

SOMMAIRE

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

Edward M. Iacobucci

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

Ces dernières années, on constate un regain d'intérêt pour la politique de la concurrence, tant au Canada qu'à l'étranger. L'émergence de puissantes plateformes numériques comme Google, Facebook et Amazon a incité des commentateurs à réclamer une réforme en profondeur des lois encadrant la concurrence. Nous analyserons les effets de la numérisation de l'économie sur la concurrence et poserons la question de savoir si ces effets justifient l'apport de modifications de fond à la *Loi sur la concurrence* au Canada. Nous prendrons deux points de départ distincts pour envisager les modifications. Premièrement, les modifications auront-elles du sens si les objectifs économiques traditionnels de la politique de la concurrence demeurent tels quels? Deuxièmement, de quelle façon conviendrait-il de modifier la *Loi*, le cas échéant, pour tenir compte d'objectifs non économiques? Cette dernière question se pose à la lumière de récentes revendications pour que, dans l'économie numérique, la politique de la concurrence soit axée sur une foule d'objectifs sociaux, dont la promotion de l'égalité économique, de buts environnementaux, de la protection de la vie privée, de la liberté d'expression, de la diffusion du pouvoir politique et des droits des travailleurs.

Nous concluons que, malgré l'inquiétude croissante devant le pouvoir de marché à l'ère numérique, si les objectifs économiques traditionnels sont maintenus, il n'est pas nécessaire de modifier radicalement la *Loi*. Souple et contextuelle, celle-ci s'applique aisément aux marchés numériques. Nous passons en revue trois options de réforme législative pour répondre à la volonté d'élargir les objectifs de la politique de la concurrence : mettre l'accent uniquement sur l'efficacité économique; promouvoir l'équité générale; miser sur l'efficacité économique, mais en prévoyant un droit de recours auprès du Cabinet, qui pourra tenir compte de la dimension de l'équité. Nous privilégions l'efficacité économique, non pas parce que d'autres objectifs sociaux tels que l'égalité économique et les buts environnementaux sont sans importance, mais plutôt parce que la loi sur la concurrence n'est pas un instrument de politique adapté à la poursuite de

ces autres objectifs. Qui plus est, le fait d'attribuer à la politique de la concurrence divers objectifs sans rapport entre eux risque de la réduire à un texte législatif incohérent et imprévisible.

Nous examinons les effets prévisibles de la numérisation de l'économie sur la concurrence dans de nombreux marchés. Il existe souvent des externalités à un réseau qui augmentent la valeur d'une plateforme pour un utilisateur à mesure que les utilisateurs de la plateforme se multiplient. Cela crée une boucle de rétroaction qui réduit le nombre des plateformes et peut engendrer un pouvoir de marché. La boucle de rétroaction peut également donner lieu à une croissance explosive, permettant à des concurrents mineurs de devenir en très peu de temps des entreprises dominantes dans un marché. À ce facteur s'ajoutent les économies d'échelle dans les marchés numériques où beaucoup de produits, tels que les recherches sur Internet, reposent sur les coûts plus ou moins fixes de la conservation et de l'organisation de données, sans coûts marginaux. Ce phénomène tend aussi à être une source de domination. De nombreux marchés numériques sont caractérisés par des tendances du « tout au vainqueur » grâce auxquelles une ou deux entreprises en viennent à prédominer. D'autre part, l'innovation complique également l'analyse des marchés numériques. En effet, des portraits statiques de l'efficacité d'un marché ne sont pas nécessairement révélateurs de l'état futur du marché. Ainsi, des produits complémentaires comme les messages textes et les réseaux sociaux peuvent évoluer rapidement et se concurrencer en raison de changements technologiques tels que le téléphone intelligent. L'existence de marchés doubles constitue un autre facteur de complexité des marchés numériques. Ces marchés sont doubles en ce sens que la plateforme attire deux ou plusieurs types d'utilisateurs distincts. Une plateforme de recherche, par exemple, vend de la publicité aux annonceurs d'un côté du marché, alors qu'elle fournit des services de recherche aux consommateurs de l'autre. L'évaluation des conditions de la concurrence dans des marchés doubles nécessite de comptabiliser les effets des deux côtés du marché, exercice souvent complexe. Un dernier exemple illustre les caractéristiques concurrentielles propres aux marchés numériques : de nombreux produits numériques peuvent comporter des coûts de transfert considérables, ce qui défavorise les nouveaux arrivants par rapport aux acteurs établis.

Les marchés numériques comportent des caractéristiques qui retiennent l'attention pour des motifs sociétaux non économiques. Certaines grandes plateformes numériques peuvent détenir un pouvoir politique grâce, notamment, à leur capacité d'influencer l'information que de nombreux citoyens obtiennent sur les questions politiques et à leur capacité d'en apprendre beaucoup sur les citoyens au moyen de leurs activités en ligne. Les plateformes numériques peuvent également nuire aux organes de presse traditionnels en diffusant leurs contenus sans les rémunérer. La protection de la vie privée représente une autre préoccupation non économique que font naître la collecte et l'analyse par les plateformes numériques de vastes quantités de données personnelles provenant des activités en ligne. Enfin, les marchés numériques peuvent aggraver des problèmes sociaux ou en créer de nouveaux à cause de leurs caractéristiques du « tout au vainqueur » qui peuvent accentuer les inégalités socioéconomiques, du fait que des entrepreneurs numériques ultras riches deviennent plus nombreux alors que les autres membres de la société stagnent sur le plan économique.

S'il ne fait guère de doute que les marchés numériques se distinguent par des aspects importants, cela ne répond pas à la question de savoir si ces caractéristiques distinctes nécessitent de modifier en profondeur la *Loi sur la concurrence*. Dans l'hypothèse du maintien d'objectifs économiques traditionnels, nous concluons qu'une réforme radicale de la *Loi* n'est pas nécessaire. Le statu quo législatif se justifie principalement, alors même que les marchés évoluent, par le fait que la *Loi sur la concurrence* est très souple et sensible au contexte dans sa forme actuelle. Elle repose sur des critères généraux tels qu'une diminution sensible de la concurrence à la suite d'une fusion, et non sur des règles précises qui appellent certaines conclusions sans tenir suffisamment compte des conditions particulières du marché. Bien que la *Loi* énumère des facteurs dont le Tribunal peut tenir compte dans l'examen de fusions et de l'abus de position dominante, la liste n'est pas exhaustive, et le texte actuel de la *Loi* permet la prise en compte de l'ensemble du contexte. Bien avant l'émergence de marchés numériques, la *Loi* permettait d'examiner un large éventail de pratiques concurrentielles dans des marchés aussi différents que les édulcorants de synthèse, les services de suivi du marché dans le secteur de l'épicerie au détail et la tuyauterie. À vrai dire, le Bureau s'est déjà penché sur des affaires novatrices dans les marchés numériques. Par exemple, il a rejeté des allégations selon lesquelles Google privilégiait indûment ses propres produits de recherche spécialisés au détriment de ceux

d'autres fournisseurs de services de recherche. Le Tribunal a également statué que le Toronto Real Estate Board avait tort de restreindre l'accès aux données qu'il détenait et que, ce faisant, il réduisait sensiblement la concurrence. Le fait que la souplesse de la *Loi* lui permet d'encadrer les marchés numériques n'est pas seulement théorique : il a été démontré à maintes reprises.

Même si l'approche qui sous-tend la *Loi* est bien adaptée aux marchés numériques, il conviendrait d'apporter des changements progressifs au texte et à sa mise en application. Les marchés numériques ayant tendance à engendrer un pouvoir de marché, il faut s'attendre à ce que l'application de la politique de la concurrence revête une importance sociale croissante et à ce que les affaires deviennent plus complexes aussi. Cette évolution milite en faveur d'un financement accru pour le Bureau et justifie la récente hausse du budget du Bureau par le gouvernement fédéral. De plus, l'application de la loi pourrait porter moins sur les hausses de prix pouvant résulter d'une diminution de la concurrence, et davantage sur les effets préjudiciables des marchés numériques sur l'innovation et sur la dégradation de la qualité. De même, étant donné que la *Loi* énonce actuellement des facteurs dont le Tribunal peut tenir compte dans les affaires de fusion et d'abus de position dominante, des modifications de clarification pourraient être utiles pour attirer l'attention sur les nouveaux sujets d'intérêt dans les marchés numériques. À titre d'exemple, l'abus de position dominante pourrait être lié expressément au refus anticoncurrentiel de communiquer des données, bloquant potentiellement l'entrée dans les marchés numériques, et les dispositions sur les fusions pourraient mentionner expressément la suppression d'un concurrent *potentiellement* efficace, surtout si la nouvelle entreprise acquise n'est pas encore active et influente, mais pourrait le devenir. Parmi les autres changements juridiques ne nécessitant pas de modifier la *Loi sur la concurrence* pour limiter le pouvoir de marché dans les marchés numériques figure une réglementation accrue. La politique de la concurrence est mal adaptée pour contrer des pratiques qui ne font que tirer parti du pouvoir de marché, sans le créer, notamment en fixant des prix élevés. À mesure que le pouvoir de marché s'imposera dans les marchés numériques, il y aura peut-être lieu (ou non, selon la complexité des mesures à prendre) d'établir une réglementation sectorielle pour contrer le pouvoir de marché. Le système bancaire ouvert constitue un exemple où une réglementation sectorielle pourrait être nécessaire pour stimuler la concurrence dans le secteur financier.

À part ces changements d'ordre non législatif, il conviendrait également d'apporter des modifications de fond ciblées à la *Loi sur la concurrence*. Nous recommandons des modifications qui conviendraient indépendamment de la prédominance des marchés numériques, mais qui pourraient prendre de l'importance à l'ère numérique en raison du pouvoir de marché et d'autres considérations. Pour commencer, la loi actuelle ne criminalise pas les accords entre acheteurs concurrents, dont la fixation des salaires et le non-débauchage, bien que ces accords créent les mêmes types de préjudices économiques que la concertation entre vendeurs. Cette omission ne repose sur aucune justification économique ou autre et il faudrait la corriger par des modifications législatives, compte tenu surtout du risque de monopsonne dans les marchés où dominant des entreprises numériques. En ce qui concerne les fusions, il conviendrait aussi de modifier la défense des gains en efficience à l'article 96. Une modification législative s'imposerait, par exemple, en réponse à l'exigence de quantification dans l'arrêt *Tervita*. Cet arrêt oblige le Bureau à quantifier les effets anticoncurrentiels « quantifiables » d'une fusion avant que les parties à la fusion n'aient à démontrer quelque futur gain en efficience que ce soit. Pour diverses raisons, dont l'impossibilité de circonscrire nettement les effets « quantifiables » et « non quantifiables » étant donné que tous les effets sont quantifiables en principe, les modifications devraient annuler cette approche et imposer aux parties le fardeau de prouver les futurs gains en efficience une fois que le Bureau a établi qu'une fusion est susceptible de diminuer sensiblement la concurrence.

Il conviendrait d'apporter trois modifications aux dispositions concernant l'abus de position dominante. Malgré certaines incohérences dans la jurisprudence, les décisions ont eu tendance à exiger qu'un agissement anticoncurrentiel susceptible de faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal nuise à un concurrent. Les agissements qui profitent à des concurrents, mais réduisent la concurrence ne tombent pas sous le coup de la *Loi* selon cette interprétation, qui est dénuée de toute justification économique ou autre. Une modification s'impose pour remédier à cet état de choses. Les marchés numériques rendent une telle modification d'autant plus urgente. À l'heure actuelle, l'acquisition en série de concurrents naissants par une entreprise dominante dans un marché numérique ou novateur pourrait échapper à la surveillance aux termes

des dispositions sur les fusions parce qu'il est difficile de démontrer qu'une fusion donnée empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Si les dispositions sur l'abus de position dominante étaient modifiées pour viser les agissements qui peuvent profiter aux concurrents mais nuire à la concurrence, il serait possible d'invoquer l'abus de position dominante pour rendre une ordonnance contre une pratique d'acquisitions anticoncurrentielles, dont la réparation varierait entre la mesure la plus interventionniste, soit la cession, et l'injonction contre toute future acquisition, à l'autre extrême. Une autre modification appropriée consisterait à préciser qu'un agissement qui profite aux consommateurs ne doit pas être qualifié d'agissement anticoncurrentiel, même si cet agissement nuit à des concurrents. La décision *Canada Pipe/Tuyauteries Canada Ltée*, dont c'est la conclusion, repose sur une interprétation très formaliste de la *Loi*. Une modification législative qui souligne que de tels agissements doivent réduire la concurrence pour être qualifiés d'anticoncurrentiels dissiperait la confusion. Enfin, surtout à l'ère numérique, quand des plateformes engrangent des bénéfices par milliards, une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 millions de dollars pour abus de position dominante est grossièrement inadéquate pour avoir un effet dissuasif et est sans commune mesure avec les comparateurs à l'étranger. Bien que, de manière générale, nous nous intéressions aux modifications de fond de la *Loi*, et non aux sanctions pécuniaires, aux réparations ou aux procédures, cette recommandation fait exception. Nous conseillons par ailleurs d'étendre les droits d'actions privées afin d'étayer les activités d'application de la loi du Bureau.

Nous examinons et évaluons diverses propositions de réforme qui ont été faites à l'étranger. Elles sont trop nombreuses pour les examiner toutes, mais nous nous penchons sur un échantillon de propositions provenant des États-Unis, de l'Union européenne, du Royaume-Uni et de l'Australie. Aux États-Unis, certaines propositions visent une application plus active des lois en vigueur, y compris un financement accru des autorités antitrust. De telles mesures cadrent avec notre analyse, étant donné que la numérisation exacerbera les craintes au sujet du pouvoir de marché. Des réformes plus radicales aux États-Unis concernent la réduction de la norme d'intervention, qui passerait d'une diminution considérable de la concurrence à un « risque appréciable » de nuire à la concurrence. Nous ne souscrivons pas à cette proposition, notamment parce qu'elle pourrait avoir pour effet d'interdire une pratique qui serait probablement avantageuse pour les consommateurs. Les coûts d'une telle application excessive sont mauvais

non seulement pour les entreprises, mais aussi pour les consommateurs. De même, des règles prophylactiques interdisant certaines pratiques, telles que l'« autopréférence » par les plateformes numériques dominantes, menacent de porter préjudice aux consommateurs : l'intégration verticale est généralement efficiente et avantageuse pour les consommateurs. Il ne conviendrait d'intervenir que lorsqu'on démontre qu'elle est préjudiciable. De même, les propositions pour la *Loi sur les marchés numériques* et la *Loi sur les services numériques* de l'Union européenne prévoient des approches très interventionnistes à l'égard des plateformes dominantes, y compris l'interdiction généralisée de pratiques comme l'autopréférence ou des liens hors plateforme entre vendeurs et acheteurs. Le rejet aussi catégorique de certaines pratiques par les entreprises dominantes est malavisé et risque de nuire aux consommateurs. Compte tenu de la diversité des facteurs à prendre en considération, et du risque de porter préjudice aux consommateurs ainsi qu'aux entreprises en employant une telle approche, il est préférable d'examiner chaque cas en fonction de ses caractéristiques propres comme sous le régime de la loi actuelle.

Les propositions que nous appuyons comprennent un mouvement dans l'Union européenne, au Royaume-Uni et ailleurs en faveur d'une transférabilité accrue des données entre plateformes numériques. Il faudra peut-être adopter des règlements à cette fin, comme dans le cas du système bancaire ouvert. L'accès aux données facilitera la concurrence, mais nécessitera une réglementation soigneuse. Le Royaume-Uni et l'Australie ont proposé de réduire les niveaux auxquels la notification d'une fusion est obligatoire, vu les inquiétudes au sujet de l'acquisition possible de concurrents naissants qui pourraient rapidement devenir majeurs. Nous sommes ouverts à un tel changement, mais nous concluons que son intérêt dépendrait du coût de l'élargissement des exigences de notification touchant des fusions sans danger sur le plan de la concurrence (comme le sont la grande majorité des fusions) par opposition aux avantages éventuels d'un examen plus rapide de l'acquisition de concurrents naissants. Nous doutons que les avantages l'emportent sur les coûts. Le Royaume-Uni a créé par ailleurs une unité des marchés numériques au sein de l'autorité de la concurrence; c'est un changement touchant l'application de la loi auquel nous souscrivons. Les marchés numériques ont des caractéristiques propres, et il serait logique de créer une unité spécialisée au sein du Bureau de la concurrence;

c'est d'ailleurs la mission de la nouvelle Direction générale de l'application numérique de la loi et du renseignement.

Après avoir passé en revue l'état de la question dans le monde, nous abordons la nouvelle volonté politique de revoir la politique de la concurrence en réponse aux marchés numériques et en particulier d'élargir considérablement la gamme des objectifs sociaux que vise l'application de la politique de la concurrence. Comme point de départ, nous soulignons que, à l'heure actuelle, les objectifs de la politique canadienne de la concurrence sont loin d'être clairs. Alors que la jurisprudence, la loi et l'application de la loi ont été centrées en grande partie sur l'objectif de l'efficacité économique, l'article 1.1 de la *Loi* énonce une série d'objectifs de la politique de la concurrence, outre l'efficacité économique, dont des prix compétitifs et une chance honnête pour la petite et la moyenne entreprise de participer à l'économie canadienne. Ces objectifs ne sont généralement pas incompatibles; ils appellent en fait la même application. Il peut arriver toutefois qu'ils entrent en conflit, et la loi canadienne ne précise pas ce qui doit se produire en pareil cas. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, il avait été établi que la fusion entraînerait probablement une hausse des prix, tout en augmentant le bien-être global par une réduction des coûts, de sorte que la défense des gains d'efficacité opposait d'une part l'efficacité, et des prix modérés pour les consommateurs, d'autre part. La Cour d'appel fédérale n'a pas énoncé de norme ni de règle claire et prévisible; elle a plutôt laissé le Tribunal trancher la question de la pondération des différents objectifs, peut-être au cas par cas. Une telle approche ne procure guère de certitude et dépend trop des préférences des membres du Tribunal en matière de politique. Vu les conflits internes de l'article 1.1. et le caractère indéterminé du précédent dans l'affaire *Supérieur Propane*, une révision des objectifs énoncés à l'article 1.1 se justifie quelle que soit l'évolution du numérique.

En outre, l'article 1.1 désigne certains groupes en tant que sujet de préoccupation, tels les consommateurs, mais en exclut d'autres dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'ils soient également un sujet de préoccupation, tels les travailleurs. Si les questions distributives justifient un souci des consommateurs indépendant des considérations d'efficacité, on voit mal pourquoi un raisonnement semblable ne s'applique pas aussi aux travailleurs. L'article énonce également

l'objectif d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie. Bien que les PME soient manifestement essentielles à l'économie, cela n'explique pas pourquoi la politique de la concurrence les inclut en tant que sujet de préoccupation particulier. Quand elles sont exclues des marchés par un comportement inefficace et anticoncurrentiel, la loi doit assurément l'empêcher, mais cela est couvert par l'objectif de l'efficace. De plus, les petites entreprises peuvent être favorisées en fait par d'autres types d'agissements anticoncurrentiels de la part d'autres entreprises. La fixation des prix et les fusions anticoncurrentielles, par exemple, procurent un environnement propice aux petites et moyennes entreprises. Or, ces pratiques sont au cœur des activités qu'interdit la politique de la concurrence. Bref, l'article 1.1 renferme des objectifs incompatibles entre eux ainsi que des objectifs dont la justification n'est pas évidente.

Nous examinons en détail le poids accordé aux objectifs autres que l'efficace dans la décision *Supérieur Propane* avant de conclure que cette étude de cas milite en faveur de la modification des articles 1.1 et 96. Nous abordons aussi le fait que des valeurs liées aux politiques autres que l'efficace se retrouvent parfois au premier plan dans certaines affaires, telles que l'affaire *Supérieur Propane*, alors que dans d'autres cas, elles sont laissées de côté sans explication. Dans l'affaire *Southam*, par exemple, qui portait sur la fusion de journaux, la concentration du contenu rédactionnel n'a pas été prise en compte comme facteur, seulement la concurrence pour les annonceurs. La défense de la conduite réglementée, qui fait souvent primer d'autres sources de droit sur la politique de la concurrence, fait également intervenir à l'occasion des objectifs autres que l'efficace dans la politique de la concurrence actuelle.

Le caractère arbitraire et incohérent des valeurs autres que l'efficace sous le régime actuel implique que la question n'est pas de savoir s'il faut modifier l'article 1.1 – il le faut –, mais plutôt comment le modifier. Convient-il de mettre l'accent seulement sur l'efficace économique, ou d'envisager divers objectifs de politique, notamment la protection de la vie privée, l'égalité économique, la diffusion du pouvoir politique, etc.? Il faut reconnaître de prime abord qu'aucun argument convaincant ne contredit l'idée que les types de conduites qu'encadre la *Loi sur la concurrence* mettent en jeu toute une série de valeurs. La protection de la vie privée,

la liberté d'expression, la diversité rédactionnelle et l'égalité économique ne sont que quelques-unes des valeurs en jeu quand des entreprises se font concurrence. Par conséquent, la *Loi* ne saurait être centrée sur un seul objectif, tel que l'efficacité économique, comme s'il s'agissait de la seule valeur de principe en jeu. En revanche, il est également faux d'affirmer, sous prétexte que la conduite sur les marchés fait intervenir de nombreuses valeurs, que la *Loi* devrait viser simultanément diverses valeurs. La question essentielle consiste à savoir s'il convient de poursuivre différentes valeurs incommensurables au moyen d'un instrument de politique unique (la politique de la concurrence), ou si la poursuite de différentes valeurs nécessite le recours à divers instruments (politique de la concurrence plus loi sur la protection de la vie privée plus impôt progressif sur le revenu, etc.). L'approche voulant que toutes les valeurs comptent présente de sérieux inconvénients.

Premièrement, la poursuite de divers objectifs peut être source d'imprévisibilité et d'arbitraire, car les résultats peuvent dépendre, comme dans l'affaire *Supérieur Propane*, des préférences des décideurs judiciaires en matière de politique publique. Deuxièmement, alors que la poursuite de l'efficacité économique se traduira par une approche uniforme à l'égard de la concurrence dans tous les contextes, la poursuite d'autres objectifs produira des effets pervers en apparence du point de vue de la politique de la concurrence. Si, par exemple, l'égalité économique était un objectif primordial, il conviendrait d'encourager la fusion de croisiéristes de luxe, du fait que les actionnaires sont probablement moins bien nantis que les clients et qu'une hausse des prix favorisera l'égalité économique. Troisièmement, si une évaluation de la concurrence doit toujours tenir compte de l'efficacité économique, d'autres valeurs telles que la protection de la vie privée ou la liberté d'expression sont pertinentes dans certains cas seulement. La politique de la concurrence constitue un moyen particulièrement peu fiable d'assurer la protection systématique de la vie privée, par exemple. Quatrièmement, en mettant l'accent sur un objectif unique tel que l'efficacité économique, les autorités de la concurrence peuvent se spécialiser, tandis qu'il n'est pas réaliste de leur demander d'être expertes en ce qui concerne tous les objectifs de politique que pourrait englober une évaluation de la concurrence. À l'inverse, le recours à plusieurs instruments permet à des organismes différents de se spécialiser dans des domaines particuliers. Cinquièmement, bien que différents objectifs puissent avoir des conséquences incompatibles dans divers contextes, comme l'efficacité économique et l'égalité

économique dans l'affaire *Supérieur Propane*, le plus souvent, la promotion de l'efficacité économique favorisera d'autres valeurs. Dans la plupart des contextes, par exemple, la concurrence maximise le bien-être social et modère les prix. Enfin, certaines des valeurs invoquées ne représentent pas nécessairement des objectifs sociaux impérieux. Ainsi, pourquoi promouvoir la petite entreprise au détriment de l'efficacité économique? D'autre part, selon certains commentateurs, être gros c'est un défaut, ce qui n'est pas convaincant non plus à moins d'expliquer en quoi les grandes entreprises sont socialement indésirables.

Par contre, on peut invoquer des arguments pour une politique de la concurrence axée sur plusieurs objectifs. D'une part, il peut être utile d'employer différents instruments de politique pour poursuivre certains objectifs. Vu les coûts économiques d'un système d'impôt progressif, il est peut-être préférable de favoriser la redistribution au moyen de la fiscalité et d'autres instruments, par exemple. D'autre part, la légitimité démocratique de bon nombre des différentes valeurs qui ont été proposées comme fondement de la politique de la concurrence ne faisant aucun doute, la loi devra prévoir des arbitrages entre les valeurs à un moment donné. Ces arbitrages seront nécessaires même si des objectifs différents sont attribués à différents organismes et différents textes législatifs.

Nous examinons trois options de réforme de l'objet de la *Loi* énoncé à l'article 1.1. La première possibilité serait de viser l'équité, sans préciser en quoi elle consiste. Les décideurs judiciaires pourraient ainsi tenir compte de questions telles que l'égalité économique, comme dans l'affaire *Supérieur Propane*, au regard de l'article 96 et de la défense des gains d'efficacité, ainsi que de l'efficacité, de la protection de la vie privée, de la liberté d'expression, de la diffusion du pouvoir politique, etc. On évite de cette façon d'inclure trop de valeurs de principe ou d'en omettre, et le texte gagne en souplesse. Par exemple, par le passé, la protection de la vie privée ne constituait pas la priorité sociale qu'elle est devenue à cause de l'évolution des marchés numériques, et une norme d'« équité » pourrait aisément l'incorporer à titre de priorité. En revanche, une norme d'« équité » engendre de l'incertitude et un manque de précision juridique, laissant le Bureau et le Tribunal trancher des questions de politique fondamentales,

peut-être au cas par cas. Elle oblige les autorités de la concurrence à être expertes en ce qui concerne toutes les valeurs de principe pouvant se rattacher à la politique de la concurrence.

À l'autre extrême, la *Loi sur la concurrence* pourrait viser exclusivement l'efficacité économique. Cela éliminerait l'incertitude, l'imprévisibilité et le manque de précision associés à l'« équité » comme objet. Il serait désormais clair que les effets anticoncurrentiels à l'article 96 concerneraient uniquement les pertes d'efficacité et non les questions de distribution. Il en résulterait une prévisibilité accrue en ce sens que la jurisprudence établie depuis l'adoption de la *Loi* en 1986 resterait en grande partie intacte (mais pas entièrement; la décision *Supérieur Propane*, par exemple, ne s'appliquerait pas). De plus, les autorités pourraient se concentrer sur l'efficacité et se spécialiser dans ce domaine. Le modèle de l'efficacité ne fait pas disparaître les autres objectifs. En premier lieu, d'autres instruments de politique, tels que les lois de protection de la vie privée, peuvent favoriser d'autres objectifs et peuvent le faire d'une manière beaucoup plus systématique que la politique de la concurrence, qui pourrait ne s'appliquer aux autres valeurs que dans un sous-ensemble de contextes. En deuxième lieu, dans de nombreux contextes, la défense de la conduite réglementée assujettit la *Loi sur la concurrence* à d'autres instruments de politique (qui l'emportent peut-être trop facilement sur elle). Le modèle de l'efficacité a pour inconvénient le fait que certaines valeurs importantes, telle la diffusion du pouvoir politique, n'ont peut-être pas d'instruments de politique efficaces en place pour en faire la promotion. En outre, la défense de la conduite réglementée laissera de la place à d'autres valeurs, mais pas à l'issue d'un examen soigneux de valeurs concurrentes, comme celui auquel pourrait donner lieu une approche fondée sur l'équité.

Il existe un large éventail de mécanismes institutionnels possibles entre les normes de l'équité et de l'efficacité. Nous en examinons un. Selon cette possibilité, l'objectif de la *Loi* qui guiderait le Bureau et le Tribunal de la concurrence serait l'efficacité économique, mais il pourrait y avoir un recours devant le Cabinet. Ce dernier aurait le pouvoir de trancher en fonction du motif d'équité qu'il jugerait bon. Le principal avantage de cette approche c'est qu'un organe explicitement politique, le Cabinet, aurait le pouvoir de choisir la politique à adopter dans une affaire donnée, car il s'agit d'un acte politique et non technique. Cette approche permet

également au Bureau et au Tribunal de se concentrer sur l'analyse de l'efficacité et de se spécialiser dans ce domaine. L'approche hybride présente toutefois des inconvénients importants, voire insurmontables. L'incertitude et le manque de précision persisteront au niveau du Cabinet. Ce dernier pourrait faire l'objet de pressions ou de la soi-disant « recherche de rente » par des acteurs privés, ce qui est coûteux et pas tellement fructueux sur le plan social. Le Cabinet pourrait également obéir à l'opportunisme politique plutôt qu'à des principes. L'ajout d'un palier procédural rendrait plus long et plus coûteux le processus judiciaire dans les affaires de concurrence. Il existe des recours au Cabinet dans d'autres contextes où un secteur est assujéti à une surveillance politique. Le ministre des Finances, par exemple, exerce une surveillance considérable sur le secteur financier. Par contraste, le Cabinet ne possède pas de compétences spécialisées dans les divers secteurs qu'examinent les autorités de la concurrence. Qui plus est, beaucoup d'affaires relevant de la politique de la concurrence sont d'intérêt local et non régional, et encore moins national. On voit mal pourquoi il faudrait consacrer les ressources du Cabinet à de telles questions locales.

Chacune des options comporte des avantages et des inconvénients. Essentiellement, la clarté, la prévisibilité et la précision s'opposent au risque de marginaliser des valeurs sociales autres que l'efficacité. C'est selon l'approche de l'équité que la plus vaste gamme de valeurs peut influencer la politique de la concurrence, mais au prix de la certitude juridique. Le recours au Cabinet attribue à juste titre le pouvoir de faire des choix de politique à un organe politiquement responsable, mais c'est en gros son seul avantage. Par exemple, il n'élimine pas l'incertitude juridique et ajoute un palier de procédure coûteux de même que la recherche de rente, elle-même coûteuse.

Nous concluons que l'option axée sur l'efficacité est celle à privilégier. Elle n'est pas parfaitement idéale, en ce sens que les valeurs autres que l'efficacité risquent de ne pas recevoir assez d'attention, mais ses avantages l'emportent sur cet inconvénient possible. Elle oriente clairement les décideurs judiciaires et les entreprises, éliminant le manque de précision des autres options. Par ailleurs, la recherche de l'efficacité favorise souvent d'autres valeurs (des prix modérés sont souhaitables sur le plan tant de l'efficacité que de la distribution, par exemple), et

d'autres instruments de politique peuvent promouvoir d'autres valeurs quand ce n'est pas le cas. En outre, contrairement à d'autres valeurs, l'efficacité doit être prise en compte dans toute analyse de la concurrence.

Les marchés numériques suscitent une remise en question de la politique de la concurrence parce qu'ils favorisent l'exercice d'un pouvoir de marché et qu'ils soulèvent diverses questions de politique publique. Il y aurait lieu d'apporter des modifications progressives à la *Loi*, en raison notamment des marchés numériques, mais une refonte en profondeur de la *Loi* n'est pas à conseiller. À part recommander l'apport de modifications à certaines dispositions de fond, nous proposons des options pour répondre à la question fondamentale des objectifs que doit viser la politique de la concurrence et nous concluons que, sans être parfaite, la meilleure solution consiste à mettre l'accent sur l'efficacité.