



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Vers un droit international économique transatlantique Towards a Transatlantic International Economic Law

Sous la direction d'Hervé Agbodjan Prince

Liste des auteurs

Hervé Agbodjan Prince

Philippe Musquar

Nanette Neuwahl

Pierre Larouche

Ysolde Gendreau

Francesca Romanin Jacur

Anaïs Contat

Martine Valois

Lucia Bellucci



LES ÉDITIONS THÉMIS

Table des matières

Rekindling the Spirit of Washington and Brussels: Introductory Remarks on the Emergence of Transatlantic International Economic Law	309
Hervé AGBODJAN PRINCE	
L'accès au marché des marchandises dans le cadre de l'AECG comme élément constitutif d'un futur espace commercial transatlantique	313
Philippe MUSQUAR	
Services in Transatlantic Trade Deals: Potential for Progress after 2020?	361
Nanette NEUWAHL	
Droit de la concurrence: l'Accord économique et commercial global et son contexte	389
Pierre LAROCHE	
Les normes de propriété intellectuelle dans l'AECG: une étape importante pour le Canada.....	429
Ysolde GENDREAU	
Environmental Protection in Trans-Atlantic (CETA) and North-Atlantic (USMCA) Megaregional Agreements: Towards Greater Integration and Regulatory Convergence.....	457
Francesca ROMANIN JACUR	
L'Accord économique et commercial global: un pas vers l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration	503
Anaïs CONTAT et Martine VALOIS	
Beyond a Transatlantic Trade Law of Cultural Diversity Towards Inclusive Capitalism: New Narratives for Post-COVID Sustainability in light of CETA and CUSMA	545
Lucia BELLUCCI	
Application provisoire: la variable d'ajustement de la mise en œuvre des traités commerciaux transatlantiques.....	587
Hervé AGBODJAN PRINCE	

Droit de la concurrence : l'Accord économique et commercial global et son contexte

Pierre LAROUCHE*

Competition Law: The Comprehensive Economic and
Trade Agreement in Context

Derecho de la competencia: el Acuerdo Económico y
Comercial Global y su contexto

Direito de concorrência: o Acordo Econômico e
Comercial Global e seu contexto

竞争法：《综合经济与贸易协定》及其背景

Résumé

Le chapitre 17 de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne* (AECG), portant sur la politique de concurrence, repose largement sur l'Accord Canada-UE concernant l'application de leur droit de la concurrence, datant de 1999. Même si la politique de la concurrence semble enfouie au milieu de l'AECG, en pratique l'application des droits de la concurrence canadien et surtout européen a souvent des effets transatlantiques, étant donné la conception maximaliste de la compétence

Abstract

Chapter 17 of the *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) on competition policy largely rests on the 1999 Canada-EU Agreement on the application of competition law. Even if competition policy might seem buried in the thick of CETA, a look at practice should dispel any illusion as to its centrality. Given the maximalist approach to extraterritorial jurisdiction that prevails everywhere as regards competition law, the implementation of Canadian and – most significantly

* Professeur titulaire, droit et innovation, Directeur de l'option doctorale Innovation, science, technologie et droit et Vice-doyen, développement et qualité des programmes, Faculté de droit, Université de Montréal.

extraterritoriale qui prévaut partout en matière de droit de la concurrence. Les autorités du Canada et de l'UE semblent bien collaborer en matière de grands cartels mondiaux, mais l'Accord Canada-UE est trop limitatif quant aux échanges d'information. C'est en matière de contrôle préalable des fusions que l'influence européenne sur le sort des entreprises canadiennes se fait le plus sentir, et l'affaire Air Canada/Transat pourrait en illustrer les effets nocifs pour les entreprises et les consommateurs canadiens. Ni l'AECG ni l'Accord Canada-UE ne permettent de remédier à ces difficultés, lesquelles relèveraient d'un accord multilatéral sur la politique de concurrence, qui reste plus hypothétique que jamais.

Resumen

El capítulo 17 del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), más conocido como CETA por sus siglas en inglés, que trata de la política de competencia, se basa en gran medida en el Acuerdo entre Canadá y la UE respecto a la aplicación del derecho de la competencia, que data de 1999. Aun cuando la política de competencia parece estar sepultada en medio del CETA, en la práctica la aplicación de los derechos de la competencia canadienses y especialmente europeos a menudo tienen efectos transatlánticos, dada la concepción maximalista de la competencia extraterritorial que prevalece en todas partes en el campo del derecho de la competencia. Las autoridades de Canadá y la UE parecen estar colaborando bien frente a los grandes cárteles mundiales, pero el Acuerdo Canadá-UE es demasiado restrictivo en términos de intercambio de información. Es en materia de control preliminar de

– EU law produces notable transatlantic effects. While EU and Canadian authorities seem to cooperate in the fight against global hard core cartels, the Canada-EU Agreement is too constraining as regards information exchange. Yet it is in merger control that the influence of EU law on Canadian firms is most clearly felt. The pending Air Canada/Transat merger could provide a perfect example of the potential for EU law to harm Canadian firms and consumers. Neither CETA nor the Canada-EU Agreement offers any remedy for these problems. The answer, if any, would have to come from a multilateral agreement on competition policy, which seems more elusive than ever.

Resumo

O capítulo 17 do Acordo Econômico e Comercial Global (AECG), relativo à política de concorrência, repousa amplamente sobre o Acordo Canadá-UE datado de 1999 no que concerne à aplicação de seu direito da concorrência. Mesmo se a política da concorrência parece enterrada no meio do AECG, na prática a aplicação dos direitos da concorrência canadense e sobretudo europeu tem com frequência efeitos transatlânticos, dada a concepção maximalista da competência extraterritorial que prevalece por toda parte em matéria de direito da concorrência. As autoridades do Canadá e da UE parecem colaborar bem no que tange os grandes cartéis mundiais, mas o Acordo Canadá-UE é muito limitante no que se refere à troca de informações. É em matéria de controle prévio das fusões que a influência europeia sobre as empresas canadenses se faz sentir mais, e o caso Air Canada/Transat pode ilustrar os efeitos nocivos

las fusiones donde se siente más la influencia europea en el destino de las empresas canadienses, y el caso Air Canada/Transat podría ilustrar los efectos nocivos sobre las empresas y los consumidores canadienses. Ni el CETA ni el Acuerdo Canadá-UE permiten remediar estas dificultades, la respuesta, si la hubiera, provendría de un acuerdo multilateral sobre la política de la competencia, que sigue siendo más hipotético que nunca.

para as empresas e para os consumidores canadenses. Nem o AECG nem o Acordo Canadá-UE permitem remediar essas dificuldades, as quais seriam abordadas por um acordo multilateral sobre a política da concorrência, que continua mais hipotético que nunca.

摘要

《综合经济与贸易协定》（CETA）第17章涉及竞争政策，主要基于始于1999年的《关于适用竞争法的加欧协议》。即使竞争政策似乎隐藏在CETA中，实践中由于竞争法上占优势的域外管辖概念，加拿大尤其是欧洲的竞争法的适用通常具有跨大西洋的效力。加拿大和欧洲当局似乎在打击全球大型卡特尔方面已开展合作，但加欧协定对信息交换限制过度。欧洲对加拿大企业的影响尤其体现在对合并的事前审查方面，加航/越洋航空合并案对加拿大企业和消费者的不利影响即为明证。CETA和加欧协议均不能解决这些问题，它们属于关于竞争政策的多边协议范畴，而这比以前更加靠不住。

Plan de l'article

Introduction	395
I. L'AECG et le droit de la concurrence.....	395
A. Le droit économique au cœur de l'AECG	396
B. Le chapitre 17 de l'AECG sur la politique de concurrence	398
II. La relation Canada-UE dans la pratique du droit de la concurrence	400
A. Les fondements du droit de la concurrence au niveau international	401
1. Le développement de la « doctrine des effets » aux États-Unis.....	402
2. L'adoption de la « doctrine des effets » par d'autres juridictions.....	404
3. L'échec d'une approche globale au droit de la concurrence.....	405
B. L'Accord Canada-UE.....	407
C. L'application du droit de la concurrence en pratique	411
1. Les cartels <i>hard core</i>	412
2. Le contrôle des concentrations et fusionnements.....	416
Conclusions	423

Dans les accords commerciaux du 21^e siècle, la présence d'un chapitre concernant le droit de la concurrence semble inéluctable. Tel est le cas non seulement de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne (UE)¹, mais aussi des autres accords conclus récemment par le Canada, dont l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)² et le Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)³, ou par l'Union européenne, dont l'Accord de commerce et de coopération avec le Royaume-Uni⁴.

Pour bien saisir la signification du chapitre sur le droit de la concurrence, il faut non seulement le situer à l'intérieur de l'AECG (I), mais aussi dans le contexte de la pratique existante en matière de droit de la concurrence en ce qui concerne la relation transatlantique Canada-UE (II). Il devient alors possible de bien en évaluer la portée et de tirer certaines conclusions.

I. L'AECG et le droit de la concurrence

L'AECG, en vigueur à titre provisoire depuis septembre 2017, est représentatif des tendances contemporaines en matière d'accords commerciaux, en ce qu'il continue à étendre le champ de ces accords bien au-delà

¹ *Accord économique et commercial global*, Canada/Union européenne, [2017] JOUE L 11/23, 30 octobre 2016, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

² *Accord Canada – États-Unis – Mexique*, 30 novembre 2018, tel qu'amendé par le Protocole d'amendement du 10 décembre 2019, chapitre 21, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

³ *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021). Cet accord reprend essentiellement les dispositions de l'*Accord de partenariat transpacifique*, 4 février 2016, dont le chapitre 16 sur la politique de concurrence, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « PTP »).

⁴ *Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni*, 24 décembre 2020, [2020] JOUE L 444/14, en ligne : <https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_fr> (consulté le 12 juillet 2021).

des mesures frontalières traditionnellement associées au commerce international, pour entrer de plus en plus profondément dans le droit interne des parties. Cela n'a rien de surprenant en soi, dans la mesure où les échanges internationaux ont basculé vers les services, les biens non matériels et les capitaux, dont les flux ne sont pas canalisés à travers des frontières mais produisent leurs effets directement à l'intérieur de chaque juridiction.

A. Le droit économique au cœur de l'AECG

C'est ainsi que près de la moitié des chapitres de l'AECG concernent ce qu'il convient d'appeler le droit économique, soit le droit qui préside au bon fonctionnement de l'économie. Plusieurs chapitres s'attardent à la réglementation de domaines spécifiques – soit les chapitres 13 à 16 – alors que d'autres touchent à des thèmes généraux du droit économique, dont la réglementation en général (chapitres 12 et 21, ainsi que le chapitre 8), les entreprises d'état, monopoles et entreprises bénéficiant de droits et privilèges spéciaux (chapitre 18), les marchés publics (chapitre 19), ainsi que, pourrait-on aussi ajouter, la propriété intellectuelle (chapitre 20). Dans tous les cas, il s'agit de dispositions qui ont un impact réel et immédiat sur le droit interne des parties à l'AECG.

L'AECG se situe par contre dans la lignée traditionnelle des accords commerciaux, qui sont composés de chapitres parfois un peu disparates, rédigés de façon assez étroite, voire pointilleuse. Typiquement, les parties s'entendent sur des règles complexes, reposant sur des termes définis précisément, tout en comportant de nombreuses exceptions. Un mécanisme de consultation ou de dialogue y est assorti pour gérer le développement de ces règles, à travers les questions pratiques qui pourraient être soulevées au fil du temps.

Il manque à l'AECG une vision d'ensemble, une orientation politique claire. Le préambule ne fait que mentionner la volonté des parties de « créer un marché élargi [...] par la réduction ou l'élimination d'obstacles au commerce et à l'investissement » et d'« établir des règles claires, transparentes, prévisibles et mutuellement avantageuses », avant d'égrener une série de considérants qui réaffirment l'autonomie des parties en matières de politiques publiques. Qui plus est, à la suite de l'opposition de toute dernière minute de la Wallonie – dont les motifs restent impénétrables – les parties ont dû adjoindre à l'AECG un instrument interprétatif pour tenter

de calmer les craintes wallones, qu'elles aient été fondées ou non⁵. Cet instrument prive l'AECG d'une partie de son dynamisme en mettant de l'avant une interprétation par trop conservatrice de l'AECG.

Pourtant, le Canada et l'Union européenne partagent les mêmes orientations de politique économique. L'occasion aurait été belle d'enchâsser dans l'AECG les principes de la « constitution économique » européenne, qui sont le pendant économique de la démocratie libérale, soit la primauté de l'économie de marché et de la concurrence, ainsi que la liberté d'entreprise et le droit de propriété. Ces principes président également à la politique économique canadienne, quoi qu'on en dise.

En effet, l'article 3(3) du *Traité sur l'Union européenne*⁶ met bien en relief les liens qui unissent la politique économique et les politiques connexes en matière d'emploi, de sécurité sociale et d'environnement. Son premier alinéa, en particulier, se lit :

L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.

Malgré l'absence de grande déclaration de principes communs de politique économique, il reste que l'AECG va plus loin que des accords comparables lorsqu'il s'agit justement de bien asseoir la politique économique au sein des autres politiques étatiques, et de permettre aux autorités publiques des États non seulement de faire les équilibres qui s'imposent, mais aussi d'en discuter entre eux. Le chapitre 8 (investissements) en constitue le meilleur exemple, de même que les chapitres 22 à 24 (lien entre commerce et développement durable, travail et environnement, respectivement). En ce sens, l'AECG représente un progrès certain par rapport à

⁵ *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2017] JOUE L 11/3, en ligne: <https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_fr> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « Instrument interprétatif »).

⁶ *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « TUE »).

ces autres accords – dont l’Accord OMC⁷ lui-même – qui font souvent la part trop belle à la libre circulation des marchandises, services et capitaux aux dépens des autres objectifs de politique publique, lesquels sont souvent relégués à un statut d’exception à la règle, de « boîte noire » que l’on n’examine pas en détail⁸. C’est pourquoi ce n’aurait pas été incongru d’inclure à l’AECG une déclaration générale de principes communs de politique économique, compte tenu des convergences entre le Canada et l’UE.

B. Le chapitre 17 de l’AECG sur la politique de concurrence

C’est donc au sein d’un ensemble assez complet mais non consolidé de dispositions relatives au droit économique à l’AECG que l’on retrouve le chapitre 17 sur la politique de concurrence.

Le chapitre 17 de l’AECG est l’un des plus brefs⁹, ce qui étonne, compte tenu du rôle-clé de la politique de concurrence au sein du droit économique européen. En effet, le droit économique européen est axé autour du droit et de la politique de la concurrence lequel, aux côtés des quatre libertés de mouvement du marché intérieur (biens, services, personnes et capitaux), figure directement au *Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne*¹⁰. Toutes les autres mesures spécifiques de droit économique en sont dérivées¹¹, et doivent s’y conformer¹². En pratique, la politique de

⁷ *Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, (1996) R.T.N.U 104 (n° 31874), en ligne: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201915/volume-1915-I-31874-French.pdf>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « Accord de Marrakech »).

⁸ C’est pourquoi l’Instrument interprétatif jure avec l’AECG en ramenant la politique publique des États dans une « boîte noire ».

⁹ À l’édition de l’AECG dans le format du Journal officiel de l’Union européenne, il tient sur à peine plus d’une page.

¹⁰ *Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne*, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « TFUE »).

¹¹ Il s’agit généralement de mesures de droit secondaire, basées sur les articles du TFUE, dont l’article 114.

¹² Voir la jurisprudence découlant de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE), *Deutsche Telekom c. Commission*, Affaire C-208/08P, [2010] Rec. I-9555 (jugement du 14 octobre 2010), qui établit la primauté du droit de la concurrence – en tant que droit économique général – sur la réglementation spécifique sectorielle. Voir aussi Pierre LAROCHE, « Contrasting legal solutions and the comparability of US and EU experiences », dans François LEVÊQUE et Howard SHELANSKI (dir.), *Antitrust and*

concurrence, de par sa généralité et la robustesse de son cadre institutionnel, a servi de fer de lance pour plusieurs chantiers de politique économique dans des secteurs spécifiques – que ce soit en communications électroniques¹³, en énergie¹⁴, en transport¹⁵, en services financiers¹⁶ ou maintenant en ce qui concerne la réglementation des plateformes numériques¹⁷ – d'une manière qui surprend toujours les observateurs et les chercheurs de l'extérieur de l'UE.

Dans l'AECG, le chapitre 17 sur la politique de la concurrence est enfoui au milieu des autres chapitres traitant de droit économique, loin de la place éminente que cette politique occupe dans l'UE. Pourtant, le contenu de ce chapitre porte indéniablement la marque du droit de la concurrence européen¹⁸.

Regulation in the EU and US: Legal and Economic Perspectives, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, p. 76 et Pierre LAROCHE et Alexandre DE STREEL, *Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU*, rapport d'expert pour la Commission européenne, Bruxelles, 2020, en ligne: <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0120577enn.pdf> (consulté le 12 juillet 2021).

- ¹³ Voir Pierre LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, OUP, 2000.
- ¹⁴ Voir Pierre LAROCHE et Leigh HANCHER, « The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest », dans Paul CRAIG et Gráinne DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2011, p. 743.
- ¹⁵ Voir Hussein KASSIM et Handley STEVENS, *Air Transport and the European Union*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010.
- ¹⁶ Voir Joaquin MAUDOS et Xavier VIVES, « Competition Policy in Banking in the European Union », (2019) 55 *Review of Ind. Org.* 27.
- ¹⁷ Voir la récente *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) (Digital Markets Act)*, 15 décembre 2020, COM(2020)842, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=fr>> (consulté le 12 juillet 2021).
- ¹⁸ Au-delà des exemples notés dans le texte, la référence aux « services économiques d'intérêt général » à l'article 17.1, ainsi que l'article 17.3.2. qui concerne l'applicabilité du droit de la concurrence aux entreprises d'État et à celles qui bénéficient de droits de monopoles ou de droits spéciaux, sont directement tirés des articles 106(2) et 106(1) TFUE, respectivement. Toutefois, comme il s'agit là d'une disposition assez spécifique du droit de la concurrence, dont le rôle est par ailleurs de plus en plus confiné aux aides d'État (voir P. LAROCHE et L. HANCHER, préc., note 14), nous n'en traiterons pas plus avant.

Tout d'abord, la définition du « comportement commercial anti-concurrentiel » à l'article 17.1 correspond à la trilogie qui structure le droit de la concurrence européen : accords et pratiques concertées entre concurrents (article 101 TFUE), pratiques unilatérales d'une entreprise dominante (article 102 TFUE) et fusions (Règlement 139/2004¹⁹). Si ces trois thèmes figurent également en droit canadien²⁰, la *Loi sur la concurrence* (LC) canadienne n'est pas aussi clairement articulée autour d'eux²¹.

Deuxièmement, la disposition principale du chapitre 17, l'article 17.2, débute à l'alinéa 1^{er} par une version réduite et tronquée des principes généraux de politique économique auxquels, comme ci-haut mentionné, on aurait pu s'attendre en exergue de l'AECG dans son ensemble : « Les Parties admettent l'importance d'une concurrence libre et non faussée dans leurs relations commerciales. Les Parties reconnaissent que les comportements commerciaux anticoncurrentiels sont susceptibles de fausser le bon fonctionnement des marchés et de réduire les avantages découlant de la libéralisation des échanges. »

Par conséquent, les parties s'engagent, à l'article 17.2.2., à prendre « les mesures appropriées pour prohiber les comportements commerciaux anticoncurrentiels ». Encore une fois, eu égard à l'importance du droit de la concurrence en Union européenne, cette obligation peut sembler timide. Qui plus est, le chapitre 17 est même soustrait à la procédure de règlement des différends de l'AECG, aux termes de l'article 17.4.

Le droit de la concurrence est-il donc le parent pauvre de l'AECG ? Si un coup d'œil rapide au texte pourrait permettre de conclure en ce sens, ce serait là passer à côté du contexte et de l'histoire de la coopération entre l'UE et le Canada en matière de droit et de politique de la concurrence.

II. La relation Canada-UE dans la pratique du droit de la concurrence

La disposition la plus importante du chapitre 17 de l'AECG est peut-être l'article 17.2.3., qui renvoie à la coopération entre le Canada et l'UE

¹⁹ *Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations*, [2004] JOUE L 24/1 (ci-après « Règlement 139/2004 »).

²⁰ En fait, ce sont les trois thèmes centraux du droit de la concurrence partout au monde.

²¹ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34 (ci-après « LC »).

aux termes de l'*Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence* (Accord Canada-UE)²², un accord qui date de 1999.

Les bases de la coopération transatlantique UE-Canada en matière de politique de concurrence ne se trouvent donc pas à l'AECG, mais bien dans cet accord qui a été mis en place il y a plus de vingt ans. Cet accord fait partie d'une vague d'accords bilatéraux qui ont été conclus dans les années 1990 et 2000, les plus importants étant les accords entre l'UE et les États-Unis, qui ont servi de modèle aux autres²³.

Pour bien comprendre les tenants et les aboutissants de l'Accord Canada-UE, il importe de retourner aux fondements du droit de la concurrence au niveau international (A), pour ensuite examiner l'Accord Canada-UE (B) et enfin s'attarder sur la manière dont le droit de la concurrence affecte la relation entre les économies canadienne et européenne en pratique (C).

A. Les fondements du droit de la concurrence au niveau international

Le droit de la concurrence se préoccupe du bon fonctionnement de l'économie de marché. Il s'attarde surtout au comportement des entreprises, comme le montre la définition ci-haut de « comportement commercial anticoncurrentiel », mais toujours dans la mesure où les effets de ce comportement sur le fonctionnement du marché sont nocifs au sens du droit de la concurrence. Même si un débat fait encore et toujours rage au sein des juristes quant à l'objectif ultime du droit de la concurrence²⁴ – la protection de la concurrence en tant que telle ou, par-delà celle-ci, le bien-être des consommateurs – dans les deux cas de figure une analyse du

²² [1999] JOUE L 175/50.

²³ Voir l'*Accord du 23 septembre 1991 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, [1995] JOUE L 95/47, et l'*Accord du 4 juin 1998 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence*, [1998] JOUE L 173/28.

²⁴ Voir Pierre LAROCHE, « Le droit de la concurrence », dans Ejan MACKAAY *et al.* (dir.), *L'analyse économique du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2021 pour un résumé des principales écoles de pensée à ce sujet.

marché et des effets du comportement des entreprises sur le marché est requise pour déterminer s'il y a manquement au droit de la concurrence²⁵.

Il s'agit d'un domaine de droit relativement récent, qui a fait son apparition à la fin du 19^e siècle, donc à un moment où le droit privé et le droit pénal sont déjà bien établis, mais où le droit public n'a pas encore connu son essor du 20^e siècle. De la fin du 19^e siècle jusqu'à l'après-guerre, les seules juridictions disposant d'un droit de la concurrence se rapprochant des standards contemporains en la matière sont le Canada²⁶ et les États-Unis²⁷. Les droits européens (Union et États membres) font leur apparition dans les années 1950 et n'atteignent la maturité que vers les années 1980²⁸. Hors les États-Unis, le Canada, l'Union européenne, le Japon et la Corée du Sud, le droit de la concurrence a pris son envol dans les années 1990.

1. Le développement de la « doctrine des effets » aux États-Unis

C'est donc dire que, pendant une longue période, les marchés des États-Unis et du Canada étaient à la merci des effets anticoncurrentiels des comportements des entreprises situées dans des juridictions étrangères. Même si les flux commerciaux transfrontaliers n'avaient pas encore atteint l'ampleur que nous connaissons aujourd'hui, ils étaient déjà suffisamment grands pour qu'un cartel entre entreprises européennes ou asiatiques produise des effets en Amérique du Nord, par exemple. En l'absence de droit de la concurrence ou d'un équivalent, ces juridictions étrangères ne pouvaient offrir de remède ou de redressements contre de tels comportements.

C'est pourquoi, dans la première moitié du 20^e siècle, lorsque les tribunaux des États-Unis ont eu à entendre des litiges mettant en cause des entreprises étrangères dont le comportement à l'extérieur des frontières produisait des effets sur le marché domestique, ils se sont retrouvés devant un problème de compétence épineux. En droit international, la compétence est généralement fondée sur des facteurs reliés aux parties, prin-

²⁵ Cette analyse est parfois très sommaire (si les effets anticoncurrentiels d'un comportement sont présumés), mais il faut en tout état de cause identifier quel marché a été touché par le comportement en question.

²⁶ Le Canada a adopté l'*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, 52 Vict., c. 41.

²⁷ Avec le *Sherman Act*, 26 Stat. 209 (1890) (15 USC §1), et les lois subséquentes.

²⁸ Il a fallu attendre 1997, avec les Pays-Bas, pour que tous les États membres disposent d'un droit de la concurrence digne de ce nom.

cipalement la territorialité (localisation des parties ou endroit où leur comportement a lieu) ou la nationalité. Si le tribunal s'en tient à la territorialité ou la nationalité, l'affaire échappera à sa compétence. Dans le contexte de l'époque, cela signifiait que le comportement de l'entreprise étrangère resterait impuni, en l'absence de recours équivalents à l'étranger, laissant donc une faille béante dans l'efficacité du droit de la concurrence américain. Les tribunaux américains ont plutôt décidé de privilégier l'efficacité du droit américain, au prix d'une entorse au droit international. C'est ainsi qu'ils ont revendiqué une compétence internationale basée sur la « doctrine des effets », selon laquelle il suffit qu'un comportement produise des effets sur le marché domestique pour fonder la compétence des tribunaux domestiques, même en l'absence de lien de territorialité ou de nationalité. Dans *Alcoa*, le tribunal s'est exprimé en ces termes :

[Traduction] Nous présumons que la Loi [Sherman] ne s'étend pas aux ententes, même si elles sont destinées à affecter les importations ou les exportations, à moins qu'il ne soit démontré que leur exécution les a effectivement affectées [...]. Les ententes [en l'espèce] auraient clairement été illégales si elles avaient été conclues aux États-Unis ; il en découle qu'elles sont illégales, malgré qu'elles aient été conclues à l'étranger, si elles étaient destinées à affecter les importations et les ont effectivement affectées.²⁹

La « doctrine des effets » a été précisée dans la jurisprudence subséquente et codifiée en 1982 avec le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA), qui spécifie que le droit antitrust américain « ne s'applique pas à un comportement relié au commerce avec les nations étrangères [...] à moins que [...] ce comportement n'ait des effets immédiats, substantiels et raisonnablement prévisibles » sur le commerce aux États-Unis³⁰. La jurisprudence de la Cour suprême a confirmé le principe énoncé au FTAIA, tout en assujettissant son application à des considérations de courtoisie (« comity ») internationale³¹.

²⁹ *US c. Alcoa*, 148 F. 2d 416, 443-44 (2^e cir., 1945).

³⁰ *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, Pub. L. 97-290, 96 Stat. 1246 (1982), codifiée à 15 USC § 6a.

³¹ Voir *Hartford Fire Insurance c. California*, 509 US 764 (1993), et *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Empagran SA*, 542 US 155 (2004).

2. L'adoption de la « doctrine des effets » par d'autres juridictions

Compte tenu que le recours à la « doctrine des effets » visait au départ à pallier l'inexistence du droit de la concurrence dans les juridictions étrangères, on aurait pu s'attendre à ce que celle-ci s'estompe au fur et à mesure que ces juridictions se dotent d'un droit de la concurrence qui permettrait de punir « à la source » les comportements anticoncurrentiels affectant les marchés américains. Or, c'est tout le contraire qui s'est produit. Non seulement la « doctrine des effets » se porte-t-elle très bien aux États-Unis, mais en plus elle a été adoptée par les autres juridictions, le plus souvent pour des raisons de réciprocité.

C'est le cas de l'Union européenne, l'autre pôle du droit de la concurrence à l'échelle mondiale. La Cour de justice de l'Union européenne, saisie de la compétence de la Commission européenne pour appliquer le droit de la concurrence européen en l'absence de lien de territorialité ou de nationalité, s'est d'abord repliée sur un critère de « mise en œuvre » dans l'Union, selon lequel la compétence de la Commission découlerait du fait que le comportement extraterritorial a été mis en œuvre sur le territoire de l'Union³². Ce critère, quelque peu boiteux, a été récemment supplanté par un critère d'« effets substantiels, prévisibles et immédiats » sur les marchés de l'UE, dans l'affaire *Intel*³³. Ce nouveau critère est similaire en tous points à celui qui ressort du droit et de la jurisprudence américains.

Quoique le droit canadien en la matière ne soit pas aussi développé, il y a tout lieu de croire que la « doctrine des effets » – telle que conçue aux États-Unis ou en Union européenne – s'appliquerait aussi en ce qui concerne la compétence des autorités canadiennes pour appliquer le droit de la concurrence canadien à des comportements d'entreprises étrangères

³² *Ahlström Oy et al. c. Commission*, Aff. jointes 89/85 et al., [1988] Rec. C.E. I-5193, 27 septembre 1988 (ci-après « *Woodpulp* »). Cette affaire portait sur un cartel des producteurs de pâte de bois, qui se trouvaient tous hors CEE (communauté économique européenne) (à l'époque) et dont on peut présumer que les contacts menant au cartel aient eu lieu hors du territoire de la CEE.

³³ *Intel c. Commission*, Affaire C-413/14 P, ECLI: EU: C: 2017: 632, 6 septembre 2017, au par. 18, 40-46 (ci-après « *Intel* »). *Intel* s'applique aux articles 101 et 102 TFUE. Quant à la compétence pour appliquer le Règlement 139/2004 (contrôle des concentrations), elle a toujours reposé sur un critère d'effets immédiats, substantiels et prévisibles: *Gencor c. Commission*, Affaire T-102/96, [1999] Rec. C.E. II-753, 25 mars 1999, par. 89-91.

qui ont eu lieu à l'extérieur du Canada³⁴. C'est d'ailleurs le sens de l'article 46 de la *Loi sur la concurrence*, qui étend l'application de l'article 45 LC (interdiction criminelle des violations les plus graves du droit de la concurrence) à des comportements ayant lieu à l'extérieur du Canada, dans l'hypothèse où ces comportements seraient tombés dans le champ d'application de l'article 45 LC s'ils avaient eu lieu au Canada.

À la suite d'une vague d'adoption à l'échelle mondiale depuis les années 1990³⁵, presque 150 juridictions disposent désormais de leur droit de la concurrence respectif, et plusieurs d'entre elles revendiquent une compétence internationale fondée sur la « doctrine des effets »³⁶. Il en résulte une mosaïque difficilement compréhensible : alors que dans les années 1990, les grandes entreprises étaient généralement en faveur de l'essor du droit de la concurrence, elles se plaignent maintenant de l'impossibilité de connaître, de maîtriser et de se conformer à tous ces droits qui s'appliquent de manière extraterritoriale³⁷. Une fusion entre multinationales, par exemple, pourrait devoir être préalablement notifiée à une dizaine d'autorités de par le monde, chacune d'entre elles ayant juridiquement le pouvoir de la bloquer.

3. L'échec d'une approche globale au droit de la concurrence

Au vu de cette situation, la création d'une autorité globale de la concurrence, ou à tout le moins d'un mécanisme mondial de coordination de l'action des autorités domestiques de la concurrence, apparaît comme une solution logique. Pourtant, tous les efforts déployés en ce sens, en particulier au sein de l'OMC, ont été vains. Une entente en matière de droit de la concurrence n'a pas pu être incluse dans les Accords de Marrakech (ronde

³⁴ Voir Crystal L. WITTERICK, « Sovereignty Revisited : Regulation of Competition in the Canada/US Context – Extraterritorial Reach of US Antitrust Law – A Canadian Perspective », (1998) 24 *Can-US LJ* 299, en ligne : <<https://core.ac.uk/download/pdf/214089345.pdf>> (consulté le 12 juillet 2021).

³⁵ Cette vague est liée à la mondialisation et à la progression de l'économie de marché, sans nul doute. Plus concrètement et plus juridiquement, l'adoption d'un droit de la concurrence s'est souvent inscrite dans le sillage de l'adhésion à l'OMC, de l'insertion dans les circuits mondiaux de politique fiscale et économique (Banque Mondiale et FMI) et de la protection des investissements directs étrangers : voir David J. GERBER, *Global Competition – Law, Markets and Globalization*, Oxford, OUP, 2010.

³⁶ *Id.*

³⁷ Voir par exemple Abbott B. LIPSKY, « Managing Antitrust Compliance through the Continuing Surge in Global Enforcement », (2009) 75 *Antitrust LJ* 965.

de l'Uruguay) qui ont mené à la création de l'OMC. Par la suite, un groupe de travail sur l'interaction entre les politiques de commerce et de concurrence a été formé dès la réunion ministérielle de Singapour en 1996³⁸. La question a été incluse dans le cadre de la ronde de Doha, mais abandonnée en 2004 sans que les discussions aient abouti à des résultats concrets³⁹.

À l'heure actuelle, il existe deux grands forums multilatéraux d'échanges sur le droit et la politique de la concurrence. Il s'agit de l'International Competition Network (ICN)⁴⁰ et de l'OCDE⁴¹. Même si ces deux forums sont très actifs, en traiter en détail sortirait de la portée de cet article, car ils ne disposent pas de pouvoirs contraignants, ni même de mandat de négocier une entente quelconque.

En gros, il y a deux grandes raisons qui minent la volonté des États de créer un cadre global pour harmoniser le droit matériel de la concurrence et coordonner ses aspects institutionnels.

La première découle de ce que les États ne semblent pas pouvoir s'entendre sur la teneur de ce droit harmonisé, pour plusieurs motifs. Tout d'abord, à tort ou à raison, parmi les personnes intéressées, la croyance que les droits respectifs des deux principales juridictions – les États-Unis et l'Union européenne – ne peuvent être alignés est largement répandue; en réalité ces droits convergent en grande partie, mais ils continuent à diverger sur une question cruciale, soit le traitement des entreprises dominantes⁴². Qui plus est, le degré de convergence est à la merci de l'évolution de la politique de concurrence, qui est liée au leadership politique de chaque juridiction au fil du temps. En outre, il y a aussi un potentiel de divergence entre grandes et petites juridictions, et entre le Nord et le Sud: tant les États-Unis que l'Union européenne, en tant que grandes écono-

³⁸ Voir OMC, Conférence ministérielle (Singapour, 1996), *Déclaration ministérielle*, WT/MIN(96)/DEC (18 décembre 1996), par. 20.

³⁹ OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha*, WT/L/159 (2 août 2004), par. 1(g). Les documents produits par le Groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence sont disponibles en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/wgtcp_docs_f.htm> (consulté le 12 juillet 2021).

⁴⁰ Réseau international sur la concurrence (RIC) en traduction française. Voir *International Competition Network*, en ligne: <www.internationalcompetitionnetwork.org> (consulté le 12 juillet 2021).

⁴¹ Voir les activités en matière de concurrence sur le site de l'OCDE, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/concurrence/>> (consulté le 12 juillet 2021).

⁴² Voir P. LAROCHE, préc., note 24.

mies développées, s'entendent pour axer l'application de leur droit de la concurrence sur la protection du bien-être des consommateurs⁴³, s'il le faut aux dépens des intérêts des producteurs. Cette orientation fondamentale ne convient peut-être pas aux plus petites économies ouvertes qui sont plus exposées à la pression venant du commerce international – comme le Canada, par exemple – ou aux économies émergentes où les producteurs doivent encore croître et se solidifier avant de s'insérer dans les circuits économiques globaux.

La seconde raison procède d'un manque de confiance mutuelle entre les États, en présence d'externalités qui requièrent une action coordonnée. En effet, si les producteurs de l'État A se concertent pour fixer le prix des produits qu'ils vendent sur le territoire de l'État B⁴⁴, les consommateurs de l'État B en souffrent, mais les producteurs de l'État A voient leurs profits augmenter. En théorie, l'autorité de la concurrence de l'État A devrait se charger de réprimer cette concertation, mais pourquoi infligerait-elle un camouflet et un détriment économique aux producteurs locaux, au bénéfice de consommateurs étrangers ?

La maximisation de la compétence internationale, à travers la « doctrine des effets » devient alors une réaction logique au manque de convergence en droit matériel et au manque de confiance institutionnelle. Paradoxalement, la mosaïque bigarrée qui en résulte tendra à la longue à favoriser un droit plus interventionniste, car les entreprises s'assureront de se conformer au droit le plus exigeant (parmi les droits dont l'application est vraisemblable). Qui plus est, elle fera aussi le jeu des autorités des plus grandes juridictions, car elles sont plus en mesure d'influencer un grand nombre d'affaires.

B. L'Accord Canada-UE

C'est donc sur ce fond d'application active et extensive de droits de la concurrence domestiques et d'impasse sur l'harmonisation et la coordination

⁴³ Que ce soit directement, lorsque le bien-être du consommateur est intégré à l'analyse, ou indirectement, en protégeant la concurrence au motif que celle-ci sert le consommateur.

⁴⁴ En présumant pour les fins de la discussion qu'il n'y a pas de possibilité d'entrée sur le marché ou d'arbitrage transfrontière.

internationales que s'inscrit l'Accord Canada-UE et, partant, le chapitre 17 de l'AECG.

Conclu en 1999, l'Accord Canada-UE était inspiré de l'accord déjà en place entre les États-Unis et l'UE à l'époque⁴⁵.

L'Accord vise à asseoir la coopération entre la Commission européenne – en tant qu'autorité européenne de la concurrence – et le Commissaire de la concurrence canadien, dans l'application de leur droit de la concurrence respectif, soit les articles 101 et 102 TFUE et le Règlement sur le contrôle des concentrations, d'un côté, et la LC, de l'autre⁴⁶.

Tout d'abord, il prévoit un mécanisme de notification, lorsqu'une mesure d'application du droit de la concurrence envisagée par une autorité affecterait des intérêts importants de l'autre partie⁴⁷. C'est le cas, entre autres, lorsque des entreprises de l'autre partie sont concernées par une notification, lorsque le comportement anticoncurrentiel aurait eu lieu sur le territoire de l'autre partie, lorsque la mesure envisagée recoupe une mesure prise par l'autre partie ou affecterait le comportement des entreprises sises sur le territoire de l'autre partie⁴⁸. Cette notification doit être faite en temps utile et avec suffisamment de détails pour que l'autre partie puisse évaluer les répercussions des mesures envisagées⁴⁹. L'Accord crée également un mécanisme de consultation⁵⁰. En tout état de cause, en appliquant leur droit de la concurrence respectif, les autorités veillent à éviter

⁴⁵ *Accord du 23 septembre 1991 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, [1995] JOUE L 95/47.

⁴⁶ Accord Canada-UE, art. I. Il faut d'emblée noter que, à la suite de la réforme du droit de la concurrence européen au 1^{er} mai 2004, avec l'entrée en vigueur du *Règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux [art. 101 et 102 TFUE]*, [2003] JOCE L 1/1, et du *Règlement 139/2004*, l'application du droit s'est décentralisée. Les autorités de la concurrence des États membres occupent depuis lors une place plus importante dans l'application du droit de la concurrence de l'UE. L'Accord Canada-UE contient des dispositions concernant les autorités des États membres, à l'Annexe B. Il y a peu d'informations pratiques disponibles sur ce volet de l'Accord Canada-UE, et ainsi, pour les fins de cette contribution, nous laisserons de côté les autorités de la concurrence des États membres de l'UE.

⁴⁷ *Id.*, art. II.

⁴⁸ Voir la liste: *id.*, art. II.2.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*, art. III.

de porter atteinte aux intérêts de l'autre partie, et à concilier les intérêts des parties⁵¹.

L'Accord prévoit aussi l'échange d'information entre les autorités, afin de faciliter leurs tâches respectives et d'améliorer leurs connaissances mutuelles⁵². Toutefois, la portée de cet échange d'information est grandement réduite par l'exclusion de toute information confidentielle qui aurait été reçue d'une entreprise ou autre partie dans le cadre d'une enquête⁵³. Or, la plupart des informations obtenues lors d'enquêtes sont confidentielles. Les informations confidentielles ne peuvent être échangées entre autorités qu'avec le consentement de la personne qui a fourni l'information à l'autorité qui détient l'information⁵⁴. Si ce consentement est obtenu, l'échange d'informations confidentielles peut avoir lieu, et alors l'autorité récipiendaire est tenue de maintenir la confidentialité de l'information face aux tiers⁵⁵. Les informations ne peuvent être utilisées que dans le cadre de l'application du droit de la concurrence⁵⁶.

En vertu de l'Accord, le Canada et l'UE se prêtent assistance mutuelle dans le cadre de leurs activités respectives et, le cas échéant, coordonnent leurs mesures d'application⁵⁷. Un mécanisme de « courtoisie active » (*positive comity*) permet même à une des parties de demander que l'autre intervienne à l'encontre d'actes commis sur le territoire de l'autre partie, mais dont l'impact anticoncurrentiel se ferait sentir sur le territoire de la partie requérante⁵⁸.

Même si les deux accords ont été négociés en même temps, l'Accord Canada-UE n'incorpore pas les obligations plus intensives en matière de courtoisie active qui se retrouvent à l'Accord supplémentaire conclu entre les États-Unis et l'Union européenne en 1998⁵⁹, soit l'engagement de

⁵¹ *Id.*, art. VI.

⁵² *Id.*, art. VII.

⁵³ *Id.*, art. X et échange de lettres à l'Annexe C.

⁵⁴ *Id.*, art. VII.3.

⁵⁵ *Id.*, art. VIII.2.

⁵⁶ *Id.*, art. X.5.

⁵⁷ *Id.*, art. IV.

⁵⁸ *Id.*, art. V.

⁵⁹ Accord du 4 juin 1998 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, [1998] JOUE L 173/28.

suspendre ou retarder une enquête pour permettre à l'autre partie de mener à bien l'application de son droit de la concurrence.

Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de l'Accord Canada-UE, en juin 1999, la Commission européenne a publié le nombre annuel de notifications envoyées par les parties, qui est repris au tableau suivant : ⁶⁰

Nombre annuel de notifications, en vertu de l'Accord Canada-UE

Année	Reçues par le Canada	Envoyées par le Canada
1999 (à partir de juin)	4	3
2000	9	10
2001	8	10
2002	5	9
2003	7	6
2004	2	7
2005	8	1

Aucune information publique ne semble être disponible pour les années suivantes⁶¹. Il n'y a toutefois pas lieu de croire que ces données ont changé de manière significative. Le nombre de notifications échangées entre les autorités (qui donne une bonne indication du volume d'affaires où les autorités sont appelées à coopérer) resterait donc modeste, entre 10 et 20 par an, soit le dixième du volume d'affaires notifiées en vertu de l'accord correspondant entre les États-Unis et l'Union européenne.

Dans ses rapports annuels sur la politique de concurrence de l'UE⁶², la Commission est peu disert sur l'Accord Canada-UE. Au sein de quelques

⁶⁰ Voir les rapports annuels de la Commission sur les accords bilatéraux avec le Canada et les États-Unis, pour les années 1999 (COM(2000)645, 13 octobre 2000), 2000 (COM(2002)245, 29 janvier 2002), 2001 (COM(2002)505, 17 septembre 2002) et 2002 (COM(2003)500, 13 août 2003), ainsi que les rapports annuels de la Commission sur la politique de concurrence, pour les années 2003 à 2005.

⁶¹ Certains des rapports annuels du Commissaire de la concurrence canadien évoquent la coopération avec les autorités européennes dans certaines affaires, mais sans donner de statistiques annuelles.

⁶² Ces rapports sont disponibles sur le site de la COMMISSION EUROPÉENNE, en ligne : <https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html> (consulté le 12 juillet 2021).

pages consacrées à la dimension internationale de la politique de concurrence, l'Accord fait généralement l'objet d'un paragraphe, qui se répète d'une année à l'autre et qui fait état des relations cordiales entre la Commission européenne et le Bureau de la concurrence canadien.

C. L'application du droit de la concurrence en pratique

Malgré le faible nombre de notifications au sens de l'Accord Canada-UE, il reste que, compte tenu de la compétence internationale extensive revendiquée tant par le Canada que par l'UE, de nombreuses affaires ont une dimension transatlantique Canada-UE, même si parfois les autorités n'ont pas besoin de collaborer pour les résoudre. Les prochaines pages fournissent un aperçu de ces affaires.

Tout d'abord, il convient de constater que les affaires à dimension transatlantique Canada-UE ont tendance à provenir de deux domaines spécifiques du droit de la concurrence, soit la lutte contre les grands cartels mondiaux et le contrôle des concentrations (ou fusionnements en droit canadien). Cela semble logique à première vue : les autres domaines du droit de la concurrence paraissent moins susceptibles de donner lieu à des affaires dont la portée englobe le Canada et l'UE. En effet, les ententes – hormis les cartels *hard core* – ont généralement une portée plus localisée, que ce soit des accords de spécialisation, de distribution, etc. De même, il y a peu d'entreprises dominantes à la fois au Canada et en UE, de sorte que le contrôle des positions dominantes crée peu de frictions entre ces deux juridictions⁶³ ; cette situation est toutefois en train de changer maintenant que les grandes entreprises du numérique (les GAFA) détiennent des positions dominantes globales, comme nous verrons plus loin.

⁶³ Par opposition, il y a de nombreux cas de positions dominantes à cheval entre les États-Unis et l'UE – le plus souvent des entreprises américaines qui détiennent une position dominante en UE – ce qui mène à des frictions entre ces deux juridictions, compte tenu de leurs approches divergentes en la matière : voir Pierre LAROCHE et Marteen P. SCHINKEL, « Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act », dans D. Daniel SOKOL et Roger D. BLAIR (dir.), *Oxford Handbook of International Antitrust Economics – Vol. 2*, Oxford, OUP, 2014, p. 153.

1. Les cartels *hard core*

Les cartels *hard core* s'entendent des violations les plus flagrantes du droit de la concurrence, dont la fixation des prix, l'allocation des marchés et la réduction concertée de la production⁶⁴. Il s'agit là des trois éléments de la liste de violations de nature criminelle, à l'article 45 LC. En droit de l'UE, ce sont des ententes restrictives de la concurrence par objet au sens de l'article 101(1) TFUE, et à ce titre leur analyse est simplifiée à la vue de leur gravité. Ces cartels soulèvent ainsi peu de difficultés analytiques : leur nocivité pour la concurrence et le bien-être des consommateurs fait l'unanimité. En règle générale, de tels cartels découlent de machinations secrètes, et donc le principal obstacle auquel les autorités de concurrence font face relève de la détection et de la preuve.

Le cas-type de cartel *hard core* de dimension internationale implique un marché assez concentré – souvent un marché de matières premières ou de gros – où un nombre limité de producteurs de par le monde parviennent à se concerter. La détection, et *a fortiori* l'enquête, exige une coordination entre les autorités de la concurrence des juridictions où se trouvent les producteurs, afin de maximiser les chances de trouver toute la preuve et d'éviter qu'une juridiction plus complaisante ne serve de refuge pour la mise en place du cartel.

Il est bien sûr loisible qu'une autorité de la concurrence fasse enquête seule. C'est ce qui semble s'être passé au début des années 1980 dans l'affaire de la « pâte de bois » (*Woodpulp*), mentionnée plus haut, qui a établi la compétence internationale de la Commission pour l'application extra-territoriale du droit de la concurrence européen. Dans cette affaire, justement, 6 des 43 producteurs mis à l'amende pour avoir violé l'article 101 TFUE venaient du Canada⁶⁵. Toutefois, la décision de la Commission ne fait état d'aucune coopération avec l'autorité canadienne de la concurrence.

Par la suite, les autorités du Canada et de l'UE ont mené en parallèle plusieurs affaires célèbres en matière de cartels *hard core*. Dans ces affaires,

⁶⁴ Aux termes du document OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, Doc. off. OECD/LEGAL/0452 (2 juillet 2019), les cartels *hard core* (appelés « ententes injustifiables » dans la version française de la Recommandation) comprennent aussi les soumissions concertées à des appels d'offre (*bid-rigging*).

⁶⁵ Voir *Woodpulp*, Affaire IV/29.725, 16 décembre 1984, [1985] JOUE L 85/1.

la Commission européenne mentionne que le cartel a aussi fait l'objet d'une enquête au Canada (et ailleurs), ce qui laisse croire que les autorités auraient communiqué durant leurs enquêtes respectives. Il s'agit par exemple des cartels des acides aminés⁶⁶, des électrodes de graphite⁶⁷, des vitamines⁶⁸ et de l'acide citrique⁶⁹, où les décisions remontent au début des années 2000. Sans nul doute, les autorités de la concurrence ont collaboré sur d'autres enquêtes également, mais sans que cela soit mentionné dans leurs décisions.

Plus récemment, le Canada a suivi l'UE et les États-Unis dans le cadre des ententes de prix concernant les livres électroniques (*e-books*). Dans cette affaire, les principales maisons d'édition mondiales se sont retrouvées sur la sellette, au motif qu'elles avaient tenté de mettre à profit l'introduction du iPad en 2010, et l'entrée d'Apple sur le marché de la vente de livres électroniques, pour se concerter afin de remplacer les contrats de distribution qui les liaient à Amazon par des contrats d'agence, en vertu desquels les maisons d'édition peuvent mieux contrôler les prix de détail. Apple avait alors servi de point de coordination pour une collusion en étoile (*hub-and-spoke*). Dès 2010, les autorités américaines et européenne ont ouvert des enquêtes sur ces manœuvres. En 2012, Apple et les maisons d'édition furent traduites en justice par les autorités américaines; si les maisons d'édition décidèrent de régler à l'amiable, Apple s'est défendue et a été finalement déboutée en Cour d'appel⁷⁰. La Commission européenne a sévi en 2013⁷¹. Les autorités américaine et européenne semblent avoir collaboré à l'enquête, à la vue des similitudes de leur analyse respective et de la concordance temporelle de leurs actions. L'enquête canadienne ne s'est mise en branle qu'en 2012, lorsque le Commissaire à la concurrence a décidé de suivre la piste déjà débroussaillée par les autres autorités, et elle a abouti à une série d'engagements des maisons d'édition, à l'instar

⁶⁶ *Acides aminés*, Affaire COMP/F-3/36.54, 7 juin 2001, [2001] OJ L 152/2, au par. 181. Il s'agit ici du cartel et de l'enquête des autorités américaines qui ont inspiré le film *The Informant!* (2009).

⁶⁷ *Électrodes de graphite*, Affaire COMP/E-1/36.490, 18 juillet 2001, [2002] OJ L 100/1, au par. 42.

⁶⁸ *Vitamines*, Affaire COMP/E-1/37.512, 21 novembre 2001, [2003] OJ L 6/1, aux par. 155-157.

⁶⁹ *Acide citrique*, Affaire COMP/E-1/36.604, 5 décembre 2001, [2002] OJ L 239/18, au par. 68.

⁷⁰ *US c. Apple*, 791 F.3d 290 (2nd Circ., 2015). La Cour suprême a refusé d'entendre un appel de cette décision.

⁷¹ *E-books*, Affaire COMP/39.847, 25 juillet 2013, [2013] OJ C 378/25.

de ce qu'ont obtenu les autres autorités⁷². Dans un même *modus operandi*, le Canada a aussi ouvert une enquête au sujet des ententes liant les diverses parties aux systèmes de paiement par carte de crédit MasterCard et Visa, à la suite des autorités américaine et européenne, mais l'enquête canadienne s'est soldée par une défaite pour le Commissaire de la concurrence⁷³.

Au demeurant, le Canada et l'UE ont constaté que les dispositions de l'Accord Canada-UE concernant l'échange d'informations étaient trop restrictives, puisqu'elles bloquaient en réalité la transmission d'informations confidentielles sans le consentement de la personne ayant fourni l'information. Comme il s'est avéré que l'échange d'informations constituait une des meilleures manières de coopérer, l'Accord se trouvait ainsi privé d'une bonne partie de son efficacité. Pour remédier à cette déficience, le Canada et l'UE ont bonifié l'échange d'informations dans une nouvelle mouture de l'Accord, négociée au début des années 2010 et conclue en 2016⁷⁴. Dans cet Accord dit de « seconde génération », les autorités de concurrence ont l'autorisation expresse de communiquer des informations reçues lors de procédures d'enquête, et d'« échanger leurs points de vue » au sujet de ces informations, c'est-à-dire de discuter de leur appréciation de la preuve⁷⁵. La transmission d'informations reste sujette au consentement de la personne qui les a fournies⁷⁶ – que ces informations soient confidentielles ou non – mais il est possible de passer outre à l'absence de consentement si les informations se rapportent à une affaire où les deux autorités font enquête, ou encore si les informations en question étaient par ailleurs déjà en la possession de l'autorité requise⁷⁷. La collaboration entre autorités en cas d'enquête conjointe ou simultanée s'en trouve ainsi considérablement renforcée. Pour protéger les intérêts des personnes

⁷² L'affaire canadienne a connu plusieurs rebondissements, car les engagements consentis en 2014 ont été annulés par la Cour fédérale en 2016 et l'affaire renvoyée au Commissaire. De nouveaux engagements, signés en 2016, ont jusqu'ici survécu aux contestations judiciaires : voir *Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2018 CF 64, [2018] 4 R.C.F. 111, pour le dernier mot, accompagné d'un résumé.

⁷³ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Visa Canada Corp.*, [2013] DTCC No. 10. Cette décision fait état des affaires déjà en cours ailleurs dans le monde, mais sans indiquer qu'il y ait eu coopération avec les autres autorités de la concurrence.

⁷⁴ Voir le texte du nouvel Accord, en Annexe à la proposition de la Commission relative à sa signature par le Conseil de l'UE, COM(2016)421 (27 juin 2016).

⁷⁵ *Id.*, art. VII.2.

⁷⁶ *Id.*, art. VII.3.

⁷⁷ *Id.*, art. VII.4.

ayant fourni les informations à l'autorité requise, le nouvel Accord prévoit des garanties contre l'auto-incrimination et l'imposition de peines de prison, et la protection du secret professionnel entre avocat et client⁷⁸. Par ailleurs, les informations transmises ne peuvent être utilisées par l'autorité requérante que pour une affaire identique ou connexe⁷⁹. Enfin, l'autorité requise ne peut participer à un échange de vues concernant des informations obtenues dans le cadre d'une demande d'immunité ou de clémence, à moins que le demandeur en question y ait consenti⁸⁰.

Malheureusement, le nouvel Accord est resté dans les limbes depuis 2016, pour des motifs liés à la protection des données personnelles. En effet, compte tenu que des données personnelles pourraient aisément se retrouver parmi les informations transmises en vertu du nouvel Accord, ce dernier comporte une série de mesures visant à assurer la protection des données personnelles, en conformité avec les normes européennes applicables⁸¹. Or, dans un Avis du 26 juillet 2017, la CJUE a invalidé un accord entre le Canada et l'UE concernant la transmission des noms de passagers des transporteurs aériens, au motif que cet accord limitait la protection des données personnelles plus que strictement nécessaire pour atteindre ses objectifs⁸². Cela a poussé la Commission européenne à réexaminer le nouvel Accord en matière de concurrence, pour éviter qu'il soit aussi invalidé pour des raisons liées à la protection des données personnelles. Ce processus est toujours en cours⁸³.

⁷⁸ *Id.*, art. VII.7 et VIII.9. La protection contre l'emprisonnement découle d'une demande de l'Union européenne, dont le droit de la concurrence ne prévoit pas de telles peines.

⁷⁹ *Id.*, art. VIII.7.

⁸⁰ *Id.*, art. VII.9.

⁸¹ Ces normes se trouvent non seulement à ce qui est désormais le Règlement 2016/679 général sur la protection des données (*Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE*, [2016] JOUE L 119/1, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « RGPD »), mais aussi, et *a fortiori*, en droit primaire, soit au TFUE (art. 16) et à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 7 décembre 2000, art. 7 et 8, en ligne : <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf> (consulté le 12 juillet 2021).

⁸² *Avis 1/15*, 26 juillet 2017, ECLI: EU: C: 2017: 592, en ligne : <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-07/cp170084fr.pdf>> (consulté le 12 juillet 2021).

⁸³ Voir le document de travail de la Commission européenne accompagnant le *Rapport sur la politique de concurrence 2019*, SWD(2020)126, 9 juillet 2020, à la p. 47, en ligne :

Hormis les cartels *hard core*, les autorités canadienne et européenne ont aussi travaillé de concert dans des affaires concernant des ententes en matière de transport. Peu de temps avant la conclusion de l'Accord Canada-UE, la Commission avait déjà relevé une enquête parallèle du Bureau de la concurrence dans une affaire concernant le transport maritime de marchandises en Atlantique Nord⁸⁴. Plus récemment, Air Canada a été impliquée, de concert avec d'autres compagnies aériennes, dans deux affaires européennes importantes concernant le transport aérien, soit le cartel du transport de cargo⁸⁵ ainsi que l'entente A++ entre Air Canada, United Airlines et Lufthansa concernant le transport transatlantique de passagers⁸⁶. Le Commissaire de la concurrence canadien a enquêté en parallèle sur le cartel du transport de cargo, ce qui a mené à plusieurs amendes en vertu de l'article 45 LC⁸⁷. Quoique les décisions européenne et canadienne ne mentionnent pas une coopération quelconque, il est plausible que les autorités de la concurrence aient échangé au sujet de leurs enquêtes respectives.

2. Le contrôle des concentrations et fusions

Alors que le cas type de cartel *hard core* global reste relativement simple à analyser, mais exige une collaboration entre autorités de la concurrence pour obtenir les preuves d'une collusion soigneusement dissimulée, le cas

<https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2019/part1_fr.pdf> (consulté le 12 juillet 2021).

⁸⁴ *Trans-Atlantic Conference Agreement*, Affaire IV/35.134, 16 septembre 1998, [1998] JOUE L 95/1, au par. 268.

⁸⁵ *Cargo aérien*, Affaire COMP/39.258, 9 novembre 2010, [2014] JOUE C 371/11. Après avoir été annulée par le Tribunal pour une erreur de procédure (*Deutsche Lufthansa c. Commission*, Affaire T-46/11 et autres, 16 décembre 2015, ECLI: EU: T: 2015: 987), la décision a été adoptée de nouveau: *Cargo aérien*, Affaire COMP/39.258, 17 mars 2017, [2017] JOUE C 188/14.

⁸⁶ *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, Affaire COMP/AT.39.595, 23 mai 2013, [2013] JOUE C 201/8. Cette décision ne porte pas sur un cartel *hard core*, mais bien plutôt sur l'impact d'une entente de coopération extensive comportant la coordination des prix, de la capacité et des horaires, ainsi que le partage des revenus. Les parties ont pu éviter une conclusion défavorable grâce à des engagements relativement à la liaison Francfort-New York.

⁸⁷ Les décisions sont énumérées sur le site du BUREAU DE LA CONCURRENCE, en ligne: <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01144.html>> (consulté le 12 juillet 2021).

type de concentration ou de fusionnement⁸⁸ se déroule à jeu ouvert, puisqu'il aura été notifié au préalable par les parties afin d'obtenir l'autorisation de clôturer la transaction en vertu du droit de la concurrence applicable. La preuve est donc à la disposition des autorités⁸⁹. Par contre, les fusionnements constituent souvent des transactions complexes entre entreprises dont les activités s'étendent à de nombreux produits et de multiples territoires. Les autorités de concurrence doivent se prêter à une analyse prospective qui leur mène à formuler une hypothèse quant à l'impact probable du fusionnement sur les marchés pertinents, laquelle guide la décision à prendre⁹⁰. Statistiquement, peu de fusionnements notifiés (moins de 10 %) posent des problèmes. Si l'autorité est d'avis, à la phase préliminaire de l'enquête, que le fusionnement pourrait avoir un effet sensible sur la concurrence, des tractations avec les parties s'ensuivent le plus souvent, dans le but d'identifier un jeu d'engagements qui permette de remanier la transaction à la satisfaction de l'autorité. Les interdictions restent exceptionnelles.

Un fusionnement global pourrait par exemple impliquer une entreprise canadienne et une entreprise américaine, qui font affaire en Amérique du Nord et en Europe. Comme l'obligation de notifier au préalable s'applique typiquement dès que les parties au fusionnement dépassent une certaine taille ou un certain chiffre d'affaires dans la juridiction en question⁹¹, le fusionnement fera alors l'objet d'une notification aux autorités

⁸⁸ Le Règlement 139/2004 utilise la désignation « concentration », alors que la LC traite de « fusionnements ». Pour simplifier, nous utiliserons le terme « fusionnement » pour désigner ce type de transaction tant en droit canadien qu'europpéen, à moins que le contexte ne dicte autrement.

⁸⁹ Qui plus est, dans les cas de fusionnement, les parties à la transaction s'empressent généralement d'autoriser les autorités à communiquer entre elles et à échanger toute information utile, y compris les informations confidentielles.

⁹⁰ Il faut souligner que le contrôle préalable des fusionnements ne vise pas la rationalité commerciale et économique pour les parties au fusionnement – un test que nombre de fusionnements échoueraient – mais bien l'impact du fusionnement sur la concurrence et ultimement sur le bien-être du consommateur, dans l'hypothèse où il serait réalisé.

⁹¹ Sans vouloir entrer dans les détails, les seuils de notification américains dépendent du volume de la transaction et des parties (*U.S. Code*, 15 USC § 18a et *Electronic Code of Federal Regulations*, 16 CFR § 801.1(h)), les seuils européens du chiffre d'affaires des parties (art. 1, Règlement 139/2004) et les seuils canadiens, des actifs et du chiffre d'affaires (art. 110 LC). En pratique, les fusionnements majeurs franchissent souvent tous ces seuils.

américaines, canadiennes et européennes, qui se pencheront chacune sur l'impact de ce seul et même fusionnement sur leur territoire respectif⁹². En ce qui concerne la coopération entre autorités, le principal défi se situe donc plutôt au niveau de l'analyse: le fusionnement devrait être analysé de la même manière – marchés pertinents, position des parties, effets escomptés⁹³ – et s'il y a matière à engagements, ceux-ci devraient être compatibles les uns avec les autres⁹⁴.

Historiquement, c'est une entreprise canadienne, de Havilland (telle qu'elle se nommait à l'époque), qui a fait les frais de la toute première décision défavorable de la Commission européenne, en 1991⁹⁵. Boeing voulait céder de Havilland (qui était sa division canadienne) à Aérospatiale-Alénia. Or, sur le marché des avions commerciaux de 40 à 59 sièges, ATR (la filiale commune d'Aérospatiale et Alénia) occupait le 1^{er} rang mondial, alors que de Havilland était au 3^e rang. L'opération aurait propulsé ATR/de Havilland loin devant tout autre concurrent, sur un marché où aucune nouvelle entrée n'était prévisible. La Commission a bloqué le fusionnement⁹⁶, et peu après Boeing s'est tourné vers Bombardier pour lui céder de Havilland.

Par la suite, au fil des ans, des entreprises canadiennes ont souvent été parties à des fusionnements notifiés à la Commission européenne. Le jeu des seuils de notification européens a fait que la Commission s'est même penchée sur des acquisitions entre entreprises canadiennes, dont les activités étaient concentrées au Canada. Dans *Inco/Falconbridge*, la Commission européenne a exigé que la raffinerie de Falconbridge en Norvège soit ven-

⁹² Conformément à la « doctrine des effets » sur laquelle ces juridictions basent leur compétence extraterritoriale.

⁹³ Ce qui ne veut pas nécessairement dire que les autorités arriveront à la même conclusion, dans la mesure où l'état de la concurrence sur les marchés de leurs territoires respectifs pourrait différer.

⁹⁴ Voir par exemple la fusion Bayer/Aventis, où les engagements pris par les parties envers les autorités canadienne et européenne concordaient (vente des activités concernant l'insecticide Acetamiprid) : *Bayer/Aventis Crop Science*, Affaire COMP/M.2547, 17 avril 2002, [2004] JOUE L 170/1 et *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Bayer AG*, [2002] DTCC No. 26.

⁹⁵ *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, Affaire IV/M.53, 2 octobre 1991, [1991] JOUE L 334/42.

⁹⁶ En parallèle, Investissement Canada avait aussi rejeté la transaction, qu'elle considérait contraire aux intérêts du Canada.

due à un tiers, avant d'approuver l'acquisition de Falconbridge par Inco⁹⁷. Quant à elle, la fusion entre la Banque royale du Canada et la Banque de Montréal a été approuvée, son impact sur les marchés européens étant jugé insignifiant (même si la transaction dépassait les seuils de notification)⁹⁸.

Par ailleurs, les grands fonds d'investissement, tant publics, tels que la Caisse de dépôt et de placement du Québec (CDPQ) ou ses équivalents dans d'autres provinces, que privés, tels que Onex, notifient régulièrement des acquisitions à la Commission européenne, mais comme il s'agit d'investissements plutôt que de fusions industrielles, ces acquisitions reçoivent généralement une autorisation rapide.

Pour mieux saisir comment le contrôle des concentrations européen peut influencer les entreprises canadiennes, il est intéressant de s'attarder au parcours de deux grandes entreprises canadiennes – du moins jusqu'à ce qu'elles soient elles-mêmes vendues – soit Bombardier et Alcan.

Bombardier a fait l'objet de cinq décisions européennes en contrôle des concentrations, dont quatre au sujet de ses activités de transport ferroviaire⁹⁹. Si elle a pu sans difficulté mettre la main sur un constructeur de matériel roulant de l'ancienne RDA¹⁰⁰, la Commission européenne s'est objectée à certains aspects de l'acquisition d'ADtranz, qui faisait alors de Bombardier le numéro un mondial en matériel ferroviaire¹⁰¹. Bombardier a dû se départir de certains actifs d'ADtranz en Allemagne, afin de préserver la concurrence sur les marchés allemands des trains régionaux et des tramways¹⁰². Enfin, en 2020, la Commission est intervenue en profondeur dans l'acquisition de Bombardier Transport par Alstom, qui marquait la fin des activités de Bombardier dans le domaine ferroviaire. Compte tenu de la taille des compagnies en question, la Commission a identifié plusieurs pierres d'achoppement, qui ont été écartées grâce à des engagements de se

⁹⁷ *Inco/Falconbridge*, Affaire COMP/M.4000, 10 juillet 2006, [2007] JOUE L 72/18.

⁹⁸ *Royal Bank of Canada/Bank of Montreal*, Affaire IV/M.1138, 2 avril 1998, [1998] JOUE C 144/4.

⁹⁹ Selon la banque de données de la Direction générale de la concurrence européenne.

¹⁰⁰ *Bombardier/Deutsche Waggonbau*, Affaire IV/M.1064, 29 janvier 1998, [1998] JOUE C 49/13.

¹⁰¹ *Bombardier/ADtranz*, Affaire COMP/M.2139, 3 avril 2001, [2002] JOUE L 69/50.

¹⁰² *Id.* aux par. 92 et suiv. Il s'agissait de se retirer de certaines entreprises communes, et d'offrir en sus des garanties contractuelles (licences, contrats d'approvisionnement) visant à assurer la viabilité à terme de ces entreprises.

départir des actifs de Bombardier dans son entreprise commune avec Hitachi pour les trains à très grande vitesse, ainsi que de certaines plateformes et usines d'Alstom et de Bombardier¹⁰³.

Alcan, de son côté, avait déjà neuf notifications à sa fiche avant son acquisition par Rio Tinto en 2007. La grande opération qui devait mener à la fusion d'Alcan, Alusuisse et Pechiney au tournant du siècle a évidemment attiré l'attention de la Commission européenne au titre du contrôle des concentrations. Lors de l'acquisition d'Alusuisse par Alcan en 1999, cette dernière a dû s'engager à se départir d'une usine d'hydrate d'alumine exploitée par Alusuisse, d'une usine de plaques lithographiques exploitée par Alusuisse, ainsi que d'actifs de production de récipients semi-rigides en aluminium¹⁰⁴. Dans une deuxième phase, initiée aussi en 1999, Alcan/Alusuisse s'est portée acquéreuse de Pechiney. Cette transaction s'est avérée plus laborieuse. Elle a tout d'abord été abandonnée à la suite des objections de la Commission européenne, les parties n'étant pas parvenues à formuler des engagements satisfaisants¹⁰⁵. Presque quatre ans plus tard, en 2003, les parties sont revenues à la charge avec une nouvelle version de l'acquisition. Cette fois-ci, elles ont pu obtenir l'aval de la Commission, mais au prix d'une longue liste d'engagements¹⁰⁶. Tout d'abord, la Commission craignait que l'entité fusionnée ait une emprise sur la technologie de raffinage d'aluminium: les parties se sont engagées à accorder des licences non exclusives, aux conditions habituelles pour l'industrie¹⁰⁷. Quant aux produits laminés plats, les parties ont accepté de vendre des actifs d'Alcan ou de Pechiney à un tiers, avec tous les accessoires requis pour

¹⁰³ *Alstom/Bombardier Transportation*, Affaire COMP/M.9779, 31 juillet 2020, en instance de publication.

¹⁰⁴ *Alcan/Alusuisse*, Affaire COMP/M.1663, 14 mars 2000, [2002] JOUE L 90/1.

¹⁰⁵ À la suite d'une notification en date du 6 octobre 1999, la Commission a émis des doutes sérieux sur la transaction le 10 novembre 1999, et adressé une communication de griefs le 14 janvier 2000 (la communication de grief étant une étape préalable à une décision défavorable). Les parties ont préféré retirer leur notification et donc abandonner la transaction le 14 mars 2000.

¹⁰⁶ *Alcan/Pechiney (II)*, Affaire COMP/M.3225, 29 septembre 2003, [2003] JOUE C 299/19.

¹⁰⁷ Par la suite, Alcan (devenue Rio Tinto Alcan) a fait l'objet d'une enquête en vertu de l'article 102 TFUE (abus de position de dominante) pour certaines pratiques consistant à lier l'obtention d'une licence à l'achat d'équipement de production fourni par une de ses filiales. Cette affaire s'est soldée par un engagement de Rio Tinto Alcan à mettre fin à cette pratique: *Rio Tinto Alcan*, Affaire COMP/AT.39.230, 20 décembre 2012, [2012] OJ C 240/23.

que ces actifs représentent une activité viable. Elles ont aussi accepté de vendre les activités d'Alcan ou de Péchiney en matière d'aérosols et de carouches en aluminium. En comparaison, l'acquisition d'Alcan par Rio Tinto, en 2007, a été approuvée sans modifications, eu égard au recouplement limité entre les activités des parties¹⁰⁸.

L'intervention de la Commission européenne a donc affecté les plans d'expansion de Bombardier et d'Alcan dans les années 2000, les forçant à se départir de plusieurs actifs pour préserver la concurrence sur certains marchés. Rien n'indique toutefois qu'il y ait eu coopération avec l'autorité de la concurrence canadienne dans ces affaires.

Une transaction plus récente, qui n'est pas encore bouclée au moment d'écrire ces lignes, offre une belle étude de cas de fusionnement ayant un impact transatlantique. Il s'agit de l'offre d'acquisition faite par Air Canada à l'endroit de son concurrent Transat. Ces deux entreprises sont canadiennes, ayant toutes deux leur siège à Montréal. L'offre d'achat constitue un fusionnement au sens de la LC et une concentration au sens du Règlement 139/2004. Les parties franchissent les seuils de notification tant au Canada qu'en UE et la transaction doit donc être approuvée par les autorités compétentes des deux juridictions; au Canada, par exception à la LC, l'examen de la transaction relève du ministère des Transports, mais le Bureau de la concurrence fait un rapport au ministre¹⁰⁹. Le Bureau de la concurrence a remis son rapport le 27 mars 2020¹¹⁰, et le ministre des Transports doit encore prendre une décision. Quant à la Commission européenne, après avoir exprimé des doutes sérieux sur la transaction et avoir lancé la deuxième phase de l'enquête le 25 mai 2020¹¹¹, elle a suspendu les délais – avec l'accord des parties – et sa décision finale est attendue sous peu. Les documents rendus publics par chaque autorité ne mentionnent

¹⁰⁸ *Rio Tinto/Alcan*, Affaire COMP/M.4827, 2 octobre 2007, [2008] JOUE C 59/1.

¹⁰⁹ *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, art. 53.1 à 53.6, et art. 94c) LC.

¹¹⁰ *Rapport présenté au ministre des Transports et aux parties à la transaction aux termes du paragraphe 53.2(2) de la Loi sur les transports au Canada – Acquisition envisagée de Transat A.T. inc. par Air Canada*, en ligne: <<https://www.bureau dela concurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04522.html>> (consulté le 12 juillet 2021).

¹¹¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *La Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de Transat par Air Canada*, communiqué de presse, IP/20/934, 25 mai 2020, en ligne: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_934> (consulté le 12 juillet 2021).

pas qu'elles aient coopéré pour analyser la transaction¹¹². Elles analysent toutefois les marchés de la même manière, selon la pratique bien établie en matière de transport aérien : chaque paire géographique origine-destination est considérée comme un marché de produit séparé¹¹³. Tant le Bureau de la concurrence que la Commission européenne ont identifié un nombre élevé de paires géographiques où la transaction affecterait sensiblement la concurrence : pour la Commission européenne, il s'agit de 33 paires entre le Canada et l'UE, alors que le Bureau canadien énumère 49 paires transatlantiques ainsi que 34 paires entre le Canada et les « destinations soleil ». Une telle conclusion n'est pas surprenante, compte tenu des activités respectives d'Air Canada et de Transat, qui se recoupent en bonne partie. Toutefois, sur la base des documents disponibles, il est impossible de comprendre pourquoi les deux autorités n'ont pas identifié le même nombre de paires transatlantiques.

Du côté européen, les parties sont sans nul doute en train de chercher à aménager la transaction de sorte à dissiper les doutes de la Commission : à la lumière de la pratique décisionnelle de la Commission¹¹⁴, les parties pourraient devoir s'engager à réduire leur capacité sur certain trajets transatlantiques, et à libérer des créneaux horaires pour permettre à des concurrents de faire leur entrée sur les marchés problématiques¹¹⁵. La nature et la portée du fusionnement pourraient donc être changées radicalement à la

¹¹² Techniquement, la procédure canadienne ne tombe probablement pas sous le coup de l'Accord Canada-UE, puisqu'il ne s'agit pas d'un examen en vertu de la LC.

¹¹³ Par exemple, le marché Toronto-Londres comprend toutes les manières de se rendre de Toronto à Londres (ou vice versa) qui sont considérées interchangeables par la clientèle, qu'il s'agisse de vols directs ou indirects. Ainsi, ce marché pourrait comprendre les vols directs Toronto-Heathrow ainsi que les vols Toronto-Montréal-Heathrow, Toronto-Reykjavik-Heathrow ou Toronto-Dublin-Heathrow, dont les correspondances seraient suffisamment courtes pour être considérés comme des substituts. Par contre, un vol Montréal-Paris pris isolément se situe sur un autre marché pertinent. Les autorités de concurrence font effectuer des études de marché auprès des passagers et passagères pour déterminer quels vols sont substituables entre eux.

¹¹⁴ Voir Eugenio. O. PERALTA, « Market Definition and Conditions to Ensure Competition in the European Market for Air Transport Services: An Analysis of Past and Upcoming Merger Cases », (2020) 4 *Market and Competition Law Review* 87.

¹¹⁵ En transport aérien, les créneaux horaires, c'est-à-dire le droit d'utiliser les installations et les services d'un aéroport à une heure donnée, pour atterrir ou décoller, constituent une ressource rare, compte tenu des contraintes commerciales (horaires de vol) et opérationnelles. Ce sont souvent la principale barrière à l'entrée ou à l'expansion dans de nouveaux marchés.

suite de l'intervention de la Commission européenne : toutefois, comme la Commission européenne n'enquête que sur les paires transatlantiques, elle laissera le volet « destinations soleil » intact.

De son côté, le ministre canadien des Transports devrait logiquement, dans la mesure où les analyses canadienne et européenne suivent le même cheminement, se rallier aux engagements pris envers la Commission européenne et exiger des aménagements similaires pour les « destinations soleil ». Cela pourrait cependant torpiller la transaction en la rendant trop peu attrayante pour Air Canada. Au lieu de cela, le ministre des Transports pourrait plutôt décider d'autoriser la transaction sans modifications additionnelles, de manière à ce que la transaction reste intéressante pour les parties malgré les concessions faites à la Commission européenne¹¹⁶. Dans un tel cas, le ministre se retrouverait à sacrifier les intérêts des passagers des destinations soleil au profit de ceux des liaisons transatlantiques, sans autre raison que le fait que la Commission européenne avait exigé des modifications à une partie de la transaction seulement. L'effet combiné de l'intervention des autorités de la concurrence serait alors de créer une scission au sein d'une transaction qui avait été conçue comme un tout.



Lorsque l'on examine le chapitre 17 de l'AECG, et l'Accord Canada-UE auquel il renvoie, à la lumière de la pratique du droit de la concurrence tel qu'il affecte les relations économiques canado-européennes, on ne peut qu'être frappé par la distance entre le texte des accords et la réalité du droit de la concurrence, surtout celui de l'UE.

L'objet principal de l'AECG et de l'Accord Canada-UE est d'assurer que les autorités canadienne et européenne de la concurrence agissent de concert dans l'application de leur droit respectif, à travers les mécanismes de notification, de consultation, de coordination et de courtoisie. Mais les quelques données disponibles laissent voir que le nombre d'affaires où les autorités coopèrent est plutôt limité, de l'ordre de dix ou moins par an. Qui plus est, un examen de la pratique décisionnelle des autorités canadienne

¹¹⁶ Tout cela dépend aussi des perspectives de Transat hors acquisition par Air Canada, c'est-à-dire si Transat est véritablement acculée à la faillite et si d'autres acquéreurs potentiels se pointent à l'horizon.

et européenne révèle peu d'affaires où la coopération entre les autorités est expressément mentionnée à la décision. Celles-ci se concentrent essentiellement en matière de lutte contre les cartels *hard core* mondiaux, où la coopération entre autorités est surtout utile pour surmonter la difficulté d'amasser des preuves suffisantes d'une concertation que les entreprises participantes dissimulent toujours au meilleur de leurs efforts. Ici, l'efficacité de l'Accord Canada-UE est toutefois minée par ses dispositions restrictives en matière de partage d'informations confidentielles; l'Accord dit de « seconde génération », qui corrigerait cette faille, n'a pu encore être mis en place, pour des motifs liés à la protection des renseignements personnels.

En matière d'ententes et de positions dominantes, hormis les cartels *hard core*, les droits de la concurrence canadien et européen semblent évoluer en vase clos, dans la mesure où les affaires ont une portée plus locale. La pratique décisionnelle canadienne semble être indirectement influencée par celle de l'UE et des États-Unis, à travers les forums de discussion et d'échange tels que le RIC et l'OCDE: les lignes directrices et autres instruments informels publiés par le Bureau canadien de la concurrence semblent souvent être plus près de leurs équivalents européens et américains que du texte de la LC. À cet égard, il sera fort intéressant de suivre les développements canadiens quant à l'application du droit de la concurrence (ici, les dispositions en matière d'abus de position dominante) aux grandes plateformes numériques de notre temps, souvent regroupées sous l'acronyme GAFA¹¹⁷. S'il faut se fier au déroulement des enquêtes sur les livres numériques (*ebooks*), qui impliquait Apple et les grandes maisons d'édition, les autorités canadiennes se trouveront plutôt à la remorque des initiatives américaines et européennes que conjointement à la barre.

Lorsqu'il s'agit du contrôle des fusions, par contre, l'interconnexion des économies canadienne et européenne ressort plus clairement. Au fil des ans, des entreprises canadiennes ont assez souvent participé à des transactions qui franchissaient les seuils de notification européens et exigeaient ainsi l'approbation de la Commission européenne au préalable. Les études de cas d'Alcan et de Bombardier ont montré que la Commission européenne a pu exercer une influence certaine sur l'évolution de ces

¹¹⁷ Soit Google, Apple, Facebook et Amazon. On y ajoute parfois Microsoft, pour donner « GAFAM ». Parmi d'autres variantes moins usitées, notons « GAFABAT » (avec les géants chinois Baidu, Alibaba et Tencent) ou « MAGNAF » (GAFAM et Netflix).

entreprises, dès lors qu'elle a conclu que les fusionnements en question soulevaient un doute sérieux quant à leur compatibilité avec le marché commun. Les fusionnements durent être réaménagés, le plus souvent par la cession d'actifs. Les décisions de la Commission ne laissent pas entrevoir qu'elle aurait coopéré avec le Commissaire de la concurrence canadien ; dans le cas d'Alcan et de Bombardier, on peut avancer que l'analyse de la Commission européenne portait essentiellement sur des marchés européens, et qu'ainsi l'impact sur le Canada était limité, au-delà du fait que les parties avaient leur siège au Canada.

Le projet d'acquisition de Transat par Air Canada, encore en instance, fournit par contre un contre-exemple éclatant où l'action de la Commission européenne pourrait mener à un réaménagement de la transaction au profit des voyageurs transatlantiques et possiblement, selon ce que le Canada décidera, aux dépens des voyageurs canadiens vers les « destinations soleil ». Il y aurait tout lieu de coordonner l'action des autorités dans cette affaire. Toutefois, l'Accord Canada-UE ne contient pas de dispositions suffisamment poussées en matière de coordination sur l'examen des fusionnements, contrairement à ce qui prévaut entre les États-Unis et l'UE¹¹⁸.

L'affaire Air Canada/Transat illustre bien la principale faille de l'AECG en matière de politique de concurrence, et partant de l'Accord Canada-UE. Tant l'AECG que l'Accord se lisent comme une entente entre parties égales, fondée sur la réciprocité. Or, la réalité est toute autre : le déséquilibre entre les économies canadienne et européenne (27 membres de l'UE) est de presque un ordre de grandeur, soit un peu moins que celui entre les économies canadienne et américaine. Avec un tel déséquilibre, et étant donné que le droit de la concurrence est appliqué sur la base d'une conception maximaliste de la compétence internationale – la « théorie des effets » – il semble inévitable que l'autorité de la concurrence européenne ait une influence prépondérante. Il est impossible pour les plus grandes entreprises canadiennes, dont la taille leur permet de faire affaires à l'échelle mondiale, d'ignorer l'application du droit de la concurrence européen et de risquer leur position sur les marchés européens. À l'inverse, les entreprises euro-

¹¹⁸ Les États-Unis et l'UE se sont entendus sur un jeu de meilleures pratiques en matière de contrôle des fusionnements, qui a mené à la création d'équipes d'enquête conjointes, qui alignent leurs échéanciers pour pouvoir travailler de concert (US-EU MERGER WORKING GROUP, *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*, en ligne : <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2002_en.pdf> (consulté le 12 juillet 2021)).

péennes peuvent dans la plupart des cas « perdre » le Canada sans conséquences graves. Si l'on transpose ce déséquilibre dans la relation entre autorités de la concurrence, cela revient à dire que l'autorité européenne n'a que peu d'incitatifs à modifier son analyse ou ses conclusions à la suite des représentations ou des commentaires de l'autorité canadienne.

Par conséquent, il aurait été utile, du point de vue du Canada, de tenter de tirer profit des négociations de l'AECG pour sortir de la réciprocité artificielle qui caractérise l'Accord Canada-UE et obtenir des garanties directes quant à la protection des intérêts canadiens dans le cadre de l'application du droit de la concurrence par l'autorité européenne¹¹⁹. Dans un premier temps, cela aurait pu se traduire par des engagements au bénéfice des entreprises canadiennes qui sont parties aux enquêtes européennes. Ainsi l'AECG serait allé au-delà des relations entre autorités, pour couvrir également le contenu des règles de droit de la concurrence de chaque partie, à tout le moins en ce qui concerne la procédure. C'est ce que l'on peut observer dans les chapitres consacrés à la politique de concurrence de deux autres accords négociés par le Canada à la même époque, soit l'ACÉUM et le PTPGP. Ces deux accords comportent des engagements détaillés visant à enchâsser des garanties procédurales en droit de la concurrence, au bénéfice des entreprises des autres parties¹²⁰. Tout comme l'AECG, l'ACÉUM et le PTPGP se caractérisent par un déséquilibre entre les parties¹²¹.

Cependant, le nouvel Accord de commerce et de coopération entre l'UE et le Royaume-Uni, de son côté, comprend un chapitre sur la politique de concurrence dont la portée est encore plus limitée que l'AECG, malgré le déséquilibre entre les parties. Il est compréhensible que l'UE ne veuille pas s'engager en détail sur sa procédure en matière de droit de la concurrence, puisqu'elle a peu à y gagner lorsqu'elle conclut un traité avec une partie dont l'économie est plus petite. Fait intéressant, la proposition européenne

¹¹⁹ L'article 17.2.4. AECG se limite à rappeler les principes généraux de transparence, de non-discrimination et d'équité procédurale, sans plus de détails.

¹²⁰ ACÉUM, art. 21.1.4., 21.1.5. et 21.2; PTPGP, art. 16.1.3. et 16.2. À titre d'exemple, l'ACÉUM comporte des garanties, entre autres, en matière d'égalité de traitement procédural avec les entreprises locales, de transparence envers les parties, de délais raisonnables, de représentation et de privilège professionnel, de consultation des parties, de confidentialité des procédures, de fardeau de la preuve, de motivation des décisions, de constitution du dossier, de procédure contentieuse, de contrôle judiciaire.

¹²¹ Le PTPGP regroupe des États de taille comparable, mais il est basé sur le Partenariat Trans-Pacifique (PTP), auquel les États-Unis étaient partie, contrairement au PTPGP.

quant au chapitre sur la politique de la concurrence au *Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement* (TTIP) avec les États-Unis¹²² reste aussi sommaire que l'AECG, ce qui montre que même avec les États-Unis, l'UE ne tient pas à obtenir ou consentir des engagements concernant la procédure en droit de la concurrence. Le contenu de l'AECG en matière de politique de concurrence se rapproche donc plus du contenu d'accords comparables conclus par l'UE que de ceux conclus par le Canada.

Malgré l'absence d'engagements sur la procédure à l'AECG, il reste que la procédure européenne en matière de droit de la concurrence offre un certain niveau de protection aux entreprises qui font l'objet d'enquêtes, même si le modèle administratif d'Europe continentale, qui prévaut en la matière, fait parfois l'objet de critiques¹²³.

Si les entreprises canadiennes ne sont pas laissées au dépourvu dans les procédures européennes, toutefois les intérêts matériels des entreprises, des consommateurs et par-delà, du Canada en général, risquent de souffrir. En effet, comme mentionné ci-haut¹²⁴, la politique de la concurrence européenne vise expressément à protéger les intérêts des consommateurs européens – directement ou indirectement à travers la protection de la concurrence sur les marchés. Les intérêts des producteurs, européens ou non, passent au second rang. Les intérêts des consommateurs non européens sont aussi relégués à l'arrière-plan, comme l'affaire *Air Canada/Transat* risque fort de le démontrer. Ni l'AECG, ni aucune des autres ententes mentionnées plus haut, ne permet de considérer les intérêts des consommateurs de manière globale. Lorsqu'il y a un déséquilibre entre les parties, comme dans le cas de l'AECG, la politique de la concurrence de la partie la plus faible ne permet pas de compenser pour cette faille. Si en plus la partie la plus faible veut mener une politique de concurrence qui favorise moins systématiquement les consommateurs aux dépens des producteurs, au motif que la pression concurrentielle viendrait des flux commerciaux internationaux plus que de la concurrence domestique, alors

¹²² *Textual Proposal. Possible provisions on Competition*, en ligne : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153029.pdf> (consulté le 12 juillet 2021).

¹²³ Dans Christopher S. Yoo, Thomas FETZER, Shan JIANG et Yong HUANG, « Due Process in Antitrust Enforcement: Normative and Comparative Perspectives », (2021) 94 *Southern Calif. L. Rev.* (à paraître), les auteurs brossent un tableau comparatif complet de la procédure en droit de la concurrence américain, européen et chinois.

¹²⁴ *Supra*, notes 43 et 44 et le texte les accompagnant.

l'effet de cette politique risque d'être directement contrecarré par celui de la politique de la partie la plus forte.

Ces distorsions échappent à toutes les ententes bilatérales ou régionales contemporaines, et il y a fort lieu de croire que seule une négociation multilatérale offrirait un cadre adéquat pour qu'elles puissent être abordées. Mais une telle négociation apparaît maintenant plus improbable que jamais.