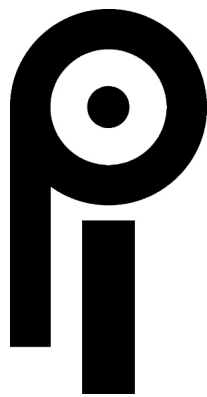


**Mémoire au
Groupe d'étude sur les politiques en matière de
concurrence :
Investir dans la position concurrentielle du Canada**



**L'Institut professionnel de la
fonction publique du Canada**

Janvier 2008

**Mémoire au Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence :
Investir dans la position concurrentielle du Canada**

Janvier 2008

L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada
Bureau national
250, chemin Tremblay
Ottawa (Ontario) K1G 3J8

613-228-6310 / 1-800-267-0446

Ce rapport est également disponible sur notre site à l'adresse : www.pipsc.ca

Introduction

L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada représente quelque 55 000 professionnels dans tout le secteur public du Canada, dont la majorité travaille à la fonction publique fédérale. Non seulement ses membres travaillent à titre de scientifiques, d'ingénieurs ou de chercheurs dans les ministères, agences et laboratoires scientifiques, mais encore l'Institut représente la plupart des professionnels du Bureau de la concurrence et de la Direction de l'examen des investissements d'Industrie Canada. Les agents d'application des lois sur la concurrence, qui sont principalement des économistes et des avocats, de même que des informaticiens, constituent la structure professionnelle du Bureau de la concurrence. Chargés de s'assurer que les marchés fonctionnent bien pour les consommateurs, ils ont un intérêt direct à ce que le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence en arrive à une série intelligente de recommandations. Pour environ le prix d'une tasse de café, le Bureau de la concurrence s'échine à faire en sorte que les Canadiens aient des marchés concurrentiels. Dans le cours d'une bonne année, le montant des amendes imposées à des cartels et des frais d'examen des fusionnements permet largement de financer les opérations du Bureau.

Le deuxième intérêt de l'Institut est celui de l'ensemble des membres. Des marchés concurrentiels qui fonctionnent bien pour nos membres, augmentent d'autant nos vrais revenus ainsi que notre bien-être économique, en plus d'offrir des possibilités économiques à nos membres et leurs familles.

Le présent mémoire a pour but d'aider le Groupe d'étude à cibler une série fondamentale de recommandations qui garantiraient que les marchés fonctionnent bien pour les Canadiens. Il se concentrera sur six recommandations en particulier, et abordera un grand nombre de questions posées dans le document de consultation du Groupe d'étude¹. Cinq de ces six recommandations touchent à la politique du Canada en matière de concurrence, la sixième abordant la réforme d'Investissement Canada. Les recommandations sur la politique en matière de concurrence concernent :

1. la réforme de la gouvernance,
2. les sanctions d'ententes injustifiables,
3. les sanctions en cas d'abus,
4. les fusionnements, et
5. l'honnêteté de l'information sur les marchés.

¹ *Investir dans la position concurrentielle du Canada*, Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence www.competitionreview.ca.

1. Réforme de la gouvernance

La dernière révision de la gouvernance de l'application des lois canadiennes sur la concurrence remonte à 1952, époque à laquelle les fonctions d'application des lois du Commissaire ont été séparées des fonctions juridictionnelles qui ont donné naissance au Tribunal de la concurrence. Toutefois, l'ensemble des pouvoirs en vertu de la *Loi sur la concurrence* ont été investis dans une seule personne, qui porte aujourd'hui le nom de commissaire². Bien que cela ait peut-être été adéquat lorsque le nombre d'employés professionnels ne dépassait pas dix, aujourd'hui la situation est désuète. Étant donné la taille du Bureau et la complexité du processus d'application des lois, il est temps que les décisions en matière d'application soient dévolues à une commission.

La position médiatique officielle est que le Bureau de la concurrence est une agence indépendante d'application des lois³. Toutefois, en réalité, il n'est techniquement indépendant que dans le cadre de décisions sur l'application des lois. Pour ce qui est du budget, des relations hiérarchiques, etc., il fait partie du ministère de l'Industrie, et n'est pas une agence ayant son propre budget pour l'application des lois. La plupart des agences de la concurrence du monde sont des organismes d'application et de promotion des lois, jouissant d'une plus grande latitude et indépendance opérationnelles, de leur gouvernement⁴.

Dans le cadre de toute structure de gouvernance réformée, les membres de l'Institut conserveraient leur statut d'employé de la fonction publique, ce qui leur permettrait de jouir de possibilités de carrière adéquates et donnerait par ailleurs au Bureau de la concurrence la possibilité de recruter des employés talentueux au sein même de la fonction publique.

2. Ententes injustifiables

Le cœur même de toute loi en matière de concurrence est la sanction qu'elle impose en cas de fixation des prix, de partage illicite du marché, d'ententes de division, ou de tout autre comportement collusoire. Le Canada a eu dès 1889 la première et meilleure

² Il ne s'agit aucunement d'une critique de l'actuel commissaire ou de ses prédécesseurs. Bien au contraire, le Canada a connu des commissaires possédant les normes éthiques les plus élevées et des capacités extraordinaires.

³ Voir, par exemple : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/fr/02548f.html.

⁴ Voir, par exemple, le UK Office of Fair Trading / Competition Commission, et le Australian Consumer and Competition Commission. En fait, seuls le Kazakhstan et la Jordanie ont adopté le modèle canadien qui inclut le volet exécution des lois en matière de concurrence dans le ministère de l'Industrie. Voir : www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/members.

loi anti-cartel. L'année suivante, la *Sherman Act* des États-Unis était adoptée et les dispositions sur la coalition n'ont pas été depuis le modèle principal de lois sur les cartels. Elle se classe toujours derrière celle des États-Unis comme instrument pour en arriver à des marchés concurrentiels, et est aujourd'hui nettement inférieure aux lois des 25 nations de l'Union européenne, ainsi que de nombreux autres pays.

À tout le moins, les ententes injustifiables, ainsi définies par l'OCDE⁵, doivent être considérées comme telles. La question n'est pas de savoir s'il y a consensus en faveur d'une démarche *per se* envers les ententes injustifiables; il s'agit plutôt d'une théorie décisionnelle moderne qui ne doit pas se concentrer sur une pratique favorable (ou dommageable) à la concurrence, mais plutôt sur la fréquence et l'importance relative de ses avantages et inconvénients, et sur la disponibilité d'autres options moins anticoncurrentielles.

Un grand nombre de biens sont destinés au bout du compte à la fois aux consommateurs et aux entreprises. Les cartels augmentent les prix⁶ et réduisent directement les revenus réels de nos membres. Ils poussent vers le haut les coûts des intrants des entreprises, ce qui entraîne une hausse des coûts et supprime par ailleurs l'activité économique à valeur ajoutée du Canada. Par ailleurs, et bien entendu, cela a pour conséquence une allocation inefficace des ressources, des effets protecteurs, une innovation moindre, ce à quoi il faut ajouter l'indolence des dirigeants ainsi que des dommages non tarifaires sur la qualité et la diversité. Le cartel du papier, le cartel de l'essence de la région de Sherbrooke, ou encore le cartel du chocolat, constituent des exemples de certaines enquêtes récentes sur des produits utilisés aussi bien par des consommateurs que des entreprises⁷.

⁵ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, 1998 C(98)35/Final www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf. Voir également : Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties, Rapport préparé par le ICN Working Group on Cartels, juin 2005 - www.internationalcompetitionnetwork.org/.../Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Building_Blocks.pdf. Voir Globalization and Competition Policy: Attacking Cartels and Defending Market Liberalization. www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf. Voir également Fighting Hard core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs, OCDE 2002, www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf.

⁶ How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of Antitrust Sentencing Guidelines. Par Connor, John M. et Rober H. Lande, Purdue University, 2005. www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/HOW_HIGH_DO_CARTELS_4-20-05.pdf.

⁷ Voir le communiqué de presse suivant sur le cartel du papier : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/fr/02018f.html; pour l'enquête sur le chocolat voir : www.thestar.com/Business/article/280883, et pour celle sur l'essence, voir : www.stikeman.com/Comp_Highlights.htm. Il est bon de noter que les deux dernières affaires n'en sont qu'au stade de l'enquête et que les parties sont donc présumées innocentes.

À moins de prévoir sanctions adéquates, la loi la mieux rédigée au monde en matière d'ententes injustifiables ne sera pas plus efficace qu'une chaîne de vélo à laquelle il manquerait un maillon. Pour en arriver à des mesures de dissuasion pertinentes, spécifiques et générales, il faudrait augmenter le montant de l'amende maximale d'un facteur de 25 à 50 par rapport à son niveau actuel⁸.

Le Canada doit être sérieux quant à la modernisation de ses lois sur les ententes injustifiables. Il est donc temps de faire de la fixation des prix une infraction. Il est évidente que l'élément de « concurrence induite » dans la loi du Canada en matière d'ententes injustifiables ne lui permet pas d'aborder sérieusement les cartels étrangers dirigés contre des entreprises et des consommateurs canadiens. Cette situation coûte des milliards de dollars aux entreprises et aux consommateurs canadiens. Le Bureau de la concurrence et les membres de l'Institut ont fait preuve de grande créativité dans la mise en application de la loi dans sa version actuelle, mais il est temps que le Groupe d'étude recommande que le Canada dispose d'une loi bien meilleure que celle qu'il a aujourd'hui, et qui se classe 37^e au monde⁹.

3. Sanctions des abus

Il existe certes des remèdes mais pas pour autant de sanctions¹⁰ en cas de violation des dispositions sur l'abus de position dominante, et des sanctions privées ne sont uniquement disponibles que pour les violations d'ordonnances correctives. Il suffit de voir ce qui se passe dans les 25 pays de l'Union européenne qui comptent des sanctions en cas d'abus de position dominante, ou encore de se tourner vers les États-Unis où sont prévus des triples dommages-intérêts en cas de monopolisation, et de faire une comparaison avec la moyenne au Canada de deux ou trois cas d'abus par décennie, pour comprendre que cet instrument ne fonctionne pas bien. Cela signifie généralement que le détenteur d'un monopole peut continuer d'empêcher d'exclure des concurrents pendant cinq ans, période pendant laquelle il déclenche tous les processus juridiques avec le Bureau. L'absence de sanctions veut dire qu'il n'y a aucun intérêt à ne pas adopter de pratiques d'exclusion ou de pillage commercial, et que l'entreprise concernée a quasiment les coudées franches jusqu'à ce qu'on lui ordonne de cesser d'agir ainsi.

⁸ How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of Antitrust Sentencing Guidelines, op. cit.

⁹ Les modèles proposés dans le Document de discussion : Options pour la modification de la Loi sur la concurrence : La promotion de marchés concurrentiels (juin 2003), répondent sans aucun doute au test d'une proposition modérée qui aborde adéquatement la nécessité de moderniser la *Loi sur la concurrence du Canada*.

¹⁰ Sanctions pour les recours civils sont appelées *sanctions pécuniaires administratives* ou *SPA*.

La *Loi sur la concurrence* est une loi générale, d'application générale, et les propositions en matière d'abus spécifiques à des secteurs ne font que démontrer que la loi générale doit être améliorée.

4. Contrôle des fusions

L'approche adoptée par le Canada en ce qui a trait aux fusions est le seul régime qui traite les efficacités comme une défense plutôt qu'un facteur pour déterminer si le fusionnement concerné entraînerait une diminution substantielle de la concurrence ou bien l'empêcherait carrément. La plupart du temps cela a peu d'importance car il est rare de trouver un fusionnement qui entraîne une diminution substantielle de la concurrence et de grandes efficacités. Toutefois, le manque d'adaptation de l'approche canadienne a été démontré dans le fusionnement Superior Propane/ICG en 1998. Le fusionnement, entraînant le monopole dans certains marchés géographiques et le quasi monopole dans d'autres marchés, devait produire une perte sèche¹¹ et d'autres inefficacités totalisant près de 6 millions de dollars, mais aurait également produit des économies aux entreprises ainsi fusionnées de l'ordre de 30 millions de dollars. Les prix aux consommateurs et entreprises du marché concerné pour le gaz propane en bouteille qui est vendu principalement aux utilisateurs ruraux à faible revenu et aux petites entreprises, devaient augmenter d'environ 40 millions de dollars, soit près de 10 %. Si l'on accorde moins d'importance à cette augmentation ou bien si l'on considère uniquement les 40 millions de dollars des consommateurs et des entreprises en aval comme étant un transfert aux parties fusionnées, dans ce cas les gains en efficacité de 30 millions de dollars sont plus importants que la perte sèche de 6 millions de dollars.

En somme, plus la demande d'un produit sera rigide, et plus la perte économique sera faible. En raison des efficacités qu'ils entraînent, les prix plus élevés ne sont qu'un simple transfert d'un groupe de citoyens à un autre groupe de parties prenantes. Par exemple, si les deux derniers fournisseurs d'insuline devaient fusionner, entraînant pour des raisons d'efficacité la suppression d'un poste de réceptionniste, tant que les consommateurs pourront continuer d'acheter l'insuline à partir de leurs propres fonds, des régimes de leurs compagnies d'assurances, de leur gouvernement ou par l'intermédiaire de campagnes d'organismes de bienfaisance, et que cela n'entraînerait

¹¹ La *perte sèche* est une mesure de la valeur en dollars de la perte du surplus des consommateurs (non transférée aux producteurs) en conséquence d'une augmentation des prix (stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3187). Dans cet exemple, il s'agit d'une mesure des dollars non dépensés sur le propane par les pauvres consommateurs ruraux et les entreprises en raison de l'augmentation des prix. Ces utilisateurs soit ont utilisé une autre forme d'énergie telle que le bois, ont baissé leur thermostat, ont augmenté l'isolation de leurs habitations, ont abandonné leurs habitations pour des centres urbains offrant le gaz naturel, ont fermé leur entreprise ou n'ont pas utilisé de chauffage.

pas, littéralement, une perte sèche, par le fait qu'ils devraient cesser d'acheter l'insuline, il importerait peu de savoir de combien le prix augmenterait. Bien entendu, il s'agit d'un exemple limitatif, mais la réalité est que le prix est important.

La position dominante sur un marché peut durer très longtemps, alors que les gains d'efficacités peuvent être uniques. L'autre réalité est que l'ensemble des activités commerciales et économiques du Canada rural peuvent être sapées par des fournisseurs monopolistes d'intrants critiques. Ainsi, le Canada devrait aligner sa politique en matière de fusions sur les meilleurs modèles au monde et faire des efficacités un facteur de l'article 93 dans les analyses, plutôt qu'une défense. Si les consommateurs et entreprises ont droit aux bénéfices d'un marché concurrentiel, dans ce cas il s'agit de la seule option politique qui a du bon sens sur le long terme.

Les sanctions pour ne pas avoir communiqué l'existence d'une fusion sont trop faibles : elles sont mêmes inférieures aux frais de notification, plus la TPS. Cela revient en quelque sorte à une situation où l'amende pour stationnement illégal est inférieure au montant qu'il faut mettre dans le parcomètre! Il ne s'agit certes pas d'un exemple de concept de politique publique de classe mondiale.

Les dispositions en matière de fusion permettent aux parties de conclure une transaction seulement 42 jours après avoir rempli un long formulaire. Personne ne peut procéder à une enquête sur la fusion ni préparer un cas de fusion en 42 jours. À moins de pouvoir bloquer la conclusion de la transaction jusqu'à ce qu'une enquête puisse être effectuée, des dommages irréparables à la concurrence sont certains. L'alternative à la contestation de transactions une fois conclues n'est pas un moyen efficace ni souhaitable pour maintenir des structures de marché concurrentiel.

5. Honnêteté de l'information sur le marché

Lorsqu'une entreprise annonce une réduction de 20 % du prix normal d'un produit¹², la loi part du principe que l'homme d'affaires a effectué une étude du marché géographique pertinent, qu'il connaît le prix normal dans le marché et qu'il offre 20 % de réduction sur le prix du marché. Pour déterminer si la réduction de 20 % est un prix de vente fictif, la loi exige que le Bureau effectue une étude du marché géographique pertinent pour chaque produit, détermine le prix normal et vérifie si ce prix représente véritablement une réduction de 20 % du prix normal du marché. Ne pas pouvoir prouver la véracité de l'annonce ne constitue pas un délit. Le statu quo démontre que

¹² Si l'entreprise indique que la réduction est de 20 % de son propre prix normal, on procède à un test temps-volume pour déterminer la véracité de l'annonce.

l'exécution de cette loi n'est pas suffisante car il est trop cher de faire des études de marché pour déterminer les prix normaux.¹³

Les niveaux actuels des sanctions pécuniaires administratives (SPA) prévues dans la loi sont nettement insuffisants pour avoir des effets dissuasifs. Ce n'est uniquement que par l'utilisation créative de plusieurs comptes et produits, que les quelques cas qui ont été poursuivis ont pu être couronnés d'un certain niveau de succès.

6. *Loi sur Investissement Canada*

L'émergence de grands groupes de capitaux dans les économies qui ne font pas partie de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), contrôlés par des États étrangers qui n'ont pas d'économies concurrentielles transparentes, reposant sur des règles, laisse entrevoir le risque que les ressources canadiennes fassent partie d'un autre empire étatique et ne soient plus disponibles aux utilisateurs canadiens à titre de consommateurs ou d'entreprises. Jusqu'à présent, de telles acquisitions n'ont pas concerné un gros pourcentage d'un marché quelconque. Quoi qu'il en soit, on s'inquiète de savoir si cette question relevant de la sécurité nationale peut être abordée adéquatement en vertu des critères de « *l'avantage net* » de la *Loi sur Investissement Canada*. Si la réponse est que les questions de sécurité nationale peuvent déjà être abordées dans le cadre de l'analyse des facteurs, alors l'instrument semble être adéquat pour traiter cette question.

¹³ Voir : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/fr/h_00154f.html.

Conclusions

Dans un environnement marqué par la mondialisation et le libre marché, l'application rigoureuse de la politique du Canada en matière de concurrence est indispensable pour que les marchés fonctionnent bien pour les Canadiens. Non seulement les 55 000 membres de l'Institut constituent l'épine dorsale professionnelle garantissant des marchés concurrentiels aux Canadiens pour environ le prix par habitant d'une tasse de café par an, mais avec leurs familles ils bénéficient directement de l'élimination des cartels, de la suppression des abus de marchés, de la garantie de structures concurrentielles sur les marchés par la réglementation des fusions et la suppression de la publicité mensongère et d'activités frauduleuses de marchés de masse.

Par exemple, il suffit de se tourner vers les marchés des véhicules et pneus pour voir les marchés où le libre commerce a permis aux fabricants de commercer sans obstacle, puis de remplacer les barrières gouvernementales par des méthodes commerciales restrictives. De telles pratiques peuvent augmenter les prix au Canada de 30 % à 50 % et causer des dommages aux consommateurs et entreprises canadiens. Le Canada n'attirera pas d'investissements étrangers si ses marchés ne fonctionnent pas bien. Parallèlement, nombre de producteurs canadiens doivent répondre aux prix mondiaux des produits qu'ils commercialisent s'ils exportent ou vendent des produits sur le marché national à des entreprises qui ensuite les exportent. Le fait qu'ils payent beaucoup trop pour certains de leurs intrants en achetant sur les marchés canadiens qui ne fonctionnent pas bien, ne fera pas pleurer pour autant leurs clients.

Il est indispensable que le Canada fasse tout pour que les marchés fonctionnent pour les Canadiens. Pour rester concurrentiel sur les marchés internationaux, il faut que le Canada assure ses intérêts nationaux dans le cadre d'une concurrence saine.