*, vol. 47, summer, pp. 177-88.
- BODDEZ, T. M. et TREBILCOCK, M. J. (1993), *Unfinished Business: Reforming Trade Remedy Laws in North America*, Toronto, C. D. Howe Institute.
- BONER, R. et KRUEGER, R. (1991), *The Basics of Antitrust Policy: A Review of Ten Nations and the European Community*, Technical Papers no. 160, Washington D. C., World Bank.
- BONIN, B. (1987), *Le monde des multinationales: Nature, organisation, rôle*, Paris, Les éditions d'organisation.
- BOURGUINAT, H. (dir.) (1982), *Internationalisation et autonomie*, Paris, Économica.
- BOYER, R. (1997), "Les mots et les réalités" dans S. Cordelier et F. Doutant, *Mondialisation, au-delà des mythes*, Paris, La découverte, pp. 13-56.
- BOYER, R. et DRACHE, D. (dir.) (1996), *States Against Markets: The Limits of Globalization*, Londres, Routledge.
- BORK, R. (1978), *The Antitrust Paradox*, New York, Basic Books.
- BRANDER, J. A. et SPENCER, B. J. (1985), "Export Subsidies and International Market Share Rivalry", *Journal of International Economics*, vol. 18, février, pp. 83-100.
- BRECHER, I. (1981), *Canada's Competition Policy Revisited: Some New Thoughts on an Old Story*, Montréal, Institut de recherches politiques.
- BRITTAN, Sir L. (1992), *A Framework for International Competition*, Adress before the World Economic Forum, Davos, 3 février.
- BROCK, G. W. (1981), *The Telecommunications Industry: The Dynamics of Market Structure*, Cambridge, Harvard University Press.
- BROOKS, S. et STRITCH, A. (1991), *Business and Government in Canada*, Scarborough, Prentice-Hall of Canada.
- BRUNELLE, D. et DEBLOCK, C. (1998), "Globalisation et nouveaux cadres normatifs. Le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement", *Continentalisation*, GRIC Cahier de recherche 98-2.

- BRUNELLE, D. et DEBLOCK, C. (1994), *L'Amérique du Nord et l'Europe communautaire - Intégration économique? Intégration sociale?*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec.
- BRUSICK, P. (1991), "International Competition and Development in the 1990s", dans OCDE, *Concurrence et développement économique*, Paris, OCDE, pp. 93-100.
- BUCHWALD, C. C. (1997), "Canadian Universality Policy and the Information Infrastructure: Past Lessons, Future Directions", *Canadian Journal of Communication*, vol. 22, no. 2.
- BUCKLEY, P. J. et MUCCHIELLI, J.-L. (dir.) (1997), *Multinational Firms and International Relocation*, Cheltenham, Brookfield.
- BUCKLEY, P. J. (1992), "Contemporary Theories of International Direct Investment", *Revue Économique*, no. 4, pp. 725-736.
- BUCKLEY, P. J. et CASSON, M. C. (1985), *The Economic Theory of the Multinational Entreprise*, London, Macmillan.
- BUCKLEY, P. J. (1983), "New Theories of International Business: Some Unresolved Issues", dans M. C. Casson (dir.), *The Growth of International Business*, London, Allen & Unwin.
- BUCKLEY, P. J. et CASSON, M. C. (1976a), *The Future of the Multinational Entreprise*, London, Macmillan.
- BUCKLEY, P. J. et CASSON, M. C. (1976b), *The Economic Theory of the Multinational Entreprise*, New York, St. Martin's Press.
- BULL, H. (1977), *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, New York, Columbia University Press.
- BYÉ, M. (1970), *Les problèmes économiques européens*, Paris, Cujas.
- BYÉ, M. (1958), "Self-Financed Multi-Territorial Units and Their Time Horizon", *International Economic Papers*, vol. 8, pp. 147-178.
- CAIRNS, J. P. (1981), "Merger Policy in Canada and the Supreme Court Decision in K. C. Irving Ltd.", *Alberta Law Review*, vol. 19, pp. 303-322.
- CAMPBELL, N. et TREBILCOCK, M. J. (1992), "A Comparative Analysis of Merger Law: Canada, the United States and the European Community", *World Competition Law and Economics Review*, vol. 15, mars, no. 3.
- CANADA(1998a (et années précédentes), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel du Directeur des enquêtes et des recherches*, Industrie Canada, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et services.
- CANADA (1998b), TRINUNAL DE LA CONCURRENCE, *Rapport de rendement du Tribunal de la concurrence pour la période se terminant le 31 mars 1998*, Ottawa.

- CANADA (1998c), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices pour l'application de la loi: Fusionnements de banques*, Ottawa.
- CANADA (1998d), INDUSTRIE CANADA, *Technologies de l'information et des télécommunications (TIC): Analyse statistique, édition 1997/1998*, et *L'industrie canadienne des services de télécommunications de 1990 à 1996*, Ottawa.
- CANADA (1997a), *Mesure de l'infrastructure mondiale de l'information pour une société mondiale de l'information*, Document de travail, janvier, Ottawa, Industrie Canada.
- CANADA (1997b), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Mémoire du Directeur des enquêtes et des recherches présenté au groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers*, Ottawa.
- CANADA (1996a), *Stratégie canadienne pour le commerce international 1996-1997. Aperçu*, Ottawa, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Équipe Canada.
- CANADA (1996b), *La société canadienne à l'ère de l'information: Pour entrer de plein-pied dans le XXIe siècle*, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services.
- CANADA (1996c), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Concuraction*, bulletin trimestriel, no. 1 et no. 2, Ottawa (strategis.ic.gc.ca).
- CANADA (1996d), INDUSTRIE CANADA, *L'industrie des services de télécommunications*, Ottawa.
- CANADA (1995a), *Le Canada dans le monde*, Énoncé du gouvernement, Ottawa.
- CANADA (1995b), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Les alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence*, Industrie Canada, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services.
- CANADA (1995c), COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, *Contact Communauté Contenu: Le défi de l'autoroute de l'information*, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services.
- CANADA, (1995d), HERITAGE CANADA, *Report of the Canadian Content and Culture Working Group*, Ottawa, Minister of Supply and Services.
- CANADA (1993a), *Accord de libre-échange nord-américain*, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services.
- CANADA (1993b), *Loi sur les télécommunications*, chapitre 38, Politiques des télécommunications canadiennes, Ottawa.
- CANADA (1992), *Innover pour l'avenir: un plan d'action pour la prospérité au Canada*, Ottawa.

- CANADA (1991a), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Les lignes directrices pour l'application de la loi: Fusionnements*, Ottawa, (strategis.ic.gc.ca).
- CANADA (1991b), MAECI, *Europe 1992: Working Group report on Competition Policy*, Ottawa, Minister of Supply and Services.
- CANADA (1989a), BUREAU DE LA CONCURRENCE, *La politique de concurrence au Canada et les autres politiques économiques et sociales*, Consommation et Affaires commerciales, septembre.
- CANADA (1989b), *An Act to Implement the Free Trade Agreement between Canada and the United States of America: Statutes of Canada*, 1988, c. 65, Ottawa, Imprimeur de la Reine.
- CANADA (1987), COMMUNICATIONS CANADA, *A Policy Framework for Telecommunications in Canada*, Ottawa.
- CANADA (1985a), *Compétitivité et Sécurité: orientations pour les relations extérieures du Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires extérieures.
- CANADA (1985b), *Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada.
- CANADA (1985c), *Competition Act*, Chapter C-34, Ottawa, Communications Group, Government of Canada.
- CANADA (1984), *Une nouvelle orientation pour le Canada: Un programme de renouveau économique*, Ottawa.
- CANADA (1983), COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE, *Les télécommunications au Canada, Partie III, Répercussions de l'intégration verticale dans l'industrie du matériel de télécommunications*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada.
- CANADA (1982), COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE, *Les télécommunications au Canada, Partie II, La proposition de réorganisation de Bell Canada*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada.
- CANADA, (1981a), *Proposals for Amending the Combines Investigation Act: A Framework for Discussion*, Ottawa, Minister of Consumer and Corporate Affairs.
- CANADA, (1981b), COMMUNICATIONS CANADA, *La fourniture d'équipements de télécommunications*, Ottawa.
- CANADA (1981c), *The State of Competition in the Canadian Petroleum Industry*, Ottawa, Minister of Consumer and Corporate Affairs.
- CANADA (1981d), COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE, *Les télécommunications au Canada, Part I, L'interconnexion*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada.

CANADA (1978), *Rapport de la commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada.

CANADA, (1977), *Proposals for a New Competition Policy in Canada, Second Stage*, Ottawa, Minister of Consumer and Corporate Affairs.

CANADA (1976), *Background Papers: Stage I Competition Policy*, Department of Consumer and Corporate Affairs, Ottawa.

CANADA, (1973), *Proposals for a New Competition Policy in Canada, First Stage*, Minister of Consumer and Corporate Affairs, Ottawa.

CANADA (1971a), *Concentration dans les industries manufacturières du Canada, Directeur des enquêtes et des recherches*, Ministère de la consommation et des corporations, Ottawa, Information Canada.

CANADA, DEPARTMENT OF COMMUNICATIONS (1971b), *Instant World, A Report on Telecommunications in Canada*, Ottawa, Information Canada.

CANADA (1957), *Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine.

CANADA (1952), *Parliament, House of Commons Committee to Study Combines Legislation*, Ottawa, Queen's Printer.

CANADA (1945), *Canada and International Cartels*, Department of Justice, Ottawa, King's Printer.

CANADA (1888), *House of Commons Select Committee to Investigate and Report Upon Alleged Combinations in Manufacture, Trade and Insurance in Canada Report*, Ottawa, Quenn's Printer.

CANTWELL, J. A. (1991), "A Survey of the Theories of International Production", dans C. N. Pitelis et R. Sugden (dir.) (1991), *The Nature of the Transnational Firm*, Londres, Routledge.

CANTWELL, J. A. (1989), *Technological Innovation and Multinational Corporations*, Oxford, Blackwell.

CARREAU, D., JUILLARD, P. ET FLORY, T. (1990), *Droit international économique*, 3ième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

CARREAU, D., JUILLARD, P. ET FLORY, T. (1980), *Droit international économique*, 2ième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

CASPARI, M. (1991), "Competition and Regional Cooperation", dans OCDE, *Concurrence et développement économique*, Paris, pp. 75-78.

CASSON, M. C. (1990), *Multinational Corporations*, Aldershot, E. Edgar.

CASSON, M. C. (1987), *The Firm and the Market: Studies in Multinational Enterprise and the Scope of the Firm*, Oxford, Blalckwell.

- CASSON, M. C. (dir) (1983), *The Growth of International Business*, London, Allen & Unwin.
- CASTEL, J.-G., (1988), *Extraterritoriality in International Trade: Canada and United States of America Practices Compared*, Toronto, Butterworths.
- CAVES, R. E. et al. (1990), *Competition in the Open Economy*, Cambridge, Harvard University Press.
- CAVES, R. E. (1987), "Industrial Policy and Trade Policy: The Connections", dans H. Kierzkowski (dir.) (1987), *Protection and Competition in International Trade*, Oxford, Basil Blackwell, pp. 68-85.
- CAVES, R. E. (1982), *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CAVES, R. PORTER, M., SPENCE, M. et SCOTT, W. (1980), *Competition in the Open Economy*, Cambridge, Harvard University Press.
- CAVES, R. et PORTER, M. (1977), "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition", *Quarterly Journal of Economics*, 91.
- CECCHENI, P. (1988), *The European Challenge*, Hants, Wildwood House.
- CENG, Chia-Jui (ed.) (1988), *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade*, London, Martinus Nijhoff Publishers.
- CERNY, P. C. (1997), "Paradox of the Competition State: the Dynamics of Political Globalization", *Government and Opposition*, vol. 32, no. 2, pp. 251-274.
- CERNY, P. C. (1990), *The Changing Architecture of the State: Structure, Agency, and the Future of the State*, Londres, Sage Publications.
- CHAMBERLIN, E. H. (1933), *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Harvard University Press.
- CHANDLER, A. (1977), *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge, Belknap Press.
- CHANDLER, A. (1962), *Strategy and Structure: Chapters in the History of the Industrial Enterprise*, Cambridge, MIT Press.
- CHRISTIE, K. H. (1994), *Condamnés à agir: Réflexions sur les régimes antidumping et la politique de la concurrence*, Groupes des politiques, document 94/15, Ottawa, MAECI.
- CHRISTIE, K. H. (1993), *La mondialisation et la politique officielle au Canada: La recherche d'un paradigme*, Groupe de planification des politiques, document 93/01, AECEC.
- CLIFFORD, J. F. (1993), "Competition: Gemini complicates Canadian Mergers", *International Commercial Litigation*, October, no.29, London.

- CNUCED (1997), *World Investment Report, 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, New York et Genève, Nations Unies.
- CNUCED (1995), *Travaux relatifs à l'élaboration de lois types sur les pratiques commerciales restrictives*, New York et Genève, Nations Unies
- CNUCED (1994), *World Investment Report: Transnational Corporations, Employment and the Workplace*, New York et Genève, Nations Unies.
- CNUCED (1993a), *Concentration of Market Power and its Effects on International Markets*, New York, Nations Unies.
- CNUCED (1993b), *World Investment Report: Transnational Corporations and Integrated International Production*, New York et Genève, Nations Unies.
- CNUCED (1992), *World Investment Report: Transnational Corporations as Engines of Growth*, New York et Genève, Nations Unies.
- CNUCED (1988), *Transnational Corporation and World Development: Fourth Survey*, New York, Nations Unies.
- CNUCED (1980), *L'ensemble des principes et des règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, New York, Nations Unies.
- COASE, R. H. (1993), "Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, vol. 36, avril, pp. 239-250.
- COASE, R. H. (1992), "The Institutional Structure of Production", *American Economic Review*, vol. 82, no. 4, septembre, pp. 713-719.
- COASE, R. H. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, pp. 386-405.
- COLVILLE, D. (1999), *Les défis qui attendent les compagnies de téléphones indépendantes canadiennes*, Notes pour une allocution du Vice-président, Télécommunications CRTC, conférence de l'Association canadienne du téléphone indépendant, Toronto (Ontario), 15 février.
- COLVILLE, D. (1998a), *La concurrence en politique canadienne et internationale en matière de télécommunications*, Notes pour une allocution du vice-président, Télécommunications, CRTC, à l'Ambassade du Canada, Washington (D.C.), 14 octobre.
- COLVILLE, D. (1998b), *Nouvelles orientations de la politique et défis à prévoir: S'adapter à de nouvelles réalités*, Notes pour une allocution du vice-président du CRTC à la Conférence sur la politique canadienne des télécommunications, Ottawa, 11 février.
- COMANOR, W. S. et WHITE, L. J. (1992), "Market Power or Efficiency: a Review of Antitrust Standards", *Review of Industrial Organization*, vol. 7, no. 2.
- COMANOR, W. S. et al. (dir) (1990), *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, New York, Harwood Academics.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1996a), *Livre Vert sur la politique de concurrence et les restrictions verticales*, Office des publications officielles des communautés européennes, Bruxelles.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1996b et précédentes), *XXVe Rapport sur la politique de concurrence, 1995*, Office des publications officielles des communautés européennes, Bruxelles

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1996c), *Proposal for a European Parliament and Council Directive on a common framework for general authorisations and individual licences in the field of telecommunications services*, Brussels, Official Journal of the European Communities.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1995a), *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Rapport du groupe d'experts, Brussels, Office des publications officielles des communautés européennes.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1995b), *Livre Vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câbles*, deuxième partie, Bruxelles, Office des publications officielles des communautés européennes.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1994), *Livre Vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câbles*, première partie, Office des publications officielles des communautés européennes, Bruxelles.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1993), *Livre Blanc: Croissance, compétitivité et emploi*, Office des publications officielles des communautés européennes, Bruxelles.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (1990), *Commission Directive on competition in the markets for telecommunications services*, Brussels, Official Journal of the Commission.

COMOR, E. (1991), "The Department of Communications Under the Free Trade Regime", *Canadian Journal of Communications*, vol. 16, no. 2.

CONSEIL DE LA RADIO-DIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Décision Telecom* (plusieurs) Ottawa, Minister of Supply and Services.

CONSEIL DE LA RADIO-DIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES (1995), *Concurrence et culture sur l'autoroute de l'information: Gestion des réalités de transition*, Ottawa, Travaux publics et services gouvernementaux Canada.

CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA (1969), *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa.

- CONSTANTINE, L. (1995), *How Antitrust should assess the Role of Imports in Market Definition*, Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation Based Competition, 19 octobre, Washington, D.C.
- COOK, P. (1998), "A World Minus Canada", *Worldview*, July 29.
- COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS (1999), *Growth and Competition in the Telecommunications Industry: 1993-1998*, February, Department of Commerce, National Technical Information Administration, United States, Washington D. C.
- COWLING, K. (1992), "Monopoly Capitalism Revisited", dans A. Del Monte et al. (dir.), *Recent Developments in the Theory of Industrial Organization*, Ann Arbor, University of Michigan Press, pp. 148-161.
- COWLING, K. et SUGDEN, R. (1987), *Transnational Monopoly Capitalism*, Brighton, Wheatsheaf.
- COWLING, K. et al. (1980), *Mergers and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CRAMPTON, P. S. et CORLEY, F. D. (1997), "Merger Review Under the Competition Act: Reflections of the First Decade", *Antitrust Law Journal*, 65, pp. 535-571.
- CRAMPTON, P. S. (1994), "Alternative Approaches to Competition Law: Consumers' Surplus, Total Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals", *World Competition*, vol. 17, no. 3, mars.
- CRAMPTON, P. S. (1993), "The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal", *Canadian Business Law Journal*, vol. 21, no. 3, mars.
- DALGLISH, B. et KAYE-FULTON, E. (1995), "Cable booster: Ted Rogers wins federal approval for his Maclean Hunter bid", *Maclean's*, January 2, pp. 44-45.
- DAVID, R. (1987), *Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Économica.
- DAVIES, A. et HULSICK, W. (1997), "Two-Speed Europe?: Anglo-Dutch Experiences of Telecommunication Restructuring", *Communications and Strategies*, no. 27, pp. 11-47.
- DAVIES, A. et HULSICK, W. (1996), "The Return of the Nation State", *Telecom International*, September, pp. 20-23.
- DAVIES, S. W., LYONS, B. et al. (1996), *Industrial Organization in the European Union: Structure, Strategy and the Corporate Mechanism*, Oxford, Oxford University Press.
- DAVIES, S. W. et LYONS, B. (1991), "Characterising Relative Performance: The Productivity Advantage of Foreign-Owned Firms in the UK", *Oxford Economic Papers*, vol. 43, october, pp. 584-595.

- DAVIES, S. W. et LYONS, B. (1990), *Economics of Industrial Organization*, Harlow, Longman.
- DeANNE, J. (1990), *Global Companies and Public Policy: The Growing Challenge of Foreign Investment*, New York, The Royal Institute of International Affairs.
- DE BANDT, J. (1993), "Politiques industrielle et de la concurrence: Quelles priorités, quelles combinaisons?", *Revue d'économie industrielle*, no. 63, 1er trimestre.
- DEBLOCk, C. et MARCOUX, F. (1997), *La politique commerciale du Canada : Orientations générales et principaux instruments*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale.
- DEBLOCk, C., et BRUNELLE, D. (1996), "L'intégration en Amérique du Nord et la politique économique internationale du Canada", dans C. DEBLOCk et C. EMERI (dir.), *Du libre-échange à l'union politique*, Paris, L'Harmattan.
- DEBLOCk, C. et HAMEL, B. (1994), "Bretton Woods et l'ordre économique international d'après-guerre", *Interventions économiques*, no. 26, automne, pp. 9-42.
- DEBLOCk, C. (1992), "Le sécurité économique internationale entre l'utopie et le réalisme", dans *Mondialisation et régionalisation: la coopération économique internationale est-elle encore possible?*, Deblock, C et Éthier, D. (dir), Sainte-Foy, Presses de l'université du Québec, pp. 333-383.
- DEBLOCk, C. et RIOUX, M. (1992), "Le libre-échange nord-américain: le joker des États-Unis?", dans *Mondialisation et régionalisation: la coopération économique internationale est-elle encore possible?*, Deblock, C et Éthier, D. (dir), Sainte-Foy, Presses de l'université du Québec, pp. 21-74.
- DEBLOCk, C. (1988), "La politique économique canadienne, 1970-1988, dans R. Arteau et C. Deblock (dir.) (1988), *La politique économique canadienne à l'épreuve du continentalisme*, Montréal, ACFAS, pp. 13-56.
- DELAPIERRE, M. et MYTELKA, L. K. (1998), "Blurring Boundaries: New Inter-Firm Relationship and the Emergence of Networked, Knowledge-Based Oligopolies", dans M. Colombo (dir.), *The Changing Boundaries of the Firm: Explaining Evolving Inter-Firm Relations*, London, Routledge.
- DELAPIERRE, M. et MYTELKA, L. K. (1996), *Strategic Partnerships, Knowledge-Based Networked Oligopolies and the State*, Paper prepared for the Workshop on Private Power and International Regimes, University of Victoria, août.
- DEL MONTE, A. et al. (dir), *Recent Developments in the Theory of Industrial Organization*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- DE LY, F. (1992), *International Business Law and Lex Mercatoria*, London, North-Holland.
- DEMSETZ, H. (1982a), *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*, Amsterdam, New York, North Holland.

- DEMSETZ, H. (1982b), "Barriers to Entry", *American Economic Review*, vol. 72, pp. 47-57.
- DEMSETZ, H. (1973), "Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy", *Journal of Law and Economics*, vol. 16, pp. 1-9.
- DEVAK, T. et LANGELFELD, J. (1992) "Efficiencies in U. S. Merger Analysis", *International Merger Law: Events and Commentary*, no. 25, septembre.
- DEWEY, D. (1990), *The Antitrust Experiment in America*, New York, Colombia University Press.
- DEWEY, D (1965), "Competition Policy and National Goals: The Doubtful Relevance of Antitrust", dans A. Philips (dir.), *Perspectives on Antitrust Policy*, Princeton, Princeton University Press.
- DICK, A. R. (1990), *Testing Strategic Trade Policy Theory: A Case of Export Cartels*, Los Angeles, University of California at Los Angeles.
- DICKEN, P. (1990), "Transnational Corporations and the Spatial Organization of Production: Some Theoretical and Empirical Issues", dans A. Shachan et S. Oberg (dir.), *The World Economy and the Spatial Organization of Power*, Adershot, Gower House.
- DIMIC, N. (1993), *Le contrôle des fusionnements à l'heure de la libéralisation des échanges: Convergence ou coopération?* Groupe des politiques, document 93/09, MAECI.
- DIRECTORY OF MERGERS AND ACQUISITIONS IN CANADA(1997), 1997 ANNUAL EDITION, (autres années et publications mensuelles), Toronto, M&A Publishing.
- DMITRIEV, D. K. (1974), *Economic Essays on Value, Competition and Utility*, ed. par D. M. Nuti, Cambridge, Cambridge University Press.
- DONNEUR, A. P. (1988), "Le libre-échange et la politique étrangère canadienne", dans R. Arteau et C. Deblock (dir.) (1988), *La politique économique canadienne à l'épreuve du continentalisme*, Montréal, ACFAS, pp. 221-230.
- DOUGLAS, S. (1990), "The Reagan Era: An Overview of U.S. Telecommunications Policy", *Telematics and Informatics*, vol. 7, no. 1, pp. 63-70.
- DOZ, Y. et PRAHALAD, C. K. (1987), *The Multinational Mission*, New York, Free Press.
- DRAHOS, P. et JOSEPH, R. A. (1995), "Telecommunications and Investment in the Great Supranational Regulatory Game", *Telecommunications Policy*, vol. 19, no. 8, pp. 619-635.
- DUMEZ, H. et JEUNEMAITRE, A. (1991), *La concurrence en Europe: de nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Paris, Seuil.

- DUNLOP, B. McQUEEN, D. et TREBILCOCK, M. (1987), *Canadian Competition Policy*, Toronto, Canada Law Book.
- DUNNING, J. H. (1993a), *Multinational Corporation and Global Economy*, London, Addison Wesley.
- DUNNING, J. H. (1993b), *Global Business: The Challenge of the 1990s*, Londres et New York, Routledge.
- DUNNING, J. H. (1993c), *The Globalization of Business*, Londres, Routledge.
- DUNNING, J. H. (1992), "The Competitive Advantages of Nations and TNC activities : A Review Article", dans C. N. Pitelis et R. Sugden (dir.) (1991), *The Nature of the Transnational Firm*, Londres, Routledge, pp. 135-168.
- DUNNING, J. H. (1990), *The Globalization of Firms and the Competitiveness of Nations*, Lund, Lund University Press.
- DUNNING, J. H. (1988), *Multinationals, Technology and Competitiveness*, London, Unwin Hyman.
- DUNNING J. H. et RUGMAN, A. M. (1985), "The Contribution of Stephen Hymer's Dissertation to the Theory of Foreign Direct Investment", *American Economic Review*, vol. 75, n. 2.
- DUNNING, J. H. (dir.) (1985), *Multinational Enterprises, Economic Structures and Industrial Competitiveness*, Londres, John Wiley & Sons.
- DUNNING, J. H. (1979), "Explaining Changing Patterns of International Production in Defense of the Eclectic Theory", *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, vol. 41, novembre, n. 4, pp. 269-295.
- DUPUY, P. M. (1992), *Droit international public, Précis*, Paris, Dalloz.
- EASTERBROOK, W. T. et WATKINS, M. H. (1988), *Approaches to Canadian Economic History*, Ottawa, Carleton University Press.
- EASTMAN, H.C. et STYKOLT, S. (1967), *The Tariff and Competition in Canada*, Toronto, Macmillan.
- EDWARDS, C. D. (1976), *Studies of Foreign Competition Policy and Practice*, Ottawa, Minister of Supply and Services.
- EDWARDS, C. D. (1967), *Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison*, Dobbs Ferry, Oceana Publications.
- EHRLICH, W. et al. (1994), *Convergence de la politique de concurrence: les cartels d'exportation*, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Document du Groupe des politiques, no 94/3, avril.
- EISNER, A. (1991), *Antitrust and the Triumph of Economics; Institutions, Expertise and Policy Change*, Chapel Hill, University of North Carolina Press.

- ELTON, M. C. J. (1992). "The U.S. Debate on Integrated Broadband Networks", *Media, Culture and Society*, vol. 14, no. 3, pp. 369-395.
- ENCOUA, D. et al. (1986), "Strategic competition and the Persistence of Dominant Firms" dans J. Stiglitz et G. F. Mathewson (dir.), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, Cambridge, MIT Press.
- ENGELHART, K. G. (1981), "Agreement to Lessen Competition After Atlantic Sugar: A Comment", *Canadian Business Law Journal*, vol. 6, pp. 104-107.
- ÉTATS-UNIS (1999), *Economic Report of the President, 1999*, Washington D. C.
- ÉTATS-UNIS (1998), *International Antitrust Guidelines*, Département de Justice, Washington D. C.
- ÉTATS-UNIS (1997), *Horizontal Merger Guidelines*, Revised Section 4, Department of Justice and the Federal Trade Commission, reprinted in 4 Trade Reg. Rep., 13, 104, April 8, Washington D.C.
- ÉTATS-UNIS (1996a), "Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech Global Marketplace", *Antitrust and Trade Regulation Report*, Special Supplement, 70, 1765, Washington D.C., United States Government Printing Office.
- ÉTATS-UNIS (1996b), *Telecommunications Act of 1996*, Washington D. C., Government Printing Office.
- ÉTATS-UNIS (1995), *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, Département de la Justice et Comission fédérale du commerce, Washington D.C.
- ÉTATS-UNIS (1994), *International Antitrust Enforcement Assistance Act*, Department of Justice, Washington D.C.
- ÉTATS-UNIS (1992), *Horizontal Merger Guidelines, 1992*, Revised Section 4, Department of Justice et Commission fédérale du commerce, dans *Trade Regulations Reports*, Chicago, Commercial Clearing House.
- ÉTATS-UNIS (1989), *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, Department of Justice, Washington, D. C.
- ÉTATS-UNIS (1985), *Vertical Restraints Guidelines*, Department of Justice, Washington D.C.
- ÉTATS-UNIS (1984), *Merger Guidelines*, Department of Justice, Washington D.C.
- ÉTATS-UNIS (1982a), *Merger Guidelines*, Department of Justice, Washington D.C.
- ÉTATS-UNIS (1982b), *Foreign Trade Antitrust Enforcement Act*, enacted as Titles IV of the Export Tradin Act of 1982, Saint Paul, West Publishing Company.
- ÉTATS-UNIS (1967), *Webb-Pomerene Association: A 50-Year Review*, Federal Trade Commission, Washington D. C.

- FAUGÈRES, J. P. et al (1997), *Convergence et diversité à l'heure de la mondialisation*, Paris, Économica.
- FEKETEKUTY, G. (1996), *The Scope, Implication and Economic Rationale of a Competition-oriented Approach to Future Multilateral Trade Negotiations*, OCDE, Trade Committee, février, Paris.
- FEKETEKUTY, G. (1990), "The Information Economy and the Global Market: Challenges for the United States", *Telematic and Informatics*, vol. 7, no. 1, pp. 71-79.
- FICKENTSCHER, W. et al (eds) (1995), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag.
- FINCKENSTEIN, K. von (1998a), *Questions fondamentales en matière de concurrence internationale au Canada*, Allocution du Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence au Comité consultatif international en matière de politique de concurrence, 2 novembre, Washington.
- FINCKENSTEIN, K. von (1998b), *Allocution par le Directeur des enquêtes et recherches*, Conférence de l'Association internationale du Barreau, 15 septembre, Vancouver.
- FINCKENSTEIN, K. von (1998c), *Allocation prononcée à la Rencontre annuelle de la section antitrust de l'American Bar Association*, 3 août, Toronto.
- FINCKENSTEIN, K. von (1998d), *Communiqué du Bureau de la concurrence*, 27 mai.
- FINCKENSTEIN, K. von (1998e), *Allocution prononcée par Konrad von Finckenstein, c.r. devant le Comité permanent de l'industrie de la Chambre des communes*, 2 avril.
- FLOWERS, E. G. (1976), "Oligopolist Reaction in European and Canadian Direct Investment in the US", *Journal of International Business Studies*, vol. 7, pp. 43-55.
- FLETCHER, J. (1990), *Attitudes Toward Competitiveness and Entrepreneurship in Canada*, Ottawa, Ministère de l'industrie, des sciences et de la technologie, juin.
- FOX, E. M. (1998), "International Antitrust: Against Minimum Rules; for Cosmopolitan Principles", *Antitrust Bulletin*, vol. 43, no.1, printemps, pp. 5-13.
- FOX, E. M. (1992), "The End of Antitrust Isolationism: The Vision of One World", *The University of Chicago Legal Forum*, pp. 221-240.
- FOX, E. M. et SULLIVAN, L. A. (1990), "The Good and the Bad Trust Dichotomy, a Short History of a Legal Idea", *Antitrust Bulletin*, printemps.
- G7 (1995), *Une vision partagée de l'enrichissement humain*, Conférence ministérielle du G7 sur la société de l'information, 25-26 février.
- GALBRAITH, J. K. (1952), *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Mifflin.
- GALBRAITH, J. K. (1967), *The New Industrial State*, Boston, Houghton Mifflin.

- GATT (1994), *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Geneva, GATT.
- GATT (1992), *Report on Unfair Trade Practices*, Geneva, GATT.
- GATT (1961), "Restrictives Business Practices; Arrangements for Consultations, Decision of 18 November 1960", *Basic Instruments and Selected Documents*, 9th Supplement, Geneva, GATT.
- GENDARME, R. (1981), *Des sorcières dans l'économie: les multinationales*, Paris, Cujas.
- GEROSKI, P. et JACQUEMIN, A. (1985), "Industrial Change, Barriers to Mobility, and European Industrial Policy", *Economic Policy*, novembre, pp. 170-218.
- GEROSKI, P. et JACQUEMIN, A. (1984), "Dominant Firms and Their Alleged Decline", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 2, pp. 1-27.
- GERRARD, J. (1994). *Building the Canadian Information Highway*, Ottawa, Industry Canada.
- GERSHON, R. A. (1990), "Global Cooperation", *Telecommunications Policy*, juin, pp. 249-259.
- GESTRIN, M. et RUGMAN, A. (1996), "Les dispositions relatives à l'investissement de l'ALENA: Prototypes de règles multilatérales en matière d'investissement?", dans OCDE, *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay: Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, Paris, pp. 73-87.
- GILBERT, M. (dir.) (1972), *The Modern Business Enterprise*, Harmondsworth, Penguin.
- GILPIN, R. (1996), "Economic Evolution of National Systems", *International Studies Quarterly*, vol. 40, no. 3, septembre, pp. 411-431.
- GILPIN, R. (1987), *The Political Economy of International Relations*, Princeton, Princeton University Press.
- GILPIN, R. (1975), *U. S. Power and the Multinational Corporation*, New York, Basic Book.
- GLAIS, M. (1992a), "L'application du règlement communautaire relatif au contrôle de la concentration: Premier bilan", *Revue d'économie industrielle*, 60, pp. 94-115.
- GLAIS, M. (1992b), "La jurisprudence récente (article 85 et 86) de la Commission européenne de la concurrence à l'épreuve de la théorie économique", *Revue d'économie industrielle*, 56, pp. 101-117.
- GLAIS, M. (1992c), *Économie industrielle: les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, Litec.
- GLAIS, M. et LAURENT, P. (1983), *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, PUF.

- GLOBERMAN, S. (1995), "Foreign Ownership in Telecommunications: A Policy Perspective", *Telecommunications Policy*, vol. 19, no. 1, pp. 21-28.
- GLOBERMAN, S. et CARTER, D. (1988), *Telecommunications in Canada*, Vancouver, The Fraser Institute.
- GOFF, C. et REASONS, C. E. (1978), *Corporate Crime in Canada: A Critical Analysis of Anti-Combines Legislation*, Toronto, Prentice-Hall of Canada.
- GOLDMAN, C. G. (1989), "Competition and Free Trade: The Canadian Adaptation", dans *Beyond 1992: The Single Markets of North America and Europe*, British Association for Canadian Studies Seminar.
- GOLDSTEIN, J. S. (1994), *International Relations*, New York, Harper Collins, College Publishers.
- GORECKI, P. K. et STANBURY, W. (1984), *The Objectives of Canadian Competition Policy, 1888-1983*, Toronto, Canada Law Book.
- GORECKI, P. K. (1976), *Économies d'échelle et taille d'efficacité des usines de fabrication au Canada*, Ottawa, Consommation et Corporation Canada, no. 1.
- GOSSE, R. (1962), *The Law on Competition in Canada*, Toronto, Carswell.
- GRAHAM, E. M. et RICHARDSON, J.D. (1999), "A U.S.-EU Road to Multilateralism in International Competition Policy", *Economic Perspectives, USIA Electronic Journals*, vol. 4, no. 1, février.
- GRAHAM, E. M. et KRUGMAN, P. R. (1989), *Foreign Direct Investment in the United States*, Washington, Institute for International Economics.
- GRAHAM, W. C. (1985-86), "The Foreign Extraterritorial Measures Act", *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 11, p. 410 à 444.
- GRAHAM, E. M. (1978), "Transatlantic Investment by Multinational Firm: A Rivalistic Phenomenon", *Journal of Post-Keynesian Economics*, vol. 1, pp. 82-99.
- GRANGE, S. G. M. (1975), *The Constitutionality of Federal Intervention in the Marketplace - The Competition Case*, Montréal, C. D. Howe Research Institute.
- GREEN, C. (1990), *Canadian Industrial Organisation and Policy*, 3ième édition, Montréal, McGraw-Hill.
- GREEN, C. (1987), "Industrial Organization Paradigms, Empirical Evidence, and the Economic Case for Competition Policy", *Revue canadienne d'économique*, vol. 20, no. 3, pp. 482-506.
- GREEN, C. (1983), "Canadian Competition Policy: Past and Present", *Les politiques de concurrence de la communauté économique européenne et du Canada*, Montréal, Centre de droit privé et comparé, pp. 39-66.

- GREEN, C. (1981), "Canadian Competition Policy at a Crossroad", *Canadian Public Policy*, vol. 7, summer, pp. 418-432.
- GRIFFIN, J. P. (1992), "The Impact of Reconsideration of U.S. Antitrust Policy Intended to Protect U.S. Exporters", *World Competition*, vol. 15, n. 4, p. 5 à 16.
- HART, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, London, Oxford University Press.
- HATEM, F. (1995), "Quel cadre juridique pour l'activité des firmes multinationales", *Économie internationale*, no. 65, 3ième trimestre.
- HATZICHRONOGLOU, T. (1996), *Globalisation and Competitiveness: Relevant Indicators*, OCDE, STI Working Papers (96/5), Paris.
- HAWK, B. (1989), *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, vol. 1, 2ième édition, Prentice Hall.
- HAWLEY, E. W. (1966), *The New Deal and the Problem of Monopoly: A Study in Economic Ambivalence*, Princeton, Princeton University Press.
- HAY, D. A. (1996), "Pratiques anticoncurrentielles, accès au marchés et politique de concurrence dans une économie globale", dans OCDE, *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay: Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, Paris, pp. 93-113.
- HAY, D. A. (1987), "Competitive and Industrial Strategy", *Review of Economic Policy*, vol. 3, no. 3, pp. 27-40.
- HAY, D. A. et VICKERS, J. (1987), *The Economics of Market Dominance*, Oxford, Basic Blackwell.
- HAYEK, F. (1944 en anglais) (1946), *La route de la servitude*, Paris, Médicis.
- HAZLEDINE, (1991), "Trade Policy as Competition Policy", dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.
- HIRST, P. et THOMPSON, G. (1994), "Globalization, Foreign Direct Investment and International Economic Governance", *Organization*, vol. 1, no. 2, pp. 277-303.
- HOEKMAN, B. (1997), *Competition Policy and the Global Trading System: A Developing Country Perspective*, Policy Research Working Paper, no 1735, World Bank, Washington. D.C.
- HOEKMAN, B. et MAVROIDIS, P. C. (1996), "Dumping, Antidumping and Antitrust", *Journal of World Trade*, vol. 30, pp. 27-52.
- HOEKMAN, B. et MAVROIDIS, P. C. (1994a), "Competition, Competition Policy and the GATT", *The World Economy*, vo. 17, pp. 121-150.
- HOEKMAN, B. et MAVROIDIS, P. C. (1994b), *Antitrust-Based Remedies and Dumping in International Trade*, Policy research, Working Paper 1347, août, World Bank.

- HOGAN, S. et HUIE, M. (1992), "Is a Deal Killer Lurking in Europe's Merger Control Rule?", *Mergers & Acquisitions*, septembre-octobre, pp. 45-49.
- HOGG, P. W. et GROVER, W. (1976), "The Constitutionality of The Competition Bill", *Canadian Business Law Journal*, vol. 1, pp. 197-228.
- HUGONNIER, B. (1984), *Investissements directs, coopération internationale et firmes multinationales*, Paris, Économica.
- HULSINK, W. (1996), *Do Nations Matter in a Globalising Industry? The Restructuring of Telecommunications Governance Regimes in France, The Netherlands and the United Kingdom (1980-1994)*, Delft, Eburon.
- HUMBERT, M. (1995), "Élargissement des fondements théoriques standards des politiques industrielles", *Revue d'économie industrielle*, no. 71, 1er trimestre, pp. 143-162.
- HUMBERT, M. (dir.) (1990), *Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*, Économica, Paris.
- HYMER, S. (1979), *The Multinational Corporation: A Radical Approach; Papers*, London, New York, Cambridge University Press.
- HYMER, S. (1976), *The International Operations of the National Firms: A Study of Direct Foreign Investment*, Cambridge, MIT Press.
- HYMER, S. (1971), "The Efficiency (Contradictions) of Multinational Corporations", *American Economic Association*, pp. 441-448.
- HYMER, S. et ROWTHORN, P. (1970), "Multinational Corporations and International Oligopoly: The Non American Challenge", dans Kindleberger, C. P., *The International Corporation*, Cambridge, MIT Press.
- HYMER, S. (1968), "La grande corporation multinationale: analyse de certaines raisons qui poussent à l'intégration internationale des affaires", *Revue économique*, novembre, pp. 949-973.
- IDATE (1999 et précédentes), *La lettre de l'IDATE*, trimestrielle, Paris, IDATE.
- IDATE (1998), *Les marchés mondiaux des équipements de télécommunications*, Paris, IDATE.
- IDATE (1997), *Les opérateurs de télécommunications dans le monde*, Paris, IDATE.
- IRELAND, D. (1992), *Les interactions entre la politique de concurrence et la politique commerciale: défis et possibilités*, Bureau de la concurrence, Direction de l'économie et des affaires internationales, novembre.
- IRWIN, D. A., (1996), *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*, Princeton, Princeton University Press.

- JACKSON, J. (1989), *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press.
- JACQUEMIN, A (1994), "Commentary", dans F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington D. C., The Brookings Institute.
- JACQUEMIN, A. (1993a), "La dimension externe de la politique européenne de concurrence", *Revue d'économie industrielle*, no. 63. 1er trimestre.
- JACQUEMIN, A. (1993b), "The International Dimension of European Competition Policy", *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, mars.
- JACQUEMIN, A. (1993c), *Enjeux de la nouvelle économie industrielle européenne*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble.
- JACQUEMIN, A. (1991), "Stratégie d'entreprises et politique de la concurrence dans le marché unique", *Revue d'économie industrielle*, no. 57, pp. 7-24.
- JACQUEMIN, A. ET SAPIR, A. (1991), "Europe Post-1992: Internal and External Liberalization, *American Economic Review*, no. 2, may.
- JACQUEMIN, A. (1990), *Merger and Competition Policy in the European Community*, Cambridge, Basic Blackwell.
- JACQUEMIN, A. (1989), "Les enjeux de la nouvelle économie industrielle", *Revue d'analyse économique*, vol. 65, no. 1, mars, pp. 8-20.
- JACQUEMIN, A. (1987), *The New Industrial Organisation*, Cambridge, MIT Press.
- JACQUEMIN, A. (1985), *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Paris, Économica.
- JACQUEMIN, A. (1971), "Le critère de l'intérêt public et le projet de réforme de la politique canadienne de concurrence", *Canadian Journal of Economics*, 4, pp. 395-401.
- JACQUEMOT, P. (1990), *La firme multinationale: une introduction économique*, Paris, Économica.
- JANISCH, H. et SCHULTZ, R. (1993), *Freedom to compete*, Ottawa, Bell Canada.
- JAPAN (1992), FAIR TRADE COMMISSION, *Antimonopoly Laws, Strengthening of Deterrence Power and Ensuring Transparency*, Tokyo, Executive Office.
- JAPAN (1991), FAIR TRADE COMMISSION, *The Antimonopoly Act Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices*, Tokyo, Executive Office.
- JAPAN (1973), FAIR TRADE COMMISSION, *The Antimonopoly Act of Japan*, Tokyo, Staff Office.
- JENKINS, B. (1991), "Strategic Partnerships in Telecommunications: The Role of States in Determining Comparative Advantage", dans L. K. Mytelka (dir.), *Strategic Partnerships: States, Firms and International Competition*, London, Pinter.

- JESSUP, P. (1956), *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press.
- JEVONS, W. S. (1871), *The Theory of Political Economy*, Londres, Macmillan.
- KALECKI, M. (1935), "Essai d'une théorie du mouvement cyclique des affaires", *Revue d'économie politique*, vol. 49, pp. 285-305.
- KALLA, P. (1986), "The GATT Dispute Settlement Procedure in the 1980s: Where Do we Go from Here", *Dickinson Journal of International Law*, vol. 5, no. 1.
- KELSEN, H. (1961), *General Theory of Law and the State*, New York, Russell and Russell.
- KELSEN, H. (1970), *The Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press.
- KEOHANE, R. (1988), "International Institutions: Two Approaches", *International Studies Quarterly*, vol. 32, pp. 379-396.
- KEOHANE, R. et NYE, J. (1977), *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Boston, Little Brown.
- KHEMANI, R.S. et SHAPIRO, D.M. (1993), "An empirical Analysis of Canadian Merger Policy", *Journal of Industrial Economics*, vol. 41, no. 2, juin, pp. 161-177.
- KHEMANI, R. S. (1991), "Merger Policies in Small vs. Large Economies", dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.
- KIERZKOWSKI, H. (dir.) (1987), *Protection and Competition in International Trade*, Oxford, Basil Blackwell.
- KIERZKOWSKI, H. (dir.) (1984), *Monopolistic Competition and International Trade*, Oxford, Clarendon Press.
- KIM, J.-Y. (1998), "Universal Service and Internet Commercialization: Chasing two Rabbits at the Same Time", *Telecommunications Policy*, vol. 22, no. 4/5, pp. 281-288.
- KINDLEBERGER, C. P. et AUDRETSCH, D. (dir) (1983), *The Multinational Corporation in the 1980s*, Cambridge, MIT Press.
- KINDLEBERGER, C. P. (1973a), *Oligopolistic Reaction and the Multinational Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press.
- KINDLEBERGER, C. P. (1973b), *The World in Depression, 1929-1939*, Harmondsworth, Penguin.
- KINDLEBERGER, C. P. (1970), *The International Corporation*, Cambridge, MIT Press.
- KINDLEBERGER, C. P. (1969), *American Business Abroad*, New Haven, Yale University Press.

- KING, W. L. M. (1912), "The Canadian Combines Investigation Act", dans *Industrial Competition and Combination*, Philadelphia, American Academy of Political and Social Science, pp. 149-155.
- KLEIN, J. I. (1999), *The State of Competition in the Telecommunications Marketplace Three Years After Enactment of the Telecommunications Act of 1996*, Testimony of the Assistant Attorney General Before the Subcommittee on Antitrust, Business Rights, and Competition, Senate Judiciary Committee, February 25, Washington, D.C., Department of Justice, Antitrust Division.
- KLEIN, J. I. (1998) *Statement of Assistant Attorney General Before the House Committee on the Judiciary Concerning Consolidation in the Telecommunications Industry*, June 24, Washington, D. C., Antitrust Division, U.S. Department of Justice.
- KLEIN, J. A. (1997), "Antitrust Law as a Regulator of the Rapidly Transforming Telecommunications Market", *Communications and Strategies*, no. 23.
- KNICKERBROCKER, E. T. (1973), *Oligopolistic Reaction and the Multinational Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press.
- KNIGHT, F. H. (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin.
- KNIGHT, F. H. (1935), *The Ethics of Competition and Others Essays*, London, Allen & Unwin.
- KOJIMA, K. (1978), *Direct Foreign Investment: A Japanese Model of Multinational Business Operations*, London, Croom Helm.
- KOJIMA, K. (1977), "Direct Foreign Investment Between Advanced Industrial Countries", *Hitosubashi Journal of Economics*, juin, pp. 1-18.
- KRATOCHWIL, F. (1989), *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KRUGMAN, P. (1996), *Pop Internationalism*, Boston, MIT Press.
- KRUGMAN, P. (1994), "Competitiveness : A Dangerous Obsession", *Foreign Affairs*, mars-avril.
- KRUGMAN, P. (1986), "The "New Theories" of International Trade and the Multinational Enterprise" dans C. P. Kindleberger et D. B. Audretsch (dir), *The Multinational Corporation in the 1980s*, Cambridge, MIT Press.
- KRUGMAN, P. (1979), "Increasing Returns , Monopolistic Competition and International Trade", *Journal of International Economics*, 9 (4), novembre, pp. 469-79.
- KUTTNER, R. (1989), *Managed Trade and Economic Sovereignty*, Washington D. C., Economic Policy Institute.
- KWOKA, J. et WHITE, L. (1989), *The Antitrust Revolution*, Scott, Roseman & Co.

- LAFAY, G. (1990), "Nations et entreprises dans l'économie mondiale", dans M. Humbert (dir), *Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*, Paris, Économica, pp. 61-69.
- LALL, S. et SIDDARTHAN, N. S. (1982), "The Monopolistic Advantages of Multinationals: Lessons from Foreign Investment in the U. S.", *Economic Journal*, septembre, pp. 668-683.
- LANDES W. M. et POSNER, R. A. (1981), "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review*, 94, 937, pp. 937-996.
- LANGDALE, J. V. (1989), "International Telecommunications and Trade in Services: Policy Perspectives", *Telecommunications Policy*, septembre, pp. 203-221.
- LAWRENCE, R. (1996), *Towards Globaly Contestable Markets*, Paris, OCDE.
- LAWRENCE, R. (1991a), *Political and Economic Aspects of Japanese Market Behaviour*, Washington, Brookings Institutions.
- LAWRENCE, R. (1991b), "Efficient or Exclusionist? The Import Behaviour of Japanese Corporate Groups", *Brookings Papers on Economic Activity*, 1, pp. 311-330.
- LEIBENSTEIN, H. (1966), "Allocative Efficiency vs X-Efficiency", *American Economic Review*, vol. 56, pp. 392-415.
- LEIDY, M. (1995), "Antidumping Laws", *Finance and Development*, mars, p. 27-29.
- LEONTIEF, W. W. (1953), "Domestic Production and Foreign Trade: The American Capital Position Re-examined", *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 97, pp. 332-349.
- LETEMENDI, M. et ZUIDWIJK, T. (1983), *Les politiques de concurrence de la Communauté Économique Européenne et du Canada*, Montréal, Centre de droit économique et privé, Université McGill.
- LEVITT, T. (1983) "The Globalization of Markets", *Harvard Business Review*, mai-juin, pp. 92-103.
- LINDER, S. B. (1961), *Essays on Trade and Transformation*, Stockholm, Almqvist & Wiksell.
- LIPIETZ, A. (1977), *Le capital et son espace*, Paris, Maspéro.
- LIPPmann, W. (1938), *La Cité libre*, Paris, Librairie de Médicis.
- LIST, F. (1841 (1916)), *The National System of Political Economy*, London, Longmans Green.
- LUTON, G. (1995), *La diplomatie à l'avant-garde: la technologie de pointe et la politique commerciale du Canada*, Groupes des politiques, document 95/12, décembre, Ottawa, MAECI.

- MACHLUP, F. (1952), *The Political Economy of Monopoly*, Baltimore, John Hopkins Press.
- MACKINNON, M. (1998), "M&A Activity on record pace in 1998: Big-is-better attitude, along with robust economy, market, drive deal making", *The Globe and Mail*, Tuesday July 7.
- MALCOMSON, J. (1984), "Efficient Labour Organisation: Incentives, Power and the Transaction Costs Approach", dans F. Stephen (dir.), *Firms, Organisations and Labour: Approaches to the Economics of Work Organization*, London, Macmillan.
- MANSELL, R. (1993), *The New Telecommunications: A Political Economy of Network Evolution*, London, Sage.
- MARRIS, R. et MUELLER, D. "The Corporation and the Competition", *Journal of Economic Literature*, 18.
- MARSHALL, A. (1906), *Principes d'économie politique*, Giard et Brière, Paris.
- MASI, A. (1991), "Structural Adjustment and Technological Change in the Canadian Steel Industry, 1970-1986", dans D. Drache et M. Gertler (dir.), *The New Era of Global Competition: State Policy and Market Power*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press.
- MASON, E. S. (1946), *Controlling World Trade: Cartels and Commodity Agreements*, McGraw-Hill.
- MATHEWSON, F. et QUIGLEY, N. (1998), *Canadian Bank Mergers: Efficiency and Consumer Gain versus Market Power*, C.D. Howe Institute, Commentary no. 108, Toronto, C. D. Howe Institute.
- MATHEWSON, F., TREBILCOCK, M. et WALKER, M. (dir.) (1990), *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, Simon Fraser Institute.
- McCHESNEY, R. (1996), "The Internet and U. S. Communication Policy-Making in Historical and Critical Perspective", *Journal of Communication*, vol. 46, no. 1, pp. 98-124.
- McCHESNEY, R. (1993). *Telecommunications, mass media, and democracy: The battle for the control of U.S. broadcasting, 1928-1935*, New York, Oxford University Press.
- McFETRIDGE, D. (1992), *Globalisation and Competition Policy*, Bell Canada Papers on Economic and Public Policy, septembre.
- McFETRIDGE, D. (1992), *Trade Liberalization and the Multinationals*, Ottawa, Conseil Économique du Canada.
- McGEE, J. (1974), "Efficiency and Economies of Size", dans H. Goldschmidt et al. (dir.), *Industrial Concentration: The New Learning*, Boston, Little Brown.

- McGREW, A. G., LEWIS, P. et al., (1992), *Globalisation and the Nation States*, Cambridge, Policy Press.
- McQUEEN, D. (1991), "On Some Other Objectives of Competition Policy", dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.
- MEENAN, J. J. (1997), *Telecommunications Reform in Canada*, Remarks of President and CEO of AT&T Canada to policy makers and regulators, April 23, Ottawa.
- MEESSEN, K. M. (1989), "Competition of Competition Laws", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 10, printemps, p. 17-30.
- MESSERLIN, P. A. (1995) "Politiques commerciales et de la concurrence", *Revue Économique*, vol. 46, no. 3, mai, pp. 717-726.
- MESSERLIN, P. A. (1989), *Antidumping Regulations or Prutrust Law? The EC Chemical Cases*, Washington, World Bank.
- MICHALET, C.-A. (1990), "Où en est la notion d'économie mondiale?", dans M. Humbert (dir), *Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*, Paris, Économica, pp. 18-34.
- MICHALET, C.-A. (1976), *Le capitalisme mondial*, Paris, P.U.F. (nouvelle édition 1985).
- MILLER, E. (1996), "Economic Regulation and New Technology in the Telecommunications Industry", *Journal of Economic Issues*, vol. 30, no. 3, pp. 719-735,
- MOSCO, V. (1990), "The Mythology of Telecommunications Deregulation", *Journal of Communications*, vol. 46, no. 1, pp. 36-49.
- MOSCO, V. (1990). *Transforming Telecommunications in Canada*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives.
- MOULINE, A. (1996), "Les stratégies internationales des opérateurs de télécommunications", *Communications et Stratégies*, no. 21, 1er trimestre, pp. 77-93.
- MUCCHIELLI, J.-L. (1991), *Relations économiques internationales*, Paris, Hachette.
- MUCCHIELLI, J.-L. (1990a), "Avantages compétitifs, comparatifs et stratégiques dans la théorie de la firme multinationale" dans M. Humbert (dir), *Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*, Paris, Économica, pp. 77-94.
- MUCCHIELLI, J.-L. (1990b), *Économie internationale*, Paris, Dalloz.
- MUCCHIELLI, J.-L. (1985), *Les firmes multinationales: Mutations et nouvelles perspectives*, Paris, Économica.
- MUELLER, D. (1989), "Mergers, Causes, Effects and Policies", *International Journal of Industrial Organization*, 7.

- MUELLER, W. F. (1986), "A New Attack on Antitrust: The Chicago School", *Antitrust Law and Economics Review*, vol. 18, no. 1.
- MULGAN, G. (1990), "The myth of cost-based pricing", *InterMedia*, January, London, International Institute of Communications.
- MUSTILL, Lord Justice (1987), "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years", dans M. Bos et I. Brownlie, *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press.
- NELSON, R. R. (dir.) (1993), *National Innovation Systems: A Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press.
- NEUMANN, K. H. (1989), "Models of Service Competition in Telecommunications", dans B. Wellenius et al., *Restructuring and Managing the Telecommunications Sector*, Washington, D. C., World Bank, pp. 19-27.
- NICOLAIDES, P. (1992), "Competition among Rules", *World Competition*, vol. 16, no. 2, pp. 113-21.
- NIOSI, J. (dir.) (1991), *Technology and National Competitiveness: Oligopoly, Technological Innovation and International Competition*, Montréal, McGill-Queen's University Press.
- NYAHOOHO, E. et PROULX, P.P. (1997), *Le commerce international: Théories, politiques et perspectives*, Sainte-Foy, Presses de l'université du Québec.
- OCDE (1999), *Report on Notification of Transnational Mergers*, Note by the Secretariat, Paris, OCDE.
- OCDE (1999), *Communications Outlook 1999, Telecommunications: Regulatory Issues (Canada)*, Paris.
- OCDE (1998a), *Un monde sans frontières: concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial*, Conférence ministérielle de l'OCDE à Ottawa, octobre, Paris, OCDE.
- OCDE (1998b et années précédentes), *Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE*, publication annuelle, Paris, OCDE.
- OCDE (1998c), *Fusions internationales et politique de concurrence*, Paris, OCDE
- OCDE (1997a), *Rapport de l'OCDE sur la réglementation*, juin, Paris, OCDE.
- OCDE (1997b), *Rapport sur la convergence des politiques de la concurrence*, Paris, OCDE.
- OCDE (1997c), *Les bases de données de télécommunications*, Paris, OCDE.
- OCDE (1997d), *Perspectives des communications, Volume 2: Politiques réglementaires*, Paris, OCDE.

- OCDE (1996a), *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, Paris, OCDE.
- OCDE (1996b), *Competition Policy Roundtables*, no. 8, Paris, OCDE.
- OCDE (1996c), *Renforcer la cohérence entre les politiques des échanges et de la concurrence*, rapport conjoint du Comité des échanges et du Comité du droit et de la politique de la concurrence, Paris, OCDE
- OCDE (1996d), *Competition in Telecommunications*, Paris, OCDE.
- OCDE (1996e) "Canada Market Definition in Abuse of Dominant Position Cases under the Canadian Competition Act", *Competition Policy Roundtables*, no. 8, 96 (13) Paris, OCDE.
- OCDE (1996f), *Trade and Competition: Frictions after the Uruguay Round*, Division des échanges et des investissements internationaux, Document de travail no. 165, Paris, OCDE.
- OCDE (1996g), *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay: Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, Paris, OCDE.
- OCDE (1995a), *Recommandation révisée du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, Paris.
- OCDE (1995b), *The Changing Role of Telecommunications in the Economy, Globalisation and its Impact on National Telecommunications Policy*, Paris, OCDE.
- OCDE (1995c), *Code de libération des mouvements de capitaux*, Paris, OCDE.
- OCDE (1994a), *Rapport intérimaire sur la convergence des politiques de la concurrence*, Paris, OCDE.
- OCDE (1994b), *Politique de la concurrence et des échanges: leur interaction*, Paris, OCDE.
- OCDE (1994c), *Problèmes de politique commerciale: Politique commerciale et de la concurrence: une comparaison des objectifs et des méthodes*, Paris, OCDE.
- OCDE (1994d), *Merger Cases in the Real World: A Study of Merger Control Procedures*, Paris, OCDE.
- OCDE (1993), *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE.
- OCDE (1992), *La technologie et l'économie: les relations déterminantes*, Paris, OCDE.
- OCDE (1991a), *Les industries stratégiques dans une économie globale: questions pour les années 90*, Paris, OCDE.
- OCDE (1991b), *Concurrence et développement économique*, Paris, OCDE.

- OCDE (1990), *Trade in Information, Computer and Communication Services*, Paris, OCDE.
- OCDE (1989a), *Telecommunication Network-Based Services*, Paris, OCDE.
- OCDE (1989b), *L'investissement direct international et le nouvel environnement économique*, Paris, OCDE.
- OCDE (1989c), *Predatory Pricing*, Paris, OCDE.
- OCDE (1988a), *L'industrie des télécommunications: Les défis des mutations structuelles*, Paris, OCDE.
- OCDE (1988b), *Fusions internationales et politique de la concurrence*, Paris, OCDE.
- OCDE (1987) *Politique de la concurrence et échanges internationaux: Instruments de coopération de l'OCDE*, Paris, OCDE.
- OCDE (1986a), *Investissement international et entreprises multinationales: Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, OCDE.
- OCDE (1986b), *Recommandation révisée du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, Paris, OCDE.
- OCDE (1984), *Politique de concurrence et des échanges: leur interaction*, Paris, OCDE.
- OCDE (1981), *Investissements internationaux et entreprises multinationales*, Paris, OCDE.
- OCDE (1979), *Recommandation révisée du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, Paris, OCDE.
- OCDE (1973), *Recommandation révisée du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, Paris, OCDE.
- OCDE (1967), *Recommandation du conseil sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, Paris, OCDE.
- OHMAE, K. (1995), *The End of the Nation-State*, New York, The Free-Press.
- OHMAE, K. (1985), *Triad Power: The Crossing Shape of Global Competition*, New York, The Free Press.
- OMC (1997), *Rapport annuel 1997*, volume 1, Dossier spécial: "Le commerce et la politique de la concurrence", Genève, OMC.
- ONSTAD, K. (1997), "Telecommunications: Chomp!", *Canadian Business*, mai, pp. 57-63.

- ORDOVER, J. et GOLDBERG, L. (1993), *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE.
- ORDOVER, J. et BAUMOL, W. (1988), "Antitrust Policy for High-Technology Industries", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol 4, winter, pp. 13-34.
- OSTRY, B. (1993), *The Electronic Connection: An Essential Key to Canadians' Survival*, Report to the Department of Industry, Ottawa.
- OSTRY, S. (1991), "Au-delà des frontières: le nouveau champs de la coopération internationale", dans OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale: questions pour les années 90*, Paris, OCDE.
- PALIM, M. R. A. (1998), "The Worldwide Growth of Competition Law: An Empirical Analysis" *Antitrust Bulletin*, vol. 43, no. 1, Spring, pp. 105-145.
- PERROUX, F. (1982), *Dialogue des monopoles et des nations*, Grenoble, Presse universitaire de Grenoble.
- PITELIS, C. N. et SUGDEN, R. (dir.) (1991), *The Nature of the Transnational Firm*, Londres, Routledge.
- PITOFSKY, R. (1999), *Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19th Century Discipline Addresses 21st Century Problems*, Prepared Remarks the Chairman of the Federal Trade Commission, American Bar Association Section of Antitrust Law's Antitrust Issues in High-Tech Industries Workshop, February 25-26, Scottsdale.
- PITOFSKY, R. (1998), *Efficiencies in Defense of Mergers: 18 Months After*, Remarks by Robert Pitofsky, Chairman Federal Trade Commission, George Mason Law Review Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency, October 16, Washington, D.C.
- PITOFSKY, R. (1997), *Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: A U. S. Perspective*, Prepared Remarks of Chairman, Federal Trade Commission, Fordham Corporate Law Institute, 24th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, October 16-17.
- PITOFSKY, R. (1996), *FTC Staff Report on Competition Policy: Six Months After Prepared*, American Bar Association Section of Antitrust Law, November, Washington, D.C.
- PITOFSKY, R. (1993), "Antitrust Policy in a Clinton Administration", *Antitrust Law Journal*, vol. 62, pp. 217-223.
- PITOFSKY, R. 1992), "Proposals for Revised US Merger Enforcement in a Global Economy", *Georgetown Law Review*, 81.
- PITOFSKY, R. (1990), *The Renaissance of Antitrust*, New York, Publication of the Association of the Bar of the City of New York.
- PLOURDE, F. (1992), "Les télécommunications: l'efficacité économique contre la coopération internationale?" dans Deblock, C et Éthier, D. (dir), *Mondialisation et*

régionalisation: la coopération économique internationale est-elle encore possible?, Sainte-Foy, Presses de l'université du Québec, pp. 183-220.

POLANYI, K. (1944(1983), *La Grande transformation: aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard.

PORTER, M. et MONITOR COMPANY (1991), *Le Canada à la croisée des chemins : Les nouvelles réalités concurrentielles*, Ottawa, Conseil canadien des chefs d'entreprise et Ministère des Approvisionnements et Services.

PORTER, M. E. (1990), *The Competitive Advantage of Nations*, New York, Free Press.

PORTER, M. E. (1986), *Competition in Global Industries*, Harvard Business School Press.

PORTER, M. E. (1985), *Competitive Advantage*, New York, Macmillan.

POSNER, R. A. (1976a), *The Robinson-Patman Act: Federal Regulation of Price Differences*, Washington, D.C., American Enterprise Institute.

POSNER, R. (1976b), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press.

POSNER, R. (1974), *Antitrust*, St-Paul, West Publishing.

RABOY, M. (1996), "Cultural Sovereignty, Public Participation and Democratization of the Public Sphere: The Canadian Debate on the New Information Infrastructure", *Communications and Strategy*, no. 21, 1st Quarter, pp. 51-76.

RAVIX, J. T. (1991), "Économie internationale et économie industrielle: une mise en perspective de quelques travaux récents", *Revue d'économie industrielle*, no. 55, 1er trimestre, pp. 221-230.

REDDICK, A. (1995a). *Sharing the Road: Convergence and the Canadian Information Highway*, Ottawa, Public Interest Advocacy Centre.

REDDICK, A. (1995b). *The Information Superhighway: Will Some Canadians be Left on the Side of the Road?* Ottawa, The Public Interest Advocacy Centre.

REICH, R. (1993), *L'économie mondialisée*, Paris, Dunod.

REICH, R. (1983), *The Next American Frontier*, New York, Basic Book.

REICH, R. (1980), "The Antitrust Industry", *Georgetown Law Journal*, vol. 68, pp. 1053-73.

REICH, S. (1989), "Roads to Follow: Regulating Direct Foreign Investment", *International Organization*, vol. 43, automne, pp. 543-584.

REYNOLDS, L. G. (1940), *The Control of Competition in Canada*, Cambridge, Harvard University Press.

- ROBINSON, E. A. G. (1941), *Monopoly*, London, Nisbet.
- ROBINSON, J. (1933), *Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan.
- RONAYNE, M.F., ANDERSON, R.D. et KHOSLA, S.D. (1987), *The Impact of Non-Tariff Barriers on Canada-U.S. Trade in the Steel Industry*, Bureau de la concurrence, juin, Ottawa.
- RÖPKE, W. (1937), *The Economics of Free Society*, New York, Kelley.
- ROSENBLUTH, G. et THORBURN, H. G. (1963), *Canadian Anti-Combines Administration, 1952-1960*, Toronto, University of Toronto Press.
- ROSENAU, J. N. et al. (1989), *Interdependence and Conflict in World Politics*, Brookfield, Avebury.
- ROSS, T. W. (1988), "Movements Towards Free Trade and Domestic Market Performance with Imperfect Competition", *Revue canadienne d'économique*, août, pp. 507-524.
- ROUSSEAU, C. (1970-83), *Traité de droit international public*, 5 volumes, Paris, Sirey.
- ROWAT, M., LUBRANO, M. et PORRATA, R. (1997), *Competition Policy and MERCOSUR*, World Bank Technical Papers no. 385, Washington, D. C.
- ROWLEY, J. W. et STANBURY, W. T. (dir.) (1978), *Competition Policy in Canada; Stage II, Bill C-13*, Montréal, The Institute for Research on Public Policy.
- RUGGIE, J. G. (1994), "At Home Abroad, Abroad at Home: International Liberalisation and Domestic Stability in the New World Economy", *Journal of International Studies*, vol. 24, no. 3, pp. 507-526.
- RUGGIE, J. G. (1982), "International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order", *International Organization*, vol. 36, no. 2, pp. 379-415.
- RUGGIERO, R. (1996), *De quoi l'avenir ser-t-il fait: La politique commerciale internationale à l'ère de l'OMC*, Quatrième conférence annuelle Sylvia Ostry, Ottawa, 28 mai, Communiqué de presse de l'OMC.
- RUGGIERO, R. (1995), *Sur le chemin de Singapour*, Allocution du directeur de l'OMC devant le Press Club de Singapour, 25 mai, Communiqué de presse de l'OMC.
- RUGMAN, A. M. (1990), *Multinationals and Canada-United States Free Trade*, Columbia, University of South Carolina Press.
- RUGMAN, A. M. (1988), *Canadian Business in a Global Trading Environment*, Working Paper no. 1, Toronto, University of Toronto.
- RUGMAN, A. M. (1987), *Outward Bound: Canadian Investment in the United States*, Washington, Canadian American Committee.

- RUGMAN, A. M. (dir.) (1982), *New Theories of the Multinational Enterprise*, London, Croom Helm.
- RUGMAN, A. M. (1981), *Inside the Multinationals*, London, Croom Helm.
- RUIGROK, W. et van TULDER, R. (1995), *The Logic of International Restructuring*, London, Routledge.
- SAFARIAN, A. E. (1991), "Firm and Government Strategies", dans Burgenmeier et Mucchelli (dir), *Multinationals and Europe 1992*, London, Routledge.
- SAFARIAN, A. E. (1966), *Foreign Ownership of Canadian Industry*, Toronto, McGraw Hill.
- SANDERSON, M. (1997), "Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases", *Antitrust Law Journal*, vol. 65, no. 2, pp. 623-639.
- SANDERSON, M. (1995), *Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases*, allocution devant le Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition Washington, D.C, November 2.
- SCHERER, F. M. (1994), *Competition Policies for an Integrated World*, Washington D. C., The Brookings Institute.
- SCHERER, F. M. (1993), *Monopoly and Competition Policy*, Hants, Edward Elgar.
- SCHMALENSSE, R. et WILLIG, R. (dir.) (1989), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam, Elsevier Science Publications.
- SCHMITTHOFF, C. (1961), "International Business Law: A New Law Merchant", *Current Law and Social Problems*, vol. 129.
- SCHUMPETER, J. A. (1950), *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 3ième édition, New York, Harper & Row.
- SERAFINI, S. et ANDRIEU, M. (1981), *The Information Revolution and its Implications for Canada*, Minister of Supply and Services, Ottawa.
- SERVAN-SCHREIBERS, J.-J. (1968), *The American Challenge*, New York, Atheneum.
- SHARKEY, W. W. (1992), *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SIMON, H. A. (1991), "Organizations and Markets", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, no. 2, pp. 25-44.
- SIMON, H. A. (1947), *Administrative Behavior*, 3ième édition en 1976, New York, Macmillan.
- SKEOCH, L. A. et McDONALD, B. C. (1976), *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy*, Ottawa, Supply and Services.

- SKEOCH, L. A. (dir) (1966), *Restrictives Trade Practices in Canada*, Toronto, McClelland and Stewart.
- SKEOCH, L. A. (1956), "The Combines Investigation Act: Its Intent and Application", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 22, février, pp. 17-37.
- SMITH, A. (1776(1859)), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Guillaumin.
- SMITH, P. (1998), *Lignes directrices sur l'application de la Loi sur la concurrence à la propriété intellectuelle*, allocution prononcée par la sous-directrice de la division Économie et Affaires internationales du Bureau de la concurrence devant l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle, 23 novembre, Montréal.
- SMITH, P. (1997), *What the Transformation of Telecom Markets Means for Regulation, Public Policy for the Private Sector*, Note no. 121, The World Bank Group, Washington.
- SMYTHE, D. (1981), *Dependency Road: Communications, Capitalism, Consciousness, and Canada*, Norwoodm, Ablex Publishing.
- SOUTY, F. (1994), "La politique de concurrence de l'administration Clinton", *Problèmes économiques*, no. 2, 6 juillet, pp. 20-26.
- SRAFFA, P. (1926), "The Laws of Return Under Competitive Conditions", *Economic Journal*, vol. 36, pp. 535-550.
- STANBURY, W. T. (1992), "An Assessment of the Merger Review Process Under the Competition Act", *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 20, n. 1, mars.
- STANBURY, W. T. (1991), "Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform", dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.
- STANBURY, W. T.(dir) (1986), *Telecommunications Policy and Regulation: The Impact of Competition and Technological Change*, Montréal, Institut des recherches politiques.
- STANBURY, W. T. (1977), *Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975*, Toronto, Carswell-Metheun.
- STAREK, R. B. (1996), *International Cooperation in Antitrust Enforcement*, Allocution devant The Illinois State Bar Association International Trade Program, 10 mai, Chicago.
- STIGLER, G. J. (1982), "The Economists and the Problem of Monopoly", *American Economic Review*, vol. 72, no. 2, pp. 1-11.
- STIGLER, G. J. (1968), *The Organization of Industry*, Homewood, Irwin.
- STIGLITZ, J. E. et MATHEWSON, G. F. (dir.) (1985), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, Cambridge, MIT Press.

- STOCKING, G. W. (1961), *Workable Competition and Antitrust Policy*, Nashville, Vanderbilt University Press.
- STOPFORD, J. M. et DUNNING, J. H. (1983), *Multinationals: Company Performance and Global Trends*, London, Macmillan.
- STOPFORD, J. et STRANGE, S. (1991), *Rival States, Rival Firms: Competition for World Market Shares*, Cambridge, Cambridge University Press.
- STRANGE, S. (1988), *States and Markets. An Introduction to International Political Economy*, London, Pinter Publishers.
- STRANGE, S. (1970), "International Economics and International Relations. A Case of Mutual Neglect", *International Affairs*, vol. 46, no. 2, avril, pp. 304-315.
- STYLIADOU, M. (1997), "Applying EC Competition Law to Alliances in the Telecommunications Sector", *Telecommunications Policy*, vol. 21, no. 1, pp. 47-58.
- TEECE, D. (1980), "Economies of Scope and the Scope of the Enterprise", *Journal of Economic Behaviour and Organisation*, 1, pp. 223-247.
- THUREAU-DANGIN, P. (1995), *La concurrence et la mort*, Paris, Syros.
- THUROW, L. (1992), *The Coming Economic Battle among Japan, Europe and United States*, New York, William Morrow Company.
- TIROLE, J. (1990), *The Theory of Industrial Organisation*, Cambridge, MIT Press.
- TREBILCOCK, M. J. (1991), "Competition Policy, Trade Policy, and the Problem of the Second Best", dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury (dir.) *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques.
- VALENTINE, D. A. (1997), *Building a Cooperative Framework for Oversight in Mergers: The Answer to Extraterritorial Issues in Merger Review*, allocation dans le cadre du George Mason Law Review's Antitrust Symposium, Arlington, October 10.
- VAN DER WEE, H. (1990), *L'histoire économique mondiale: 1945-1990*, Bruxelles, Academia-Duculot.
- VASQUEZ, J. A. (1983), *The Power of Power Politics: A Critique*, London, Frances Pinter.
- VERNON, R. (1981), "Sovereignty at Bay Ten Years After", *International Organization*, vol. 35, no. 3, pp. 517-529.
- VERNON, R. (1979), "The Product Cycle Hypothesis in a New International Environment", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 93, novembre, pp. 255-267.
- VERNON, R. (1973), *Les entreprises multinationales*, Paris, Calmann-Levy.
- VERNON, R. (1966), "International Investment and International Trade in the Product Cycle", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 80, mai, pp. 190-207.

- VINER, J. (1921), *Dumping: A Problem in International Trade*, Chicago, University of Chicago Press.
- WALRAS, L. (1874-1877), *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Guillaumin, Paris.
- WARNER, P. L. (1992), "Canada-United States Free Trade: The Case for Replacing Antidumping with Antitrust Law and Policy", *International Business*, Summer, vol. 23, no. 4.
- WARREN-BOULTON, F. R. (1990) "Implications of U.S. Experience with Horizontal Mergers and Takeovers for Canadian Competition Policy", dans Mathewson et al., *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, Fraser Institute.
- WATKINS, M. (1968), *Propriété étrangère et structure de l'industrie canadienne*, Ottawa, Imprimeur de la Reine.
- WAVERMAN, L. (1990), "Canadian Competition Law: 100 Years of Experimentation", dans W. S. Comanor et al (dir), *Competition Policy in Europe and North America*, New York, Harwood Academic, pp. 73-103.
- WILKINSON, B. W. (1995), "The Free Trade Agreement Between Canada and the United States", dans M. Panic et A. M. Vacic, *Economic Integration in Europe and North America*, New York et Genève, United Nations Economic Commission for Europe, Economic Studies, n. 5, pp. 187-211.
- WILLIAMSON, O. E. (1987), *Antitrust Economics*, Oxford, Basil Blackwell.
- WILLIAMSON, O. E. (1986), *Economic Organization*, Brighton, Wheatseaf.
- WILLIAMSON, O. E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press.
- WILLIAMSON, O. E. (1981), "The Modern Corporation: Origin, Evolution, Attributes", *Journal of Economic Literature*, vol. 19, n. 4, décembre, pp. 1537-1568.
- WILLIAMSON, O. E. (1977), "Economics as Antitrust Defense Revisited" dans A. Jacquemin et al. (dir.), *Welfare Aspects of Industrial Aspects*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- WILLIAMSON, O. E. (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press.
- WILLIAMSON, O. E. (1973), "Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations" *American Economic Review*, vol. 63, pp. 316-325.
- WILLIAMSON, O. E. (1971), "The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations", *American Economic Review*, vol. 61, pp. 112-123.
- WILLIAMSON, O. E. (1968), "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", *American Economic Review*, vol. 58, pp. 18-36.

- WILSON, K. (1992), "Deregulating Telecommunications and the Problem of Natural Monopoly: A Critique of Economics in Telecommunications Policy", *Media, Culture and Society*, vol. 14, no. 3, pp. 343-368.
- WILSON, G. W. (1957), "Anti-Combines and Injury to the Public", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 23, février, pp. 121-127.
- WINSECK, D. (1997), "Canadian Telecommunications: A History and Political Economy of Media Reconvergence", *Canadian Journal of Communication*, vol. 22, no. 2.
- WINSECK, D. (1995a), "Power Shift?: Towards a Political Economy of Canadian Telecommunications and Regulation", *Canadian Journal of Communication*, vol. 20, no. 1.
- WINSECK, D. Winseck, D. (1995b), "A Social History of Canadian Telecommunications", *Canadian Journal of Communication*, vol. 20, no. 2.
- ZYSMAN, J. (1995), "The National Roots of a Global Economy", *Revue d'économie industrielle*, no. 71, 1er trimestre.

SITES INTERNET CONSULTÉS

Angus Telemangement (angustel.ca)
AT&T Canada (www.attcanada.ca)
BCE (www.bce.ca)
Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes (www.crtc.gc.ca)
Département de la Justice américain (www.usdoj.gov)
Federal Communications Commission (www.fcc.gov)
Federal Trade Commission (www.ftc.gov)
Globe and Mail - Globe Technology (www.globetechnology.com)
Groupe de recherche sur l'intégration continentale (www.unites.uqam.ca/gric)
Groupe de travail sur le commerce électronique (e-com.ic.gc.ca)
Industrie Canada (strategis.ic.gc.ca)
Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe (www.idate.fr)
Metronet (www.metronet.ca)
OCDE (www.oecd.org)
Organisation mondiale du commerce (www.wto.org)
Sprint Canada (www.sprintcanada.ca)
Tribunal de la concurrence (www.ct-tc.gc.ca)
Yahoo telecommunications news (biz.yahoo.com/n/y/y0032.html)

APPENDICE

AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE GOVERNMENT OF CANADA REGARDING THE APPLICATION OF THEIR COMPETITION AND DECEPTIVE MARKETING PRACTICES LAWS

The Government of the United States of America and the Government of Canada (hereinafter referred to as "Parties");

Having regard to their close economic relations and cooperation within the framework of the North American Free Trade Agreement ("NAFTA");

Noting that the sound and effective enforcement of their competition laws is a matter of importance to the efficient operation of markets within the free trade area and to the economic welfare of the Parties' citizens;

Having regard to their commitment in Chapter 15 of NAFTA to the importance of cooperation and coordination among their competition authorities to further effective competition law enforcement in the free trade area;

Recognizing that coordination of enforcement activities may, in appropriate cases, result in a more effective resolution of the Parties' respective concerns than would be attained through independent action;

Having regard to the fact that the effective enforcement of their laws relating to deceptive marketing practices is also a matter of importance to the efficient operation of markets within the free trade area, and having regard to the potential benefits of increased cooperation between the Parties in the enforcement of those laws;

Noting that from time to time differences may arise between the Parties concerning the application of their competition laws to conduct or transactions that implicate the important interests of both Parties;

Noting further their commitment to give careful consideration to each other's important interests in the application of their competition laws; and

Having regard to the long history of cooperation between the Parties in matters relating to competition law, including the bilateral Understandings of 1959, 1969 and 1984, as well as the 1986 Recommendation of the Council of the OECD Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade;

Have agreed as follows:

Article II NOTIFICATION

1. Each Party shall, subject to Article X(1), notify the other Party in the manner provided by this Article and Article XII with respect to its enforcement activities that may affect important interests of the other Party.
2. Enforcement activities that may affect the important interests of the other Party and therefore ordinarily require notification include those that:
 - (a) are relevant to enforcement activities of the other Party;
 - (b) involve anticompetitive activities, other than mergers or acquisitions, carried out in whole or in part in the territory of the other Party, except where the activities occurring in the territory of the other Party are insubstantial;
 - (c) involve mergers or acquisitions in which one or more of the parties to the transaction, or a company controlling one or more of the parties to the transaction, is a company incorporated or organized under the laws of the other Party or of one of its provinces or states;
 - (d) involve conduct believed to have been required, encouraged or approved by the other Party;
 - (e) involve remedies that expressly require or prohibit conduct in the territory of the other Party or are otherwise directed at conduct in the territory of the other Party; or
 - (f) involve the seeking of information located in the territory of the other Party, whether by personal visit by officials of a Party to the territory of the other Party or otherwise.
3. Notification pursuant to this Article shall ordinarily be given as soon as a Party's competition authorities become aware that notifiable circumstances are present, and in any event in accordance with paragraphs 4 through 7 of this Article.
4. Where notifiable circumstances are present with respect to mergers or acquisitions, notification shall be given not later than
 - (a) in the case of the United States of America, the time its competition authorities seek information or documentary material concerning the proposed transaction pursuant to the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 the Federal Trade Commission Act or the Antitrust Civil Process Act and
 - (b) in the case of Canada, the time its competition authorities issue a written request for information under oath or affirmation, or obtain an order under section 11 of the Competition Act, with respect to the transaction.
5. When the competition authorities of a Party request that a person provide information, documents or other records located in the territory of the other Party, or request oral testimony in a proceeding or participation in a personal interview by a person located in the territory of the other Party, notification shall be given:
 - (a) if compliance with a request for written information, documents or other records is voluntary, at or before the time that the request is made;

- (b) if compliance with a request for written information, documents or other records is compulsory, at least seven (7) days prior to the request, (or, when seven (7) days' notice cannot be given, as promptly as circumstances permit); and
- (c) in the case of oral testimony or personal interviews, at or before the time arrangements for the interview or testimony are made.

Notification is not required with respect to telephone contacts with a person in the territory of the other Party where (i) that person is not the subject of an investigation, (ii) the contact seeks only an oral response on a voluntary basis (although the availability and possible voluntary provision of documents may be discussed) and (iii) the other Party's important interests do not appear to be otherwise implicated, unless the other Party requests otherwise in relation to a particular matter.

Notification is not required for each subsequent request for information in relation to the same matter unless the Party seeking information becomes aware of new issues bearing on the important interests of the other Party, or the other Party requests otherwise in relation to a particular matter.

6. The Parties acknowledge that officials of either Party may visit the territory of the other Party in the course of conducting investigations pursuant to their respective competition laws. Such visits shall be subject to notification pursuant to this Article and the consent of the notified Party.

7. Notification shall also be given at least seven (7) days in advance of each of the following where notifiable circumstances are present:

- (a) (i) in the case of the United States of America, the issuance of a complaint, the filing of a civil action seeking a temporary restraining order or preliminary injunction or the initiation of criminal proceedings; (ii) in the case of Canada, the filing of an application with the Competition Tribunal, an application under Part IV of the Competition Act or the initiation of criminal proceedings;
- (b) the settlement of a matter by way of an undertaking, an application for a consent order or the filing or issuance of a proposed consent order or decree; and
- (c) the issuance of a business review or advisory opinion that will ultimately be made public by the competition authorities.

When seven (7) days' notice cannot be given, notice shall be given as promptly as circumstances permit.

8. Each Party shall also notify the other whenever its competition authorities intervene or otherwise publicly participate in a regulatory or judicial proceeding that is not initiated by the competition authorities if the issue addressed in the intervention or participation may affect the other Party's important interests. Such notification shall be made at the time of the intervention or participation or as soon thereafter as possible.

9. Notifications shall be sufficiently detailed to enable the notified Party to make an initial evaluation of the effect of the enforcement activity on its own important interests, and shall include the nature of the activities under investigation and the legal provisions concerned. Where possible, notifications shall include the names and locations of the persons involved. Notifications concerning

a proposed undertaking, consent order or decree shall either include or, as soon as practicable be followed by, copies of the proposed undertaking, order or decree and any competitive impact statement or agreed statement of facts relating to the matter.

Article III ENFORCEMENT COOPERATION

1. (a) The Parties acknowledge that it is in their common interest to cooperate in the detection of anticompetitive activities and the enforcement of their competition laws to the extent compatible with their respective laws and important interests, and within their reasonably available resources.
 (b) The Parties further acknowledge that it is in their common interest to share information which will facilitate the effective application of their competition laws and promote better understanding of each other's enforcement policies and activities.
2. The Parties will consider adopting such further arrangements as may be feasible and desirable to enhance cooperation in the enforcement of their competition laws.
3. Each Party's competition authorities will, to the extent compatible with that Party's laws, enforcement policies and other important interests, (a) assist the other Party's competition authorities, upon request, in locating and securing evidence and witnesses, and in securing voluntary compliance with requests for information, in the requested Party's territory; (b) inform the other Party's competition authorities with respect to enforcement activities involving conduct that may also have an adverse effect on competition within the territory of the other Party; (c) provide to the other Party's competition authorities, upon request, such information within its possession as the requesting Party's competition authorities may specify that is relevant to the requesting Party's enforcement activities; and (d) provide the other Party's competition authorities with any significant information that comes to their attention about anticompetitive activities that may be relevant to, or may warrant, enforcement activity by the other Party's competition authorities.
4. Nothing in this Agreement shall prevent the Parties from seeking or providing assistance to one another pursuant to other agreements, treaties, arrangements or practices between them.

Article IV COORDINATION WITH REGARD TO RELATED MATTERS

1. Where both Parties' competition authorities are pursuing enforcement activities with regard to related matters, they will consider coordination of their enforcement activities. In such matters, the Parties may invoke such mutual assistance arrangements as may be in force from time to time.
2. In considering whether particular enforcement activities should be coordinated, either in whole or in part, the Parties' competition authorities shall take into account the following factors, among others:
 - (a) the effect of such coordination on the ability of both Parties to achieve their respective enforcement objectives;
 - (b) the relative abilities of the Parties' competition authorities to obtain information necessary to conduct the enforcement activities;

- (c) the extent to which either Party's competition authorities can secure effective relief against the anticompetitive activities involved;
 - (d) the possible reduction of cost to the Parties and to the persons subject to enforcement activities;
 - (e) the potential advantages of coordinated remedies to the Parties and to the persons subject to the enforcement activities.
3. In any coordination arrangement, each Party's competition authorities shall seek to conduct their enforcement activities consistently with the enforcement objectives of the other Party's competition authorities.
4. In the case of concurrent or coordinated enforcement activities, the competition authorities of each Party shall consider, upon request by the competition authorities of the other Party and where consistent with the requested Party's enforcement interests, ascertaining whether persons that have provided confidential information in connection with those enforcement activities will consent to the sharing of such information between the Parties' competition authorities.
5. Either Party's competition authorities may at any time notify the other Party's competition authorities that they intend to limit or terminate coordinated enforcement and pursue their enforcement activities independently and subject to the other provisions of this Agreement.

Article V COOPERATION REGARDING ANTICOMPETITIVE ACTIVITIES IN THE TERRITORY OF ONE PARTY THAT ADVERSELY AFFECT THE INTERESTS OF THE OTHER PARTY

1. The Parties note that anticompetitive activities may occur within the territory of one Party that, in addition to violating that Party's competition laws, adversely affect important interests of the other Party. The Parties agree that it is in their common interest to seek relief against anticompetitive activities of this nature.
2. If a Party believes that anticompetitive activities carried out in the territory of the other Party adversely affect its important interests, the first Party may request that the other Party's competition authorities initiate appropriate enforcement activities. The request shall be as specific as possible about the nature of the anticompetitive activities and their effects on the interests of the Party, and shall include an offer of such further information and other cooperation as the requesting Party's competition authorities are able to provide.
3. The requested Party's competition authorities shall carefully consider whether to initiate enforcement activities, or to expand ongoing enforcement activities, with respect to the anticompetitive activities identified in the request. The requested Party's competition authorities shall promptly inform the requesting Party of its decision. If enforcement activities are initiated, the requested Party's competition authorities shall advise the requesting Party of their outcome and, to the extent possible, of significant interim developments.
4. Nothing in this Article limits the discretion of the requested Party's competition authorities under its competition laws and enforcement policies as to whether to undertake enforcement activities with respect to the anticompetitive activities identified in a request, or precludes the requesting Party's competition authorities from undertaking enforcement activities with respect to such anticompetitive activities.

Article VI AVOIDANCE OF CONFLICTS

1. Within the framework of its own laws and to the extent compatible with its important interests, each Party shall, having regard to the purpose of this Agreement as set out in Article I, give careful consideration to the other Party's important interests throughout all phases of its enforcement activities, including decisions regarding the initiation of an investigation or proceeding, the scope of an investigation or proceeding and the nature of the remedies or penalties sought in each case.
2. When a Party informs the other that a specific enforcement activity may affect the first Party's important interests, the second Party shall provide timely notice of developments of significance to those interests.
3. While an important interest of a Party may exist in the absence of official involvement by the Party with the activity in question, it is recognized that such interest would normally be reflected in antecedent laws, decisions or statements of policy by its competent authorities.
4. A Party's important interests may be affected at any stage of enforcement activity by the other Party. The Parties recognize the desirability of minimizing any adverse effects of their enforcement activities on each other's important interests, particularly in the choice of remedies. Typically, the potential for adverse impact on one Party's important interests arising from enforcement activity by the other Party is less at the investigative stage and greater at the stage at which conduct is prohibited or penalized, or at which other forms of remedial orders are imposed.
5. Where it appears that one Party's enforcement activities may adversely affect the important interests of the other Party, each Party shall, in assessing what measures it will take, consider all appropriate factors, which may include but are not limited to:
 - (i) the relative significance to the anticompetitive activities involved of conduct occurring within one Party's territory as compared to conduct occurring within that of the other;
 - (ii) the relative significance and foreseeability of the effects of the anticompetitive activities on one Party's important interests as compared to the effects on the other Party's important interests;
 - (iii) the presence or absence of a purpose on the part of those engaged in the anticompetitive activities to affect consumers, suppliers or competitors within the enforcing Party's territory;
 - (iv) the degree of conflict or consistency between the first Party's enforcement activities (including remedies) and the other Party's laws or other important interests;
 - (v) whether private persons, either natural or legal, will be placed under conflicting requirements by both Parties;
 - (vi) the existence or absence of reasonable expectations that would be furthered or defeated by the enforcement activities;
 - (vii) the location of relevant assets;

(viii) the degree to which a remedy, in order to be effective, must be carried out within the other Party's territory; and

(ix) the extent to which enforcement activities of the other Party with respect to the same persons, including judgments or undertakings resulting from such activities, would be affected.

Article VII COOPERATION AND COORDINATION WITH RESPECT TO ENFORCEMENT OF DECEPTIVE MARKETING PRACTICES LAWS

1. For the purposes of this Agreement, "deceptive marketing practices law(s)" means:

- (a) for Canada, sections 52 through 60 of the Competition Act;
- (b) for the United States of America, the Federal Trade Commission Act, to the extent that it applies to unfair or deceptive acts or practices; as well as any amendments thereto, and such other laws or regulations as the Parties may from time to time agree in writing to be a "deceptive marketing practices law" for purposes of this Agreement. Each Party shall promptly notify the other of any amendments to its deceptive marketing practices laws.

2. The Parties note that conduct occurring in the territory of one Party may contribute to violations of the deceptive marketing practices laws of the other Party and that it is in their common interest for the Director of Investigation and Research and the Federal Trade Commission to cooperate in the enforcement of those laws. The Parties further note that the Director of Investigation and Research and the Federal Trade Commission have in the past cooperated with each other and coordinated their activities with respect to deceptive marketing practices matters on an informal basis. The Parties wish to establish a more formal framework for continuing and broadening such cooperation and coordination.

3. The Director of Investigation and Research and the Federal Trade Commission shall, to the extent compatible with their laws, enforcement policies and other important interests:

- (a) use their best efforts to cooperate in the detection of deceptive marketing practices;
- (b) inform each other as soon as practicable of investigations and proceedings involving deceptive marketing practices occurring or originating in the territory of the other Party, or that affect consumers or markets in the territory of the other Party;
- (c) share information relating to the enforcement of their deceptive marketing practices laws;
- (d) in appropriate cases, coordinate their enforcement against deceptive marketing practices with a transborder dimension.

4. In furtherance of these objectives, the Director of Investigation and Research and the Federal Trade Commission shall jointly study further measures to enhance the scope and effectiveness of information sharing, cooperation and coordination in the enforcement of deceptive marketing practices laws.

5. Nothing in this Article shall prevent the Parties from seeking or providing assistance to one another with respect to the enforcement of their deceptive marketing practices laws pursuant to other agreements, treaties, arrangements or practices between them.

6. Articles II, III, IV, V and VI shall not apply to deceptive marketing practices.

Article VIII CONSULTATIONS

1. Either Party may request consultations regarding any matter relating to this Agreement. The request for consultations shall indicate the reasons for the request and whether any procedural time limits or other constraints require that consultations be expedited. Each Party shall consult promptly when so requested with the view to reaching a conclusion that is consistent with the principles set forth in this Agreement.

2. Consultations under this Article shall take place at the appropriate level as determined by each Party.

3. During consultations under this Article, each Party shall provide to the other as much information as it is able in order to facilitate the broadest possible discussion regarding the relevant aspects of the matter that is the subject of consultations. Each Party shall carefully consider the representations of the other Party in light of the principles set out in this Agreement and shall be prepared to explain the specific results of its application of those principles to the matter that is the subject of consultations.

Article IX SEMI-ANNUAL MEETINGS

Officials of the Parties' competition authorities shall meet at least twice a year to:

- (a) exchange information on their current enforcement efforts and priorities in relation to their competition and deceptive marketing practices laws;
- (b) exchange information on economic sectors of common interest;
- (c) discuss policy changes that they are considering; and
- (d) discuss other matters of mutual interest relating to the application of their competition and deceptive marketing practices laws and the operation of this Agreement.

Article X CONFIDENTIALITY OF INFORMATION

1. Notwithstanding any other provision of this Agreement, neither Party is required to communicate information to the other Party if such communication is prohibited by the laws of the Party possessing the information or would be incompatible with that Party's important interests.

2. Unless otherwise agreed by the Parties, each Party shall, to the fullest extent possible, maintain the confidentiality of any information communicated to it in confidence by the other Party under this Agreement. Each Party shall oppose, to the fullest extent possible consistent with that Party's laws, any application by a third party for disclosure of such confidential information.

3. The degree to which either Party communicates information to the other pursuant to this Agreement may be subject to and dependent upon the acceptability of the assurances given by the other Party with respect to confidentiality and with respect to the purposes for which the information will be used.
4.
 - (a) Notifications and consultations pursuant to Articles II and VIII of this Agreement and other communications between the Parties in relation thereto shall be deemed to be confidential.
 - (b) Party may not, without the consent of the other Party, communicate to its state or provincial authorities information received from the other Party pursuant to notifications or consultations under this Agreement. The Party providing the information shall consider requests for consent sympathetically, taking into account the other Party's reasons for seeking disclosure, the risk, if any, that disclosure would pose for its enforcement activities, and any other relevant considerations.
 - (c) The notified Party may, after the notifying Party's competition authorities have advised a person who is the subject of a notification of the enforcement activities referred to in the notification, communicate the fact of the notification to, and consult with that person concerning the subject of the notification. The notifying Party shall, upon request, promptly inform the notified Party of the time at which the person has, or will be, advised of the enforcement activities in question.
5. Subject to paragraph 2, information communicated in confidence by a Party's competition authorities to the competition authorities of the other Party in the context of enforcement cooperation or coordination pursuant to Articles III, IV or V of this Agreement shall not be communicated to third parties or to other agencies of the receiving competition authorities' government, without the consent of the competition authorities that provided the information. A Party's competition authorities may, however, communicate such information to the Party's law enforcement officials for the purpose of competition law enforcement.
6. Information communicated in confidence by a Party's competition authorities to the competition authorities of the other Party in the context of enforcement cooperation or coordination pursuant to Articles III, IV or V of this Agreement shall not be used for purposes other than competition law enforcement, without the consent of the competition authorities that provided the information.
7. Investigation and Research and the Federal Trade Commission in the context of enforcement cooperation or coordination pursuant to Article VII of this Agreement shall not be communicated to third parties or to other agencies of the receiving agency's government, without the consent of the agency that provided the information. The receiving agency of a Party may, however, communicate such information to the Party's law enforcement officials for the purpose of enforcement of deceptive marketing practices laws.
8. Information communicated in confidence between the Director of Investigation and Research and the Federal Trade Commission in the context of enforcement cooperation or coordination pursuant to Article VII of this Agreement shall not be used for purposes other than enforcement of deceptive marketing practices laws, without the consent of the agency that provided the information.

Nothing in this Agreement shall require a Party to take any action, or to refrain from acting, in a manner that is inconsistent with its existing laws, or require any change in the laws of the Parties or of their respective provinces or states.

Article XII COMMUNICATIONS UNDER THIS AGREEMENT

Communications under this Agreement may be carried out by direct communication between the competition authorities of the Parties.