

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**LA VENTE AU DÉTAIL D'ESSENCE ET DE CARBURANT DIESEL
AU QUÉBEC : UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE DE
L'INSTAURATION D'UN PRIX PLANCHER**

PAR

PATRICK BEAUGER

FACULTÉ DE DROIT

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ À LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES
EN VUE DE L'OBTENTION DU GRADE DE
MAÎTRE EN DROIT (L.L.M.)**

31 DÉCEMBRE 1999

© PATRICK BEAUGER, 1999

2011-11-14

AZBD
U54E
2000
V.018

UNIVERSITÉ DE MONTREAL

LA VENTE AU DÉTAIL D'ESSENCE ET DE CARBURANT DIESEL
AU QUÉBEC : UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE DE
L'INSTALLATION D'UN PRIX PLANCHER

PAR
PATRICK BEAUFORT

FACULTÉ DE MONT

MÉTHODE RECHERCHE À LA FACULTÉ DES SCIENCES DE MONTREAL
EN 2011-2012 (MONTREAL, QC)
MONTREAL, QUÉBEC (CANADA)

27 OCTOBRE 1992

© PATRICK BEAUFORT 1992

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES

CE MÉMOIRE INTITULÉ :

**LA VENTE AU DÉTAIL D'ESSENCE ET DE CARBURANT DIESEL
AU QUÉBEC : UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE DE
L'INSTAURATION D'UN PRIX PLANCHER**

PRÉSENTÉ PAR :

PATRICK BEAUGER

A ÉTÉ ÉVALUÉ PAR UN JURY COMPOSÉ DES PERSONNES SUIVANTES :

Présidente-rapporteuse: Mme Ysolde Gendreau

Directeur de recherche: M. Ejan Mackaay

Codirecteur: Yoine J. Goldstein

Membre du jury: Abraham J. Hollander

MÉMOIRE ACCEPTÉ LE : 25 avril 2000



*À Marielle, Dieujuste, Nadine
et Marie-Josée*

SOMMAIRE

L'été 1996 a vu surchauffer le marché de la vente au détail de produits pétroliers. De sauvages guerres de prix ont fait irruption dans la vaste majorité des marchés du territoire québécois. Ces guerres de prix ont signifié pour plusieurs détaillants des périodes plus ou moins prolongées où ils étaient appelés à vendre leur produit à un prix inférieur au prix qu'il ne leur en coûtait pour eux-mêmes l'acheter.

Le 23 décembre 1996, le gouvernement du Québec a choisi d'intervenir dans le marché en instaurant un mécanisme de prix plancher. Ce mécanisme prévoit que quiconque vend de l'essence ou du carburant diesel en deçà du prix plancher édicté par une loi est présumé commettre une faute civile et est passible d'une condamnation à un paiement de dommages-intérêts punitifs. Le gouvernement cherchait, en intervenant tel qu'il l'a fait, à éviter que les forces concurrentielles laissées à elles-mêmes ne conduisent des commerces autrement rentables à quitter le marché.

L'intervention du gouvernement québécois par la voie de l'imposition d'un prix plancher peut *a priori* sembler nuisible aux consommateurs étant donné qu'elle les empêche de continuer de bénéficier des prix dérisoires qu'amenait les guerres de prix. Une intervention de cette nature peut donc sembler paradoxale. Le présent mémoire a pour but d'examiner ce paradoxe et de déterminer s'il existe des motifs économiques pouvant justifier une telle intervention.

Nous verrons que la tâche de justifier économiquement une intervention dans les marchés n'est pas chose facile. La science économique y semble très réfractaire et enseigne qu'il existe de véritables dangers à le faire. Toute petite est la fenêtre pouvant offrir des justifications pour l'intervention. Nous débuterons en établissant le parallèle entre l'instauration d'un prix plancher et l'infraction à la *Loi sur la concurrence* qui prohibe la pratique de prix déraisonnablement bas. Une fois le parallèle établi, nous passerons en revue les enseignements doctrinaux qui ont trait à l'intervention

gouvernementale en matière de politique de la concurrence et plus spécifiquement en matière de pratique de prix d'éviction. Cette revue nous permettra de constater qu'il existe divers courants doctrinaux qui offrent plus ou moins d'ouverture à l'intervention qui vise à prohiber les pratiques de prix d'éviction.

À l'aide des enseignements doctrinaux recensés, nous attaquerons par la suite l'analyse économique du mécanisme de prix plancher. Nous ferons l'exercice de présenter tout d'abord les arguments qui militent à l'encontre de l'intervention dans le marché pour offrir par la suite ceux qui pourraient la justifier. Nous verrons que ces derniers arguments tiennent à des circonstances propres au marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers. Ce marché se prête particulièrement bien à des comportements stratégiques potentiellement nuisibles pour les consommateurs.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	III
TABLE DES MATIÈRES.....	V
LISTE DES TABLEAUX.....	VII
LISTE DES FIGURES.....	VIII
INTRODUCTION.....	2
CHAPITRE 1: LA DESCRIPTION DU MARCHÉ QUÉBÉCOIS DE LA VENTE AU DÉTAIL DE PRODUITS PÉTROLIERS ET L'INTERVENTION GOUVERNEMENTALE	5
SECTION 1: LA DESCRIPTION DU MARCHÉ QUÉBÉCOIS DE LA VENTE DE PRODUITS PÉTROLIERS.....	5
Sous-section 1: La rivalité des concurrents dans l'industrie.....	7
Sous-section 2: La menace des entrants potentiels.....	12
Sous-section 3: La menace de produits substitués.....	13
Sous-section 4: Le pouvoir des fournisseurs.....	14
Sous-section 5: Le pouvoir des acheteurs.....	15
SECTION 2: LE BUT DE L'INTERVENTION GOUVERNEMENTALE.....	15
SECTION 3: LA RELATION ENTRE LA LOI SUR LA CONCURRENCE ET LA <i>LPEP</i>	18
CHAPITRE 2: ÉLÉMENTS D'ANALYSE ÉCONOMIQUE	22
SECTION 1: LA MÉTHODOLOGIE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT.....	23
SECTION 2: RUDIMENTS DE LA THÉORIE ÉCONOMIQUE DE LA FIXATION DES PRIX.....	28
SECTION 3: LES EFFETS DE L'IMPOSITION D'UN PRIX PLANCHER	38
SECTION 4: L'INTERVENTION GOUVERNEMENTALE ET LES DIFFÉRENTES ÉCOLES DE PENSÉE ÉCONOMIQUE.....	40
Sous-section 1: L'école de Chicago.....	40
Sous-section 2: L'école du public choice	45
Sous-section 3: Le courant post-Chicago.....	48
Paragraphe 1: Les reproches formulés à l'encontre de l'école de Chicago	50
Sous-paragraphe 1: Le concept d'efficacité est limité	50
Sous-paragraphe 2: Le modèle de l'école de Chicago est simpliste	53
Paragraphe 2: Autres formes de pratique d'éviction	63
CHAPITRE 3: L'APPLICATION DES PRINCIPES ÉCONOMIQUES AU RÉGIME DE PRIX PLANCHER CRÉÉ PAR LA <i>LRE</i> ET À LA <i>LPEP</i>	71

SECTION 1: LE CARACTÈRE EXCEPTIONNEL DU COMPORTEMENT D'ÉVICTION	71
SECTION 2: LES DANGERS DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS.....	76
Sous-section 1: La description et manipulation des dangers de l'intervention dans les marchés	77
Sous-section 2: Une revue jurisprudentielle des pratiques de prix d'éviction	81
SECTION 3: LES FACTEURS ÉCONOMIQUES DU MARCHÉ QUÉBÉCOIS POUVANT JUSTIFIER UNE INTERVENTION GOUVERNEMENTALE.....	94
CONCLUSION	108
TABLE DE LA LÉGISLATION.....	110
TABLE DES JUGEMENTS.....	111
BIBLIOGRAPHIE	112

LISTE DES TABLEAUX

<u>TABLEAU 1:</u>	PARTS DE MARCHÉ POUR L'ANNÉE 1997.....	9
<u>TABLEAU 2:</u>	ILLUSTRATION DE LA PREMIÈRE SITUATION.....	25
<u>TABLEAU 3:</u>	ILLUSTRATION DE LA SECONDE SITUATION.....	26
<u>TABLEAU 4:</u>	TABLEAU DES DIVERS TESTS DE PRIX D'ÉVICTION	58
<u>TABLEAU 5:</u>	MARGES DE RAFFINAGE, DE DÉTAIL ET COMBINÉE POUR MONTRÉAL.....	97

LISTE DES FIGURES

<u>Figure 1</u> : Le modèle des cinq forces de Porter	7
<u>Figure 2</u> : Diagramme d'analyse de l'efficience.....	27
<u>Figure 3</u> : Graphique de l'offre et de la demande	30
<u>Figure 4</u> : Graphique de l'offre et de la demande en cas de concurrence parfaite.....	33
<u>Figure 5</u> : Graphique de l'offre et de la demande en cas de monopole.....	34
<u>Figure 6</u> : Diverses courbes de coûts	37
<u>Figure 7</u> : Graphique de l'effet d'un prix plancher	39
<u>Figure 8</u> : Graphique de la précision et la complexité de la norme.....	62



Tiré du journal The Globe and Mail du 23 juillet 1999

Introduction

L'été 1996 a vu surchauffer le marché de la vente au détail de produits pétroliers. De sauvages guerres de prix ont fait irruption dans la vaste majorité des marchés du territoire québécois. Ces guerres de prix ont signifié pour plusieurs détaillants des périodes plus ou moins prolongées où ils étaient appelés à vendre leur produit à un prix inférieur au prix qu'il ne leur en coûtait pour eux-mêmes l'acheter. Dans certains cas, des détaillants devaient vendre leur essence au détail à un prix inférieur au prix international du pétrole brut. D'autres, faisant preuve d'opportunisme, ont approvisionné leurs essenceries en se présentant avec leur citerne chez des concurrents qui affichaient des prix inférieurs aux leurs. Le marché de la vente au détail de produits pétroliers subissait une vraie révolution.

L'état dépressif du marché a mené plusieurs détaillants à fermer leurs portes et à quitter le marché. Le gouvernement du Québec a décidé d'intervenir pour éviter que des détaillants, qui en « circonstances normales » opèrent de façon profitable, ne soient obligés de se retirer d'un marché que le gouvernement estimait agir de façon irrationnelle. C'est ainsi que l'Assemblée nationale a sanctionné le 23 décembre 1996 la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (ci-après la « *LRE* »). Cette loi dont les principales dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1997 crée la Régie de l'énergie (ci-après la « Régie »)² et lui attribue la mission de voir à la réglementation et à l'administration de certaines questions énergétiques touchant le Québec. Cette Régie est chargée de fonctions de surveillance et de réglementation des marchés de l'électricité, du gaz naturel, de l'essence et du carburant diesel, de l'huile de chauffage et de toute autre forme d'énergie.

¹ L.Q. 1996, c. 61.

² La Régie de l'énergie a un site Web qui peut être consulté à l'adresse électronique suivante : <http://www.regie-energie.qc.ca>.

La *LRE* met en place un mécanisme de fixation d'un prix plancher en ce qui a trait au marché de la vente au détail de l'essence et du carburant diesel (ci-après collectivement les « produits pétroliers »), c'est-à-dire un prix en dessous duquel les détaillants ne devraient pas vendre leurs produits pétroliers. Plus spécifiquement, certaines dispositions de la *LRE* ont amendé la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*³ (ci-après la « *LPEP* ») en créant une présomption de faute civile à l'égard de détaillants vendant leurs produits pétroliers en deçà du prix plancher déterminé par la loi.

L'intervention du gouvernement québécois par la voie de l'imposition d'un prix plancher peut *a priori* sembler nuisible aux consommateurs étant donné qu'elle les empêche de continuer de bénéficier des prix dérisoires qu'amenait les guerres de prix. Une intervention de cette nature peut donc sembler paradoxale. Le présent mémoire a pour but d'examiner ce paradoxe et de déterminer s'il existe des motifs économiques pouvant justifier une telle intervention.

Nous verrons que la tâche de justifier économiquement une intervention dans les marchés n'est pas chose facile. La science économique y semble très réfractaire et enseigne qu'il existe de véritables dangers à le faire. Toute petite est la fenêtre pouvant offrir des justifications pour l'intervention. Notre mémoire fera état des motifs invoqués pour mener à la prudence lorsqu'il s'agit d'intervenir dans les marchés. Une fois ces motifs présentés, nous tenterons de franchir la menue fenêtre en offrant le point de départ d'une justification possible de l'intervention dans le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers. Néanmoins, nous laisserons ouverte la question de savoir si la *LRE*, telle qu'elle est rédigée et est susceptible d'être appliquée, est économiquement bénéfique.

Notre mémoire se divise en trois chapitres. Nous présenterons tout d'abord le contexte de marché dans lequel s'est inscrite l'intervention du gouvernement québécois.

³ L.R.Q. c. U-1.1.

Cette description permettra de familiariser le lecteur à ce marché. Le deuxième chapitre sera consacré à présenter certains éléments fondamentaux d'analyse économique du droit. Nous érigerons le cadre théorique permettant l'analyse économique de l'intervention gouvernementale. Une fois le cadre théorique présenté, il ne restera qu'à traiter de l'intervention dans le marché québécois des produits pétroliers. Ce sera le sujet du troisième chapitre.

Chapitre 1: La description du marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers et l'intervention gouvernementale

Ce premier chapitre se divise en trois sections. D'entrée de jeu, nous décrirons le marché québécois de la vente de produits pétroliers dans la première section. Fort de cette description, nous pourrions préciser dans la deuxième section les buts visés par le gouvernement lorsqu'il a décidé d'intervenir dans le marché. Enfin, la troisième section traitera de la relation existant entre l'intervention gouvernementale par la voie d'un prix plancher et l'infraction de pratique de prix déraisonnablement bas prévue en matière de droit de la concurrence. Il nous semblait logique d'explicitier le plus tôt possible cette relation qui sera omniprésente tout au long du mémoire.

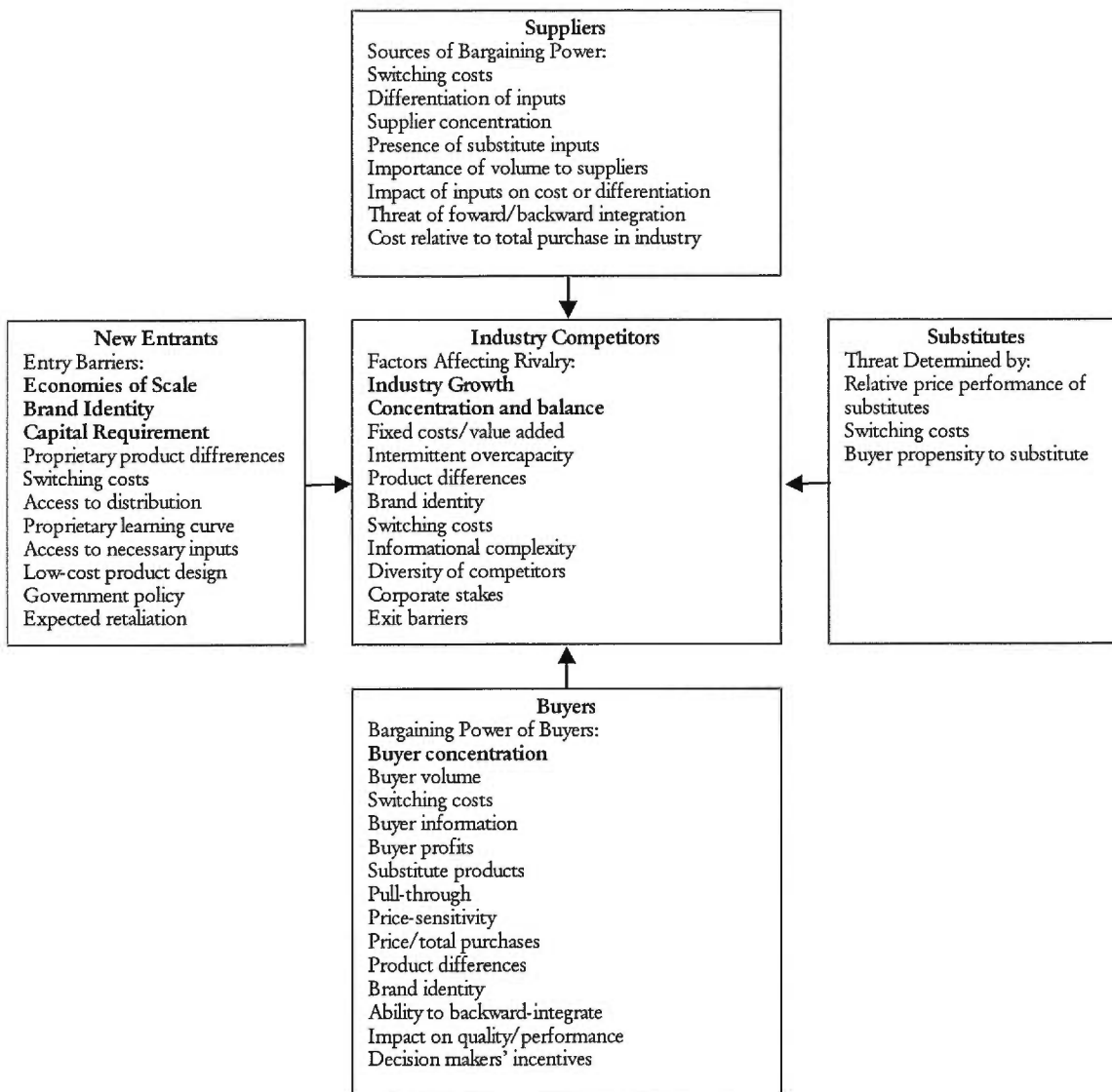
Section 1: La description du marché québécois de la vente de produits pétroliers

Afin de décrire le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers, nous ferons appel à un outil conceptuel qui permet d'établir de façon systématique les éléments qui caractérisent la concurrence de l'industrie. L'outil que nous utiliserons est un modèle bien connu et auquel on réfère communément comme étant le « modèle des cinq forces de Porter »⁴. Ce modèle, mis de l'avant pendant les années quatre-vingt par le professeur Michael Porter, offre une approche simple et systématique permettant de définir les paramètres concurrentiels de diverses industries. Le modèle de Porter repose sur cinq critères ou forces pour évaluer la concurrence : la rivalité des concurrents dans l'industrie, la menace de nouveaux entrants, la menace de substituts, le pouvoir des fournisseurs et le pouvoir des acheteurs.

⁴ Michael E. PORTER, *Competitive Advantage : Creating and Sustaining Superior Performance*, New York, Free Press, 1998, pp.5 et ss; nous devons mentionner que des auteurs ont suggéré certains ajouts au modèle de Porter pour tenir compte de variables stratégiques dynamiques. Voir, par exemple, Pankaj GHEMAWAT, *Strategy and the Business Landscape : Text and Cases*, Reading, Massachusetts, Addison-Wesley, 1999, pp. 24 et ss. Nous avons choisi de nous en tenir au modèle sans ces ajouts pour simplifier la présentation qui, selon nous, ne perd pas de son essence première du fait de cette omission.

Nous avons reproduit ci-après une représentation graphique du modèle en prenant soin d'inclure les éléments à considérer pour chacune des forces. Suite au graphique, nous élaborerons sur chacune des forces du modèle. Nous ne traiterons pas systématiquement de chacun des éléments énumérés sous l'épithète propre à chacune des forces. Ces éléments sont mentionnés par le concepteur du modèle uniquement à titre de grille de référence et ne s'appliquent pas forcément également à toutes les industries. Nous nous limiterons à traiter de ceux qui sont significatifs et pertinents pour l'analyse du marché de la vente au détail de produits pétroliers. Enfin, nous voulons également préciser que la présentation du marché de la vente au détail de produits pétroliers n'a pas la prétention d'être exhaustive, mais nous croyons que l'essentiel s'y retrouve.

Figure 1 : Le modèle des cinq forces de Porter



Sous-section 1: La rivalité des concurrents dans l'industrie

Le nombre et la grosseur des participants d'une industrie représentent l'un des éléments fondamentaux permettant d'évaluer la rivalité des concurrents dans cette

industrie. Selon le modèle de Porter, plus une industrie est concentrée, plus il est probable que les concurrents seront conscients de leur lien d'interdépendance et ne se livreront pas à une concurrence féroce; aucun des concurrents ne croira que ses initiatives passeront inaperçues dans le marché et ne susciteront de réaction auprès des joueurs du marché. Inversement, plus les parts de marché des concurrents seront faibles, plus il est probable de voir se livrer une concurrence plus féroce.

Dans le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers, on peut classer les sites où se vendent ces produits en deux principales catégories : ceux qu'opèrent ou que contrôlent des pétrolières majeures et ceux qu'opèrent ou que contrôlent des distributeurs et détaillants indépendants. Par pétrolières majeures, nous entendons des pétrolières intégrées verticalement qui, en plus d'exploiter des points de vente au détail de produits pétroliers, ont également des activités de raffinage ou d'exploration. C'est le cas des sociétés suivantes : Pétro-Canada, Ultramar Canada Inc. (« Ultramar »), Shell Canada Limitée (« Shell ») et la Pétrolière Impériale Limitée (« Esso »). Elles exploitent des essenceries directement ou par l'entremise de détaillants banniérés, lesquels sont régis par divers types d'ententes contractuelles qui prévoient notamment une exclusivité d'approvisionnement.

La catégorie des distributeurs et détaillants indépendants représente quant à elle des entreprises qui n'exploitent qu'au niveau du détail et qui ne sont pas liées par des ententes d'exclusivité avec des pétrolières majeures. Certains distributeurs indépendants ont leur bannière et approvisionnent des essenceries faisant partie de leur propre réseau. Ces essenceries peuvent être opérées directement par le distributeur indépendant ou encore par des détaillants régis par des ententes contractuelles. Mentionnons à titre d'exemple les réseaux Crevier, Sonic, Couche-Tard et Pétro-T. Enfin, il existe également des stations qui n'arborent aucune marque distinctive et qui opèrent à toutes fins utiles de façon tout à fait indépendante et qui sont approvisionnées par des distributeurs indépendants.

La distribution approximative et relative des parts de marché pour l'année 1997 entre ces divers concurrents était la suivante :

Tableau 1: Parts de marché pour l'année 1997

Détaillants	Parts de marché
Pétro-Canada	19%
Ultramar	22%
Shell	16%
Esso	18%
Détaillants indépendants	25%

Source : Kent Marketing (selon les agglomérations de 10 000 habitants et plus).

Cette répartition des parts de marché n'a pas toujours été telle que la représente le tableau ci-haut. En 1985, le marché des produits pétroliers a connu une déréglementation. Cette déréglementation a eu pour effet de permettre le libre accès aux produits importés. Les détaillants indépendants ont su mettre à profit cette source extérieure d'approvisionnement de sorte que leur part de marché de 1984 est passée d'environ 16,1% du marché québécois à environ 31,4% en 1993⁵. Cependant, depuis 1993, ces parts de marché ont reculé et se chiffrent aujourd'hui à 27,3%⁶.

⁵ *Audience sur les coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel*, D-99-133, 29 juillet 1999, p. 25. Notre description du marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers reprend certaines des conclusions à laquelle la Régie est parvenue dans sa décision *Audience sur les coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel*, D-99-133 (ci-après la « Décision D-99-133 »). D'entrée de jeu, nous devons signaler au lecteur que nous avons été impliqué dans l'audience publique ayant mené à cette décision en ce que nous étions l'un des avocats représentant l'Association québécoise des indépendants du pétrole, l'AQUIP. Nous avons tenté d'écrire ce mémoire avec autant de neutralité que possible, le lecteur devant néanmoins demeurer conscient qu'il est difficile de ne pas laisser poindre les vues que nous avons défendues pendant l'année qu'a duré cette audience. Les opinions exprimées au présent mémoire sont uniquement celles de l'auteur.

⁶ *Id.*, p. 28.

L'explication de ce recul de parts de marché découle du fait que, depuis 1992, les pétrolières majeures ont pris l'initiative de reconquérir les parts de marché qu'elles s'étaient vues dérober par les détaillants indépendants. Pour ce faire, elles ont adopté la stratégie de fermer des points de vente à faible débit, de multiplier les points d'offre de libre-service, de combiner à la vente de produits pétroliers l'offre de produits ancillaires mais surtout de se livrer à des guerres de prix destinées à leur assurer les meilleurs emplacements disponibles pour la vente de produits pétroliers.

Un autre des éléments fondamentaux influençant le degré de rivalité des firmes dans un marché consiste en l'analyse des conditions fondamentales de l'industrie. Par exemple, s'il s'agit d'une industrie où l'on fait face à des coûts fixes importants, à des surplus de capacité fréquents, à une faible croissance de la demande, à une faible différenciation des produits offerts aux consommateurs, il est fort à parier que s'exercera un niveau important de concurrence. En effet, ces facteurs stimuleront, à divers degrés, les acteurs du marché à vouloir écouler la plus grande quantité possible de leur produit sur le marché.

Le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers en est un où s'écoulent environ sept milliards de litres annuellement et qui génère des revenus bruts d'environ quatre milliards de dollars⁷. La consommation annuelle de produits pétroliers est stagnante. Le marché est à maturité. La croissance annuelle de consommation de produits pétroliers au cours des dernières années est d'environ 1%⁸.

L'essence et le carburant diesel sont des commodités et n'ont que des substituts très imparfaits tels que le transport en commun ou quelque autre mode de transport et, à ce titre, constituent des produits pour lesquels la demande est inélastique, c'est-à-dire pour lesquels une augmentation de prix ne fera pas varier significativement la quantité

⁷ *Id.*, p.19.

⁸ *Id.*, p. 25.

consommée. Nous reviendrons plus en détail sur cette question lors de l'analyse de la menace des produits substitués.

Il faut également indiquer que le marché subit certaines mutations. La commercialisation des produits pétroliers ne s'effectue plus comme auparavant, où il était fréquent de voir des essenceries avec service jumelées à des baies de service. De plus en plus, l'on constate sur le marché l'adjonction d'essenceries de type libre-service à des dépanneurs ou à d'autres services ancillaires. À ce titre, la Régie a constaté qu'entre 1981 et 1997, le nombre total d'essenceries au Québec est passé de 7332 à 5059, soit une diminution de 31%. La proportion d'essenceries de type libre-service par rapport au nombre total d'essenceries est passée de 11% en 1981 à 30% en 1997⁹.

La rivalité sera également conditionnée par certains paramètres propres à chacune des firmes, i.e. à leurs caractéristiques stratégiques propres et à leur vision de leur place dans le marché. Par exemple, certaines firmes attachent une importance capitale à leur position dans une industrie et se battent farouchement afin de ne pas perdre de parts de marché, même si cette décision est plus coûteuse que l'alternative contraire. Ces paramètres stratégiques sont importants et ne doivent pas être sous-estimés. Ils sont probablement ceux qui ont mené à l'apogée des guerres de prix de l'été 1996.

Historiquement, le marché tolérait une différenciation entre le prix auquel les détaillants indépendants vendaient leur essence et le prix auquel les pétrolières majeures vendaient la leur. Cette différenciation consacrait l'avantage de coûts plus faibles dont jouissaient les détaillants indépendants. Le 18 juin 1996, la pétrolière Ultramar a lancé son programme Valeur Plus. Par ce programme, Ultramar annonçait qu'elle entamait une campagne aux termes de laquelle elle s'engageait publiquement à égaler les prix que ses concurrents allaient afficher pour la vente de leurs produits pétroliers dans 300 zones du Québec qu'elle avait délimitées. Elle « garantissait » au consommateur qu'il allait payer

⁹ *Id.*, p. 30.

son essence le moins cher chez Ultramar. Cette annonce a instantanément secoué le marché qui a vu les prix de l'essence s'effondrer jusqu'au seuil inouï de 19,9¢/l en l'espace de quelques semaines¹⁰.

Ainsi, en raison du programme Valeur Plus de la pétrolière Ultramar, les différenciations de prix ne sont pas tolérées. Les autres pétrolières ont suivi la tendance et ne tolèrent pas elles non plus de différenciation. La conséquence est la suivante : un parallélisme conscient du prix de vente au détail des produits pétroliers. Qui plus est, toute tentative d'abaisser les prix peut faire l'objet d'une période de discipline plus ou moins longue où les prix sont affaiblis.

Sous-section 2: La menace des entrants potentiels

La menace des entrants potentiels s'évalue en fonction des joueurs qui sont susceptibles de pénétrer sur le marché. Normalement, on s'attend à ce qu'un joueur tente son entrée sur le marché s'il a un avantage de coûts sur ses concurrents ou s'il peut différencier son produit. L'entrée est conditionnée entre autre par les barrières à l'entrée, un prix dissuasif à l'entrée et l'expectative d'une riposte.

Le marché québécois de la vente au détail de produits n'a pas connu d'entrée significative dans les dernières années. En fait, le nombre et la diversité des détaillants décroissent. Certains marchés américains ont vu des grandes surfaces offrir à leurs clients des postes d'approvisionnement en produits pétroliers. Jusqu'à présent, les grandes surfaces n'ont pas fait leur entrée au Québec.

Ce fait n'est pas surprenant compte tenu de ce que nous considérons l'élément clé du calcul de l'entrée dans le marché actuel : l'expectative d'une riposte de la part des

¹⁰ À titre indicatif, le prix moyen du pétrole brut pendant l'année 1996 était de 19,1¢/litre, M.J. ERVIN & ASSOCIATES, *Étude des marchés de détail canadien de produits pétroliers*, 1997, p. 11.

joueurs actuels. Dans un marché où la demande est stagnante, où le produit vendu est une commodité, où les coûts fixes sont relativement élevés et où la concentration des firmes est relativement élevée, l'entrant potentiel a toutes les raisons de croire qu'il va susciter une forte réaction dans l'industrie. Ce facteur, lorsque jumelé aux événements de l'année 1996 qui démontrent un comportement peu rationnel de la part des participants de l'industrie, fait en sorte que l'entrée potentielle est jonchée de heurts qui la rendent peu probable.

Sous-section 3: La menace de produits substitués

Les produits pétroliers constituent une commodité. Par commodité, l'on entend un bien de consommation courante, peu différencié qui, aux yeux du consommateur, ne remplit principalement qu'une fonction utilitaire. C'est le cas par exemple de l'électricité. Sans devancer nos propos ultérieurs, il nous faut néanmoins souligner que cette caractéristique du marché est importante. En effet, l'analyse d'un environnement concurrentiel doit s'asseoir sur les caractéristiques principales du produit offert par des producteurs à des consommateurs. Dans le cas d'une commodité, les consommateurs sont peu attirés par la différenciation du produit, i.e. que l'essence de Shell par exemple, aux yeux du consommateur est équivalente à celle d'Ultramar. La différenciation du produit principal n'étant pas disponible comme outil de concurrence, les avantages concurrentiels que certains joueurs du marché tireront du contrôle de leurs coûts revêtiront encore plus d'importance. La possibilité de permettre aux prix du marché de refléter ce contrôle des coûts sera tout aussi importante.

De plus, le fait que l'essence et le carburant diesel constituent une commodité qui ne se substitue pas facilement fait en sorte que leur prix ne subit pas la pression d'autres produits. Cette caractéristique isole le produit de la concurrence immédiate et, si l'industrie le permet, procure un avantage aux joueurs de cette industrie qu'ils peuvent tenter de traduire par des marges de profits plus élevées.

Sous-section 4: Le pouvoir des fournisseurs

Le pouvoir des fournisseurs réfère à l'habileté que peuvent avoir les fournisseurs d'intrants d'une industrie d'imposer les termes et conditions de fourniture de ces intrants. Des fournisseurs qui exercent, par leur pouvoir et leur nombre limité, une forte pression dans une industrie vont chercher à bénéficier d'une partie de la profitabilité de cette industrie.

Dans le domaine pétrolier, les détaillants qui portent la bannière de pétrolières majeures ou celle de distributeurs indépendants ont généralement une entente d'exclusivité d'approvisionnement. Ils ne sont pas en droit de s'approvisionner chez les concurrents. Ces ententes se renouvellent sur des périodes relativement longues qui peuvent varier typiquement entre 5 et 10 ans. Conséquemment, pour une vaste majorité des détaillants du marché, les coûts pour s'approvisionner auprès de fournisseurs différents en cours de contrat sont prohibitifs du fait qu'il s'agirait d'une violation des contrats.

L'un des éléments importants à soupeser pour évaluer le pouvoir des fournisseurs est la possibilité dont disposent ceux-ci de s'intégrer et d'exercer les activités dans l'industrie qu'ils approvisionnent. Plus ils sont en mesure de le faire, plus ils ont de pouvoir. C'est précisément ce qui se passe dans le domaine pétrolier. La tendance des dernières années fait en sorte que pétrolières majeures opèrent de plus en plus de leurs sites de façon corporative, i.e. qu'elles engagent des employés pour les opérer. Elles sont donc des joueurs importants dans le marché de détail. Par ailleurs, elles approvisionnent, en plus de leurs sites banniérés, certains distributeurs indépendants. Conséquemment, elles livrent aux distributeurs et détaillants indépendants le produit qui leur permet de leur livrer concurrence. Qu'à cela ne tienne, les fournisseurs, dans le domaine pétrolier jouissent d'un important pouvoir du fait de leur petit nombre, de leur intégration verticale et des contrats qui les unissent aux détaillants de leurs réseaux.

Sous-section 5: Le pouvoir des acheteurs

Les consommateurs n'ont pas de réel pouvoir à exercer sur les joueurs de l'industrie compte tenu que, pris individuellement, ils représentent une infime partie du chiffre d'affaires de chaque essencerie. Ils ont fondamentalement le choix d'acheter, de magasiner ailleurs ou de ne simplement pas acheter.

Section 2: Le but de l'intervention gouvernementale

Avant l'adoption de la *LRE*, un comité spécial d'examen de la situation du marché de l'essence (le « Comité spécial ») a été mis sur pieds et a reçu le mandat de procéder à l'étude du marché des produits pétroliers suite à une décision du Conseil des ministres rendue le 7 août 1996. Le Comité spécial, présidé par monsieur Michel Clair, a fait rapport le 8 octobre 1996 au Ministre d'État des Ressources naturelles de l'époque, monsieur Guy Chevrette¹¹.

Deux principales catégories d'intervenants ont comparu devant le Comité spécial. La première catégorie se constituait de deux associations : l'Association des distributeurs indépendants de produits pétroliers (ADIP) et l'Association des services automobiles inc. du Québec (ASA). Ces associations représentaient les intérêts des distributeurs et détaillants indépendants. La seconde catégorie était quant à elle constituée des pétrolières majeures : Esso, Pétroles Irving inc., Pétro-Canada, Shell et Ultramar.

Le Comité spécial a analysé les événements qui ont suivi l'introduction du programme Valeur Plus. Cette analyse l'a mené à formuler certaines constatations et à conclure qu'il y avait lieu d'empêcher que les prix sur le marché ne descendent bien en deçà du prix coûtant¹². Le Comité spécial a indiqué qu'il était d'avis que, pour ce faire,

¹¹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Rapport du comité spécial d'examen de la situation du marché de l'essence au Québec*, Québec, 1996.

¹² *Id.*, p. 116.

le gouvernement ne devait pas intervenir directement sur le marché pour garantir des marges de commercialisation, mais plutôt pour éviter que la concurrence ne dégénère au point de mettre en péril des entreprises rentables. Conséquemment, le Comité spécial a recommandé au gouvernement :

« [D]e préparer un projet de loi modifiant la *Loi sur l'utilisation des produits pétroliers*, afin de faciliter la prise d'injonctions et d'autres recours civils pour permettre des interventions rapides et pour mieux contrer les aberrations dans les prix en créant une présomption, en permettant des condamnations à des dommages punitifs ou exemplaires.

En ce qui concerne la présomption, on pourrait prévoir une mesure qui ferait en sorte que la personne qui vend de l'essence à un prix inférieur au coût d'achat auquel on ajoute le transport, les taxes et une somme en cents par litre pour tenir compte des coûts directs d'exploitation d'un point de service, serait présumée exercer ses droits d'une manière excessive et déraisonnable et commettre une faute au sens du Code civil. »¹³

De la recommandation du Comité spécial est surgie la *LRE* qui a effectivement amendé la *Loi sur l'utilisation des produits pétroliers*, le prédécesseur de la *LPEP*, en introduisant entre autre l'article suivant :

«CHAPITRE V

PRATIQUE ABUSIVE DANS LA VENTE DE L'ESSENCE ET DU CARBURANT DIESEL

67. Lorsque, dans une zone, une entreprise vend au détail de l'essence ou du carburant diesel à un prix inférieur à ce qu'il en coûte à un détaillant de cette zone pour acquérir et revendre ces produits, cette entreprise est présumée exercer ses droits de manière excessive et déraisonnable, contrairement aux exigences de la bonne foi, et commettre une faute envers ce détaillant.

Le tribunal peut condamner l'auteur d'une telle faute à des dommages-intérêts punitifs.

Pour l'application du premier alinéa:

1° les coûts que doit supporter le détaillant sont la somme:

a) du prix minimal à la rampe de chargement indiqué dans le périodique désigné par le ministre dans un avis publié à la *Gazette officielle du Québec*;

b) du coût minimal de transport du produit, lequel s'entend de ce qu'il en coûte à un détaillant pour acheminer le produit depuis la raffinerie jusqu'à l'essencerie par le moyen de transport le plus économique;

¹³ *Id.*, pp. 116 et 117.

c) des taxes fédérales et provinciales;

d) du montant que la Régie a fixé au titre des coûts d'exploitation en vertu de l'article 59 de la Loi sur la Régie de l'énergie (1996, chapitre 61), sauf décision contraire de la Régie;

2° la zone est le territoire d'une municipalité locale ou, le cas échéant, celui d'une zone de vente déterminée par la Régie de l'énergie. »

Dans le mécanisme de prix plancher prévu à *LPEP*, la Régie s'est vue octroyer le rôle de fixer les coûts d'exploitation par l'article 59 de la *LRE* :

« 59. Pour l'application de l'article 67 de la Loi sur les produits et les équipements pétroliers:

1° la Régie fixe annuellement un montant, par litre, au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel; elle peut fixer des montants différents selon des régions qu'elle détermine;

2° la Régie apprécie l'opportunité de retirer ou d'inclure ledit montant dans les coûts que doit supporter un détaillant; la Régie précise la période et la zone où sa décision s'applique;

3° la Régie peut déterminer des zones.

Aux fins du paragraphe 1°, les coûts d'exploitation sont les coûts nécessaires et raisonnables pour faire le commerce au détail d'essence ou de carburant diesel de façon efficace.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, la Régie doit assurer la protection des intérêts des consommateurs. »

On peut donc voir de ce qui précède que, par l'imposition d'un prix plancher, le gouvernement cherchait à éviter que la concurrence ne dégénère jusqu'à mettre en péril des entreprises rentables. Le maintien sur le marché de ces entreprises ne peut s'expliquer d'un point de vue économique que par la croyance qu'à moyen et à long terme elles agiront de façon bénéfique pour le consommateur.

Section 3: La relation entre la Loi sur la concurrence et la LPEP

La *Loi sur la concurrence*¹⁴ (la « *Loi sur la concurrence* ») participe, à certains égards, d'objectifs similaires à ceux qui sous-tendent la fixation d'un prix plancher dans le commerce de vente au détail de produits pétroliers. Le comportement auquel l'Assemblée nationale s'est attaquée est similaire à celui qui est proscrit par l'article 50 (1) c) de la *Loi sur la concurrence* qui traite des politiques de prix déraisonnablement bas ayant pour effet ou pour tendance de diminuer sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent, i.e. la pratique de prix d'éviction. Les enseignements en matière de pratique de prix d'éviction nous permettront de mettre en relief les difficultés entourant l'établissement d'un seuil de prix.

Il va sans dire que l'imposition d'un prix plancher dans le commerce de la vente au détail de produits pétroliers présume du fait que, dans certaines circonstances, des prix trop bas sont de nature à porter atteinte à l'environnement concurrentiel. De la même façon, la *Loi sur la concurrence* prévoit des situations où la vente de produits à un prix bas peut révéler une conduite attentatoire à l'environnement concurrentiel. C'est ainsi qu'on y trouve définie à l'article 50 (1) c) l'infraction relative à la vente de produits à des prix déraisonnablement bas qui a pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence que l'on qualifie de pratique de prix d'éviction :

« 50. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas :

[...]

c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet. »

Afin de permettre de bien apprécier la portée de cette disposition, le Bureau de la concurrence, l'organisme en charge de l'application de la *Loi sur la concurrence*, a diffusé le 17 août 1992 des lignes directrices pour l'application de la loi concernant les

¹⁴ L.R.C. (1985), c. C-34.

prix d'éviction¹⁵. Suivant ces lignes directrices, on est en présence de prix d'éviction « lorsqu'une entreprise dominante sur un marché établit, pendant une période de temps suffisamment longue, ses prix à un niveau si bas qu'un ou que plusieurs de ses concurrents doivent quitter le marché ou encore que d'autres entreprises doivent abandonner le projet d'y entrer ou les deux cas à la fois. Une fois que des concurrents ont dû quitter le marché ou que l'implantation de nouveaux arrivants a été empêchée avec succès, le prédateur pourra alors, dans le marché à faible concurrence qu'il a créé, s'attendre à augmenter les prix de façon significative afin de récupérer les profits qui auraient été réalisés ou encore de récupérer les pertes encourues au cours de la période de la pratique d'éviction. »

D'un point de vue pratique, la *LPEP* facilite la poursuite des entreprises qui s'adonnent à des pratiques de prix d'éviction en créant une présomption de faute civile à leur encontre. De plus, cette présomption de faute fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les entreprises s'adonnant à des pratiques de prix d'éviction avaient une quelconque intention de le faire et que ce dessein s'est réellement concrétisé par la perception de profits supra-concurrentiels.

Ceci étant dit, nous voyons une distinction entre le contexte de la *LPEP* et celui de la *Loi sur la concurrence*. Dans le cadre d'un recours fondé sur la *Loi sur la concurrence*, l'attention est ciblée sur une entreprise particulière ou un ensemble d'entreprises qui s'adonnent à des actes illégaux. L'analyse à laquelle se livrent les fonctionnaires chargés de l'application de la *Loi sur la concurrence* est différente de celle à laquelle doit se livrer la Régie. En effet, la Régie, plutôt que d'analyser les coûts d'un intervenant particulier dans un marché donné, doit se livrer à un exercice en deux temps. Tout d'abord, elle doit déterminer les paramètres selon lesquels on fait le commerce au détail de l'essence de façon efficace. Par la suite, elle doit définir et quantifier les coûts

¹⁵ BUREAU DE LA CONCURRENCE, INDUSTRIE CANADA, *Lignes directrices pour l'application de la loi : prix d'éviction*, Ottawa, 1992.

nécessaires et raisonnables pour effectuer un tel commerce. Il appartiendra par la suite au détaillant qui s'estimera lésé de faire valoir ses droits devant les tribunaux pour se voir octroyer un remède civil.

Malgré la distinction entre la *LPEP* et la *Loi sur la concurrence*, il faut mentionner que cette dernière permet également le recours en recouvrement de dommages-intérêts :

« 36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi, peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

(2) Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

(3) La Cour fédérale a compétence sur les actions prévues au paragraphe (1). »

Dans le cas de pratiques de prix d'éviction, la disponibilité de ce recours est plus théorique que pratique étant donné que le fardeau de preuve de comportement illégal est plus élevé qu'en matière civile – on parle en matière d'infraction à la *Loi sur la concurrence* d'une preuve hors de tout doute raisonnable – alors qu'en matière civile le critère de preuve de la balance des probabilités est moins sévère. Qui plus est, la preuve pour établir un comportement constituant une infraction à la concurrence peut s'avérer difficile à obtenir. Si, en temps normaux, cette preuve peut s'avérer difficile à obtenir pour le Directeur d'enquêtes et de recherches qui dispose de larges pouvoirs d'enquête et

de contrainte¹⁶ et du personnel nécessaire pour exercer ces pouvoirs, il est facile d'imaginer qu'une partie privée qui dispose de moins de moyens aura peine à établir l'infraction. D'ailleurs nos recherches ne nous ont pas permis de trouver de cas rapporté où un demandeur s'est fondé sur cet article pour obtenir compensation des dommages subis suite à une pratique de prix d'éviction.

Nous concluons ce premier chapitre en rappelant que le gouvernement est intervenu suite aux virulentes guerres de prix occasionnées par l'entrée en scène du programme Valeur Plus en poursuivant le but d'éviter que la concurrence ne dégénère à un point où les ventes à pertes dans le commerce au détail de produits pétroliers ne causent la sortie du marché de commerces par ailleurs rentables. Cette intervention protège des concurrents des forces naturelles du marché. Gardant le cap sur notre objectif qui est de présenter de motifs économiques pouvant justifier l'intervention gouvernementale qui fournit une telle protection, nous avons mis en lumière la ressemblance entre la prohibition de pratiques de prix d'éviction et la fixation d'un prix plancher. La scène est maintenant placée pour traiter des outils d'analyse économique que nous utiliserons pour analyser l'intervention gouvernementale. Ces outils, le lecteur l'aura deviné, sont dérivés en grande partie de la doctrine traitant des pratiques de prix d'éviction.

¹⁶ Voir à titre d'exemple les articles 10, 11, 13 et 15 de la *Loi sur la concurrence*.

Chapitre 2: Éléments d'analyse économique

L'approche d'analyse économique du droit fournit au juriste un cadre d'analyse utile et efficace pour évaluer l'impact de certaines interventions législatives ou encore pour aider à mieux formuler ou interpréter des règles de droit afin qu'elles permettent à la société de jouir le plus possible de certains biens qui existent en quantité limitée¹⁷. Par exemple, ce courant doctrinal a permis d'enrichir les assises des lois similaires à la *Loi sur l'assurance automobile du Québec*¹⁸ qui créent des régimes de responsabilité sans égard à la faute en cas d'accident automobile. Il a également permis d'apprécier l'impact de mesures comme l'instauration d'un prix plafond dans le cadre de lois à caractère sociale, i.e. dans le cas des logements à loyer modique de l'état de New York.

Ce deuxième chapitre est consacré à présenter certains des éléments fondamentaux de l'approche économique. Nous l'avons divisé en quatre sections. La première traite de façon globale de la méthodologie de l'analyse économique du droit. La seconde est plus spécifique à la question qui fait l'objet du présent mémoire et présente les rudiments de la théorie économique de la fixation des prix. Cette section permettra de mieux comprendre les tests énoncés dans la doctrine qui traite des pratiques de prix d'éviction. La troisième section traite des effets que l'on reconnaît généralement à l'imposition d'un prix plancher. Finalement, nous pourrons intégrer les éléments de la théorie de la fixation des prix et les conséquences que l'on attribue à l'imposition d'un prix plancher à l'analyse des différentes écoles de pensée en matière d'intervention gouvernementale, le sujet de la quatrième section.

¹⁷ Pour apprécier l'importance et la pertinence du mouvement de l'analyse économique du droit, voir Ejan MACKAAY, « La règle juridique observée sous le prisme de l'économiste », (1986) 1 *R.I.D.E.* 43; également Gary BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976.

¹⁸ L.R.Q., c. A-25.

Section 1: La méthodologie de l'analyse économique du droit

L'analyse économique du droit a pris naissance aux États-Unis principalement dans le cadre d'études de lois *antitrust*, là où la frontière entre l'économie et le droit a pu sembler tout naturellement moins étanche. Cependant, depuis les années soixante, il s'est développé un courant expansionniste qui a vu la multiplication d'études où l'on a appliqué des principes économiques à des situations qui ne s'y prêtaient pas à première vue. Qu'il s'agisse de droit de la famille, de droit criminel, de droit corporatif, de droit des biens ou de bien d'autres domaines, les outils de la science économique ont été mis à contribution pour décrire et analyser des concepts juridiques¹⁹.

L'efficacité représente l'étalon de mesure de l'analyse économique et nous y référerons abondamment. Elle est la situation où l'allocation des ressources est optimale. Plusieurs critères ont été développés pour tenter de cerner les conditions où l'on se trouve devant une situation efficace. Ces critères varient suivant leur niveau d'abstraction et les prémisses de base sur lesquelles ils se fondent. Plus précisément, l'une des difficultés ayant mené à la diversité des critères consiste en ce qu'il est difficile d'évaluer l'utilité que les membres d'une collectivité dont on cherche à maximiser l'allocation des ressources associent aux ressources qu'ils détiennent. Autrement dit, l'utilité qu'un millionnaire pourrait retirer d'un dollar qu'on lui retire n'est peut-être pas la même que celle qu'en tirerait un individu vivant sous le seuil de la pauvreté.

Il n'est pas nécessaire pour les fins de notre mémoire de passer en revue toutes les expressions de l'efficacité avec les difficultés qui s'associent à chacune d'entre elles.

¹⁹ Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4^{ème} édition, Toronto, Little, Brown and Company, 1992, p. 21; d'ailleurs, le livre de Monsieur le juge Posner illustre bien la diversité d'application de l'analyse économique du droit.

Nous ne ferons mention que des deux énoncés des critères d'efficacité qui se retrouvent le plus fréquemment, les critères de Pareto et de Kaldor-Hicks²⁰.

Suivant l'optimum de Pareto, une situation est efficace si et seulement si toute réallocation additionnelle des ressources en améliorant le sort d'un individu se fait au détriment d'un autre. De façon comparative, une situation est plus efficace qu'une autre suivant le critère de Pareto si et seulement si une réallocation des ressources se fait en améliorant le sort d'au moins un individu sans affecter le sort des autres. Intuitivement, on peut voir de par l'énoncé de ce critère que le nombre de cas pratiques où il sera possible de l'utiliser peut s'avérer limité étant donné que rares seront les cas où l'amélioration du bien-être d'un individu n'affectera pas celui des autres.

Reprenant une idée similaire mais l'exprimant différemment, le critère Kaldor-Hicks s'applique en comparant deux situations. Une première situation sera plus efficace qu'une seconde si et seulement si les gains des individus profitant de la réallocation des ressources en passant de la première à la seconde situation sont suffisants pour indemniser totalement les individus qui ont subi un préjudice de cette réallocation. En d'autres termes, il faut qu'il y ait un gain net résultant de la réallocation. La situation où toute réallocation des ressources n'engendrera pas de gain net sera décrite comme étant efficace. Nous allons l'illustrer par un exemple.

Comparons deux situations tirées d'un marché de vente au détail de produits pétroliers composé de trois essenceries (A, B et C). Ces essenceries desservent un marché qui consomme bon an mal an une quantité totale de produits pétroliers de neuf millions de litres. Elles écoulent respectivement deux, trois et quatre millions de litres par année. Compte tenu des facteurs de production propres à chacune de ces stations et de leur litrage respectif, leurs coûts d'exploitation respectifs de 3¢/l, 4¢/l et 5¢/l. Les

²⁰ La description qui suit est tirée de Jules COLEMAN, « Efficiency, Utility and Wealth Maximization », tiré de *Markets, Morals, and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp.95 ss.

coûts d'exploitation traduisent fidèlement, pour les fins de cet exemple, l'allocation de toutes les ressources investies pour vendre des produits pétroliers et l'utilité que retire les trois essenceries de chaque cent par litre de coûts d'exploitation est identique. Le total des coûts d'exploitation annuels de ces trois essenceries est de 380 000\$. Posons également l'hypothèse que chacun des détaillants tire une marge de profit identique et égale à 1¢/l. Le tableau qui suit illustre cette première situation.

Tableau 2: Illustration de la première situation

	A	B	C
Coûts d'exploitation	3¢/l	4¢/l	5¢/l
Marge bénéficiaire	1¢/l	1¢/l	1¢/l
Litrage annuel	2 MI	3 MI	4 MI
Coûts d'exploitation annuels	60 000\$	120 000\$	200 000\$
Marge bénéficiaire annuelle	20 000\$	30 000\$	40 000\$
TOTAL DES COÛTS D'EXPLOITATION : 380 000\$			
TOTAL DE LA MARGE BÉNÉFICIAIRE : 90 000\$			

Envisageons maintenant une seconde situation où l'on fait baisser les coûts d'exploitation du détaillant B pour les faire passer à 2¢/l. Émettons l'hypothèse selon laquelle la baisse de coûts d'exploitation se reflète sur le prix offert par le détaillant B à ses clients et a pour effet de faire augmenter son litrage annuel à 5 MI et de faire diminuer celui des détaillants A et C pour le faire passer respectivement à 1MI et 3MI. Toutes les autres variables demeurent constantes par ailleurs. Le tableau suivant illustre cette seconde situation.

Tableau 3: Illustration de la seconde situation

	A	B	C
Coûts d'exploitation	3¢/l	2¢/l	5¢/l
Marge bénéficiaire	1¢/l	1¢/l	1¢/l
Litrage annuel	1 MI	5 MI	3 MI
Coûts d'exploitation annuels	30 000\$	100 000\$	150 000\$
Marge bénéficiaire annuelle	10 000\$	50 000\$	30 000\$
TOTAL DES COÛTS D'EXPLOITATION : 280 000\$			
TOTAL DE LA MARGE BÉNÉFICIAIRE : 90 000\$			

On constate que le total des coûts d'exploitation annuels de la seconde situation est de 280 000\$. Les coûts d'exploitation étant le reflet de l'allocation des ressources, on peut constater que, de façon générale, l'allocation des ressources de la seconde situation est moins onéreuse que celle de la première. La réallocation des ressources a profité uniquement à B dans la mesure où il retire maintenant une marge bénéficiaire de 50 000\$ alors qu'auparavant il générait un bénéfice de 30 000\$. Cette marge de profit additionnelle permet à B d'être en mesure d'indemniser A et C des pertes de profits de 10 000\$ qu'ils ont chacun subies en passant de la première à la seconde situation. Tous les éléments sont remplis afin de qualifier la seconde situation comme étant plus efficiente que la première suivant le critère de Kaldor-Hicks.

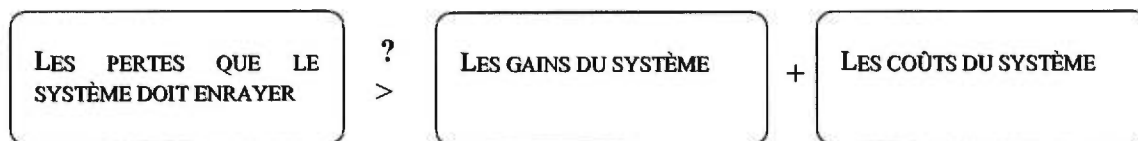
L'analyse économique du droit peut conduire à des résultats normatifs et positifs. La fonction positive est de nature plutôt descriptive et s'intéresse à expliquer l'impact des règles de droit. Par exemple, on pourrait postuler que les règles de droit répondent à un impératif de maximisation de la richesse, i.e. de promotion d'efficience, un impératif qui somme toute est de nature économique. La démarche scientifique, dans ce cadre-là

inciterait, tel qu'on le ferait pour les fins d'une démonstration d'un théorème de physique, à confronter le théorème à la réalité juridique afin de déterminer s'il résiste à l'analyse²¹.

La fonction normative se retrouve là où les enseignements de la théorie économique incitent le juriste à suggérer qu'une règle de droit arborant une forme est plus efficiente qu'une autre. Par exemple, dans le cas qui nous préoccupe, l'analyse économique peut aider à déterminer la mesure suivant laquelle il serait justifié, se fondant sur le critère d'efficience, de légiférer pour imposer un prix plancher dans le domaine de la vente au détail de produits pétroliers.

Le concept d'efficience permet de formaliser l'approche afin d'évaluer l'impact que peut avoir le régime créé par l'article 67 *LPEP*. Autrement dit, ce qui importe est de satisfaire l'analyse coût/bénéfice suivante : l'implantation du régime créé par l'article 67 *LPEP* et les coûts qui lui sont associés sont-ils plus ou moins élevés que les pertes qu'aurait subies la société en l'absence d'un tel régime. Si l'on parvient à la conclusion voulant que le système est plus coûteux alors on a créé une situation où l'on s'éloigne de l'efficience. Au contraire, si l'on estime que le résultat net de l'implantation du régime est positif, conséquemment on s'est approché de la situation efficiente. Schématiquement, on peut représenter la réflexion de la façon suivante :

Figure 2: Diagramme d'analyse de l'efficience



²¹ Un auteur respecté en matière d'analyse économique du droit, Richard A. Posner, met de l'avant que la *common law* s'explique essentiellement par des principes économiques. Voir à cet égard, Richard A. POSNER, *op. cit.*, note 19, p. 25.

Nous désirons émettre à ce stade-ci un dernier commentaire. Vu l'origine du mouvement d'analyse économique du droit, il ne faut pas se surprendre que la plupart des publications origine des États-Unis et que les résultats de recherche que nous présentons soient principalement constitués de parutions américaines. À notre avis, ces écrits sont pertinents quoiqu'ils prennent pour point de départ des concepts et principes juridiques de la *common law* américaine. Les idées qui y sont avancées présentent, en tenant compte des distinctions qui s'imposent et que nous avons tenté de souligner au passage, des pistes de réflexion qui peuvent s'appliquer au droit civil étant donné que l'analyse dont elles tirent leur existence transcende à bien des égards la simple règle de droit.

Section 2: Rudiments de la théorie économique de la fixation des prix

Nous avons trouvé utile, pour fins de référence, de reprendre certains des principes économiques de base de façon à ce qu'un lecteur moins familier avec ces principes puisse suivre adéquatement. Nous n'avons fait que définir les termes et concepts desquels nous nous servirons plus loin dans notre analyse et ne prétendons d'aucune façon que l'exposé économique auquel nous nous adonnons ici soit complet²². Pour faciliter la lecture, nous avons précédé chaque paragraphe d'un titre introductif.

Les conditions d'existence d'un marché parfaitement concurrentiel. Quatre éléments déterminent ce que l'on entend par un marché parfaitement concurrentiel. D'abord, il faut que le produit de n'importe quel vendeur soit le même que celui de n'importe quel autre vendeur; il faut que les produits soient homogènes. De plus, il faut que chaque participant au marché, qu'il soit un vendeur ou un acquéreur, exerce une petite influence sur un tel marché faisant en sorte qu'à lui seul, il ne puisse influencer le

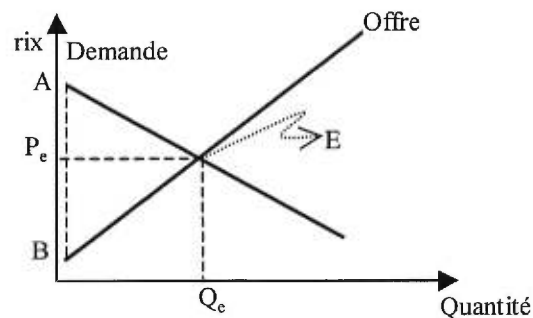
²² À cet égard, il y a lieu de consulter tel que nous l'avons fait les ouvrages généraux : Herbert HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, Handbook Series, Student Edition, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1985; Arthur DENZEAU, *Microeconomic Analysis : Markets & Dynamics*, Homewood, Illinois, Irwin, 1992, Ernest GELLHORN, *Antitrust Law and Economics*, 3^{ième} édition, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1986; Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself*, Toronto, Maxwell Macmillan Canada, 1993; James L. PAPPAS et Mark HIRSCHHEY, *Fundamentals of Managerial Economics*, 2^{ième} édition, Chicago, The Dryden Press, 1985.

prix du produit. Troisièmement, les ressources nécessaires à la fabrication du produit doivent être parfaitement mobiles permettant ainsi une libre entrée et une libre sortie du marché. Finalement, les consommateurs, les firmes et les détenteurs de ressources détiennent une connaissance parfaite des données technologiques et économiques²³.

Les lois de l'offre et de la demande. Par définition, un marché se veut le lieu de rencontre de fournisseurs d'un bien ou d'un service (la firme) et d'acquéreurs d'un tel bien ou service (le consommateur). En théorie économique classique, l'arrimage de la volonté des firmes et des consommateurs se traduit par la loi de l'offre et de la demande. Afin d'établir les conditions suivant lesquelles un bien ou service fera l'objet d'une transaction, les économistes ont modélisé le facteur déterminant de cette transaction en plaçant sur un plan cartésien d'une part les divers prix auxquels l'ensemble des firmes sont prêtes à vendre leurs biens selon la quantité des biens produits. Il s'agit de la courbe de l'offre. Sur ce même plan, ils ont construit une courbe de la même nature illustrant les divers prix que les consommateurs sont prêts à payer pour acquérir le bien à différentes quantités d'achat. Il s'agit de la courbe de la demande. Instinctivement, on peut comprendre que plus le prix est élevé, moins le consommateur sera intéressé à acheter le bien (la loi de la demande). Également plus le prix est bas, moins la firme sera intéressée à produire le bien (la loi de l'offre). Graphiquement, les courbes de l'offre et de la demande peuvent être représentées de la façon suivante:

²³ Edwin MANSFIELD, *Microeconomics : Theory / Applications*, 7^{ième} édition, New York, W.W. Norton & Company, Inc., 1991, pp. 220-221.

Figure 3 : Graphique de l'offre et de la demande



Le prix et la quantité dans un marché parfaitement concurrentiel. La théorie économique néoclassique prouve que dans un marché parfaitement concurrentiel, donc qui présente les caractéristiques que nous avons décrites plus haut, le prix de toutes les transactions devrait être le prix du point de rencontre entre les courbes de l'offre et de la demande qui est qualifié de point d'équilibre (le point E sur le graphique). Le point d'équilibre illustre les quantité (Q_e) et prix (P_e) où les firmes et les consommateurs s'entendent pour l'un vendre et l'autre acheter un bien. La quantité produite et vendue est alors égale à la quantité achetée. Il n'y a ni surplus durable, ni pénurie durable.

Description des tendances vers le point d'équilibre. Le point d'équilibre est décrit comme tel en considérant les situations où les transactions sur le marché s'effectuent à un prix plus ou moins élevé du prix d'équilibre. Dans l'hypothèse où une firme tente de transiger à un prix supérieur au prix d'équilibre, on peut s'attendre à ce que d'autres firmes tentent d'intégrer ce marché en offrant aux consommateurs des prix inférieurs jusqu'à ce que soit atteint le prix d'équilibre. Inversement, si une firme vend son produit à un prix inférieur au prix d'équilibre, elle ne maximise pas son profit.

Le surplus du consommateur dans un marché de concurrence parfaite. Dans un marché de concurrence parfaite, toutes les transactions s'effectuent au prix d'équilibre tel que nous venons de l'établir. Par le jeu de l'offre et de la demande, les consommateurs sortent gagnants du fait qu'ils paient moins chers les biens qu'ils auraient

acquis dans des circonstances où ils étaient disposés à acheter une moins grande quantité de ces biens. En retournant au graphique, on peut affirmer que le consommateur va acheter tout bien qui va se vendre en deçà du prix d'équilibre. Cette économie qu'effectue le consommateur est définie comme étant le surplus du consommateur qui graphiquement est représenté par l'aire du triangle ΔAP_eE .

Le surplus de la firme dans un marché de concurrence parfaite. Également, la firme bénéficie du fait que toutes les transactions s'effectuent au prix d'équilibre. En se référant toujours au graphique, on constate que jusqu'à la quantité d'équilibre Q_e , la firme aurait vendu à un prix moindre que le prix d'équilibre P_e . Ce gain qu'effectue la firme se définit comme le surplus du producteur et correspond au triangle ΔBP_eE du graphique.

Les facteurs extrinsèques au modèle. Ce modèle tient compte de certains facteurs (la quantité et le prix) et en exclut d'autres. En fait, il présume pour fins de simplicité que tous les facteurs de production demeurent constants, que tous les éléments de la demande demeurent constants pour la période à laquelle correspondent les courbes de l'offre et de la demande et qu'il n'y a pas d'innovation. Or, il se peut que des modifications dans les facteurs de production perturbent la courbe de l'offre ou qu'également, la modification des goûts des consommateurs altère la courbe de la demande, pour ne citer que ces exemples. Ces éléments extrinsèques se traduiront par une redéfinition des courbes. Elles pourront ne subir qu'une simple translation vers le haut ou vers le bas ou encore changer complètement de forme. Il va sans dire que le prix d'équilibre peut de ce fait être modifié.

Exemple de facteur extrinsèque. Pour mieux illustrer notre propos, nous pouvons suggérer l'exemple suivant de facteur extrinsèque. Il est possible d'illustrer la courbe d'offre des détaillants d'essence à une période donnée. Durant cette période, le prix d'acquisition pour le détaillant de son essence auprès d'un raffineur augmente par suite d'une augmentation du prix du pétrole brut. Cette augmentation du prix

d'acquisition du détaillant peut avoir pour effet de modifier la courbe de l'offre en lui faisant subir une translation vers le haut. En d'autres termes, pour une même quantité d'essence le détaillant se doit de la vendre plus chère.

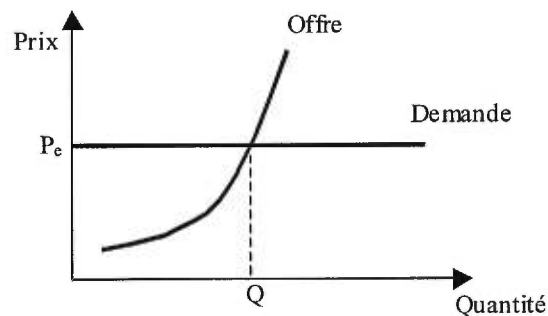
La relation entre la courbe de la demande et le comportement individuel des consommateurs. La courbe de la demande que nous avons décrite ci-haut, lorsqu'elle est appliquée à un marché de concurrence parfaite, dépeint une réalité qui est la résultante de la somme de la demande des consommateurs pris individuellement. Cette réalité agrégée se compose d'un grand nombre de consommateurs dont les courbes de demande individuelle peuvent varier les unes des autres. Plusieurs facteurs peuvent causer ces variations de courbes de la demande entre individus ne fut-ce par exemple que le niveau de revenus ou encore simplement les préférences individuelles.

La relation entre la courbe de l'offre et le comportement individuel des firmes. Tout comme dans le cas de la courbe de la demande, la courbe de l'offre représente la somme des courbes d'offre des firmes approvisionnant un marché donné. Il est possible que les courbes d'offre varient d'une firme à l'autre. Ces variations tiennent à plusieurs facteurs dont entre autre le prix qu'une firme paie pour ses intrants et la structure de ses coûts. Ces courbes individuelles de l'offre représentent le coût marginal pour la firme de produire une unité additionnelle d'un bien à un niveau de production donné.

La fixation du prix en concurrence parfaite et du niveau de production de la firme individuelle. Dans la situation où le marché est parfaitement concurrentiel, les firmes ne peuvent pas influencer individuellement le prix du marché. Ce sont les conditions de l'offre et de la demande globale qui le feront. Chacune des firmes, prise individuellement, devra « composer » avec le prix que fixeront les forces normales du marché. Par ailleurs, la demande à laquelle doit répondre la firme prise individuellement en situation de concurrence parfaite est parfaitement élastique, i.e. que le prix sera

constant à tout niveau de production. Nous pouvons illustrer cette situation par le graphique suivant.

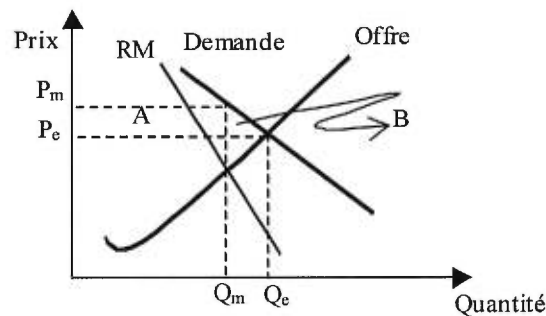
Figure 4: Graphique de l'offre et de la demande en cas de concurrence parfaite



Le fait que la demande soit représentée par une droite indique que toute unité additionnelle de produit vendu rapportera à la firme un revenu additionnel équivalent au prix d'équilibre. Conséquemment, la firme vendra jusqu'à une quantité Q de biens et ne devrait pas dépasser ce seuil étant donné qu'à toute quantité additionnelle, le revenu additionnel qu'elle générerait par la vente de ces unités additionnelles serait inférieur au coût de leur production. Par conséquent, le prix d'équilibre correspond au coût marginal de production du bien au niveau de production Q . Revenant un instant au concept d'efficacité dans l'allocation des ressources, on peut voir que lorsque la firme vend une quantité Q de son produit, elle promet l'efficacité en ce qu'elle produit la quantité optimale de produit qui correspond à la valeur (P_e) que lui attribuent les consommateurs.

Fixation des prix en cas de monopole. En cas de monopole, la fixation des prix se fait différemment. Le monopoleur va tenter de maximiser ses revenus en cherchant à établir le prix à un niveau où la vente d'une unité additionnelle de produit correspond au prix de production de cette unité additionnelle. En d'autres termes, le prix sera fixé là où le revenu marginal est égal au coût marginal. En voici la représentation graphique :

Figure 5: Graphique de l'offre et de la demande en cas de monopole



Nous savons que la courbe de l'offre représente le coût marginal de production du monopoleur. La courbe du revenu marginal (RM) représente simplement la contribution aux revenus du monopoleur qu'apporte la production d'un bien additionnel. On peut voir du graphique que le monopoleur préférera restreindre sa production en passant de la quantité Q_e à Q_m étant donné que c'est à ce dernier niveau de production que ses revenus marginaux correspondent à ses coûts marginaux. Par ailleurs, compte tenu de la courbe de l'offre, le monopoleur sera en mesure de charger un prix (P_m) plus élevé que le prix d'équilibre (P_e) qu'aurait suscité un marché concurrentiel. On constate que la fixation des prix par le monopoleur fait passer une partie du surplus du consommateur (illustré par le rectangle A) au monopoleur et fait encourir une perte sèche à la société (illustrée par le triangle B). Ainsi, le danger que représente un monopole est la réduction de la production en vue de charger un prix plus élevé.

Le concept économique de coûts. Un peu plus haut, nous avons présenté la courbe de l'offre comme étant le coût marginal pour la firme de produire une unité additionnelle d'un bien à un niveau de production donné. On doit tout d'abord indiquer ce que l'économiste entend par la notion de coût. Afin de définir ce que sont les coûts, les économistes s'en remettent au concept d'utilisation alternative des ressources qu'une firme utilise pour produire un bien ou un service. Ainsi, le coût s'établira en évaluant l'utilisation alternative qu'auraient pu avoir ces ressources pour produire d'autres biens ou services. Ce type d'analyse se qualifie de la doctrine du coût alternatif ou encore du

coût d'opportunité²⁴. Défini de la façon ci-haut décrite, on peut concevoir que les coûts comprennent une composante implicite et une composante explicite. La composante explicite inclut tous les coûts qu'un comptable inclurait dans des états des revenus et dépenses. Par contre, la composante implicite, quoiqu'elle soit tout à fait réelle et importante pour l'analyse, est plus difficilement appréciable. Prenons l'exemple de l'utilisation du capital. Si une firme investit son capital dans de l'immobilisation alors qu'elle aurait pu louer un local et investir son capital à un plus haut taux de rendement, l'économiste qualifiera le manque à gagner de perte. Il est possible de constater que l'identification adéquate de l'alternative peut jouer un rôle significatif pour l'évaluation des coûts. Plus encore, suivant les principes comptables généralement reconnus, on ne considère pas comme un coût le retour sur l'investissement que doit générer une entreprise. Cependant, pour l'économiste, le retour sur l'investissement constitue un coût. Ainsi, la divergence entre les principes économiques et comptables peut poser des problèmes conceptuels et pratiques.

La production à court et à long terme. Les coûts qu'une firme encourt dépendent de sa courbe de production c'est-à-dire la relation entre la quantité de chacun des intrants utilisés et les biens produits. La courbe de production d'une firme peut s'évaluer dans une perspective de court et de long terme. Le court terme se définit comme étant la période pendant laquelle une partie de l'input d'une firme est fixe²⁵. Généralement, il s'agira de la période durant laquelle les équipements de la firme nécessaires à la production de biens et de service demeureront inchangés. Par opposition, le long terme constitue la période où tous les intrants d'une firme sont variables²⁶.

Les coûts fixes, les coûts variables, les coûts totaux et les coûts moyens. Lorsque la production est envisagée dans une perspective de court terme, trois autres

²⁴ Edwin MANSFIELD, *Op. cit.*, note 23, p.172.

²⁵ Edwin MANSFIELD, *op. cit.*, note 23, p.142.

²⁶ Edwin MANSFIELD, *op. cit.*, note 23, p.143.

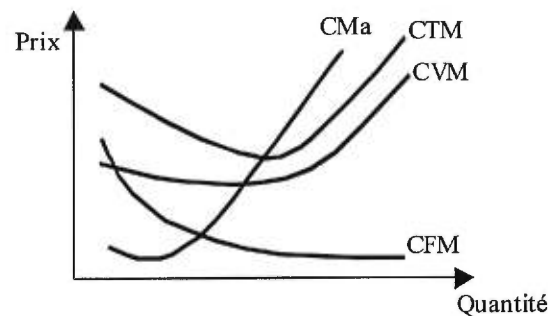
concepts deviennent utiles : les coûts fixes, les coûts variables et les coûts totaux. Les coûts fixes correspondent aux coûts pour la firme des intrants qui demeureront fixes durant la période de temps envisagée quelle que soit la quantité produite²⁷. Par exemple, dans le cas de la vente au détail de l'essence, le prix de l'assurance que serait appelé à payer le propriétaire d'une essencerie. Les coûts variables quant à eux représentent les coûts des intrants qui modulent selon le niveau de production de la firme pendant la période étudiée²⁸. À titre d'exemple, citons les coûts d'acquisition de l'essence pour le détaillant de son distributeur. Les coûts totaux représentent l'addition des coûts fixes et des coûts variables. La division des coûts fixes et variables est très arbitraire. Elle dépend essentiellement de l'horizon de temps dans lequel on se place. À la limite, tous les coûts d'une firme deviennent variables dans une perspective de long terme étant donné que tous les facteurs de production sont susceptibles d'évoluer dans le temps. Finalement les coûts moyens peuvent s'appliquer tant aux coûts fixes, qu'aux coûts variables et qu'aux coûts totaux ; ils représentent la moyenne de l'un ou l'autre de ces coûts pour chaque niveau de production.

Le coût marginal à court et à long terme. Le coût marginal à court terme représente le coût pour la firme qu'ajouterait la production d'une unité additionnelle. Autrement dit, ce serait le coût qu'engendrerait la vente d'un litre additionnel d'essence dans une essencerie. Nous avons traité plus haut de la distinction entre le court terme et le long terme. Nous avons également indiqué que plus on étendait la période d'analyse, plus on tendait vers la situation où les coûts d'une firme devenaient tous variables. Ainsi, dépendamment de la période envisagée, le coût marginal d'une firme peut changer. Il y a donc lieu de faire la distinction entre le coût marginal à court terme et le coût marginal à long terme. Illustrons par un graphique la relation entre les coûts fixes moyens, les coûts variables moyens, les coûts totaux moyens et les coûts marginaux à court terme.

²⁷ Edwin MANSFIELD, *op. cit.*, note 23, p.180.

²⁸ Edwin MANSFIELD, *op. cit.*, note 23, p.180.

Figure 6: Diverses courbes de coûts



Le graphique illustre la courbe des coûts fixes moyens (CFM), i.e. les coûts fixes divisés par le nombre d'unités vendues. Intuitivement, on peut comprendre que plus le nombre d'unités vendues est élevé, moins les coûts fixes moyens seront élevés étant donné que, par définition, les coûts fixes demeurent constants peu importe le niveau de production.

La courbe des coûts variables moyens (CVM) illustre la partie des coûts encourus qui varieront avec le niveau de production. On constate que les coûts variables moyens vont commencer par décroître jusqu'au niveau optimal d'exploitation des infrastructures d'une firme et vont croître lorsque ce niveau est dépassé.

La courbe des coûts totaux moyens (CTM) représente quant à elle la somme des coûts fixes moyens et des coûts variables moyens. Les tendances des courbes de coûts fixes moyens et de coûts variables moyens s'y retrouvent donc conjuguées.

Finalement, la courbe de coûts marginaux à court terme (CMa) exprime le taux de variation des coûts variables²⁹. En d'autres termes, elle illustre l'effet qu'engendre la production d'une unité additionnelle sur les coûts. Le graphique révèle qu'après une

²⁹ Exprimé en langage mathématique, la courbe des coûts marginaux représente l'illustration de la dérivée première de la fonction des coûts variables.

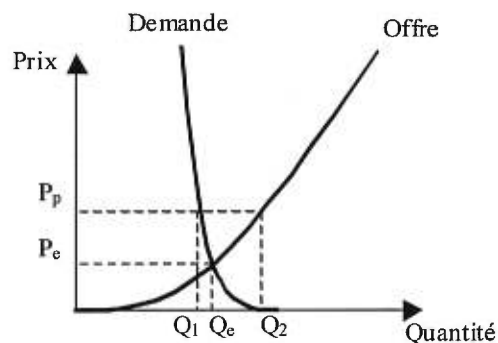
courte période où elle décroît, la courbe des coûts marginaux à court terme croît, illustrant ainsi que, de façon générale, le coût de production de chaque unité additionnelle a tendance à croître avec le niveau de production étant donné que l'on essaie de tirer un peu plus des installations que l'on utilise. La théorie économique classique enseigne que de façon générale, une firme vendra ses produits à un prix qui couvre au moins ses coûts marginaux. En effet, de continuer la production et la vente d'unités à un prix inférieur aux coûts marginaux entraîne la firme à accumuler des pertes pour chaque unité additionnelle vendue.

Ces différentes courbes de coûts sont pertinentes pour les discussions qui vont suivre du fait qu'elles permettront de confronter les politiques de prix de certains des concurrents à ce que l'on devrait normalement observer dans un marché parfaitement concurrentiel. Également, elles permettront de discuter des prix déraisonnablement bas au sens de la *Loi sur la concurrence* ainsi que du niveau des coûts vers lequel on devrait tendre en vertu de la *LPEP*.

Section 3: Les effets de l'imposition d'un prix plancher

Pour qu'un prix soit considéré comme un prix plancher effectif, il faut qu'il soit fixé au-dessus du prix auquel le marché permettrait la transaction en situation d'équilibre. Nous avons vu plus haut que le prix d'équilibre d'un marché parfaitement concurrentiel se situe au niveau de l'intersection de la courbe de l'offre et de la demande d'un produit (le point P_e du graphique ci-dessous). Le prix plancher (le point P_p du graphique ci-dessous) se situe au-dessus de ce prix d'équilibre.

Figure 7: Graphique de l'effet d'un prix plancher



Le prix plancher a pour effet de permettre des transactions à un prix donné (P_p) peu importe le niveau de production entre Q_1 et Q_2 . Le prix plancher aurait pour effet d'inciter chacun des producteurs à surproduire étant donné que ce prix plancher permettrait théoriquement de rentabiliser l'accroissement de production. Le prix plancher fait en sorte que l'on se situe plus haut sur la courbe de coûts marginaux du producteur ce qui lui permet normalement d'optimiser son rendement en vendant des unités additionnelles jusqu'à ce qu'il se rende au niveau de production correspondant à ce point. L'établissement d'un prix plancher mène donc généralement à une surproduction d'un produit qui en bout de piste ne sera pas consommé étant donné que la demande totale, malgré l'imposition d'un prix plancher, demeure in affectée. Lorsqu'une telle situation se produit, on conclut à l'inefficience.

Il arrive de voir le gouvernement intervenir afin de limiter la surproduction provoquée par l'imposition d'un prix plancher. Par exemple, dans l'industrie laitière québécoise, là où le prix de vente de certains produits laitiers est réglementé par la fixation d'un prix minimum, le gouvernement a imposé des quotas. L'imposition de tels quotas a pour effet de ramener la production à un niveau qu'on espère égal à la quantité d'équilibre (Q_e). On peut constater que dans ces cas, une première intervention étatique en nécessite une seconde.

Ceci complète cette troisième section. Nous estimons que cet exposé est essentiel pour apprécier adéquatement l'analyse économique de l'intervention gouvernementale que nous abordons dès à présent.

Section 4: L'intervention gouvernementale et les différentes écoles de pensée économique

L'intervention gouvernementale en matière de politique de concurrence ne fait pas l'unanimité. Il existe d'importantes divergences sur la question et de nombreux écrits ont vu le jour pour en traiter³⁰. Cette section de notre mémoire est destinée à mettre en lumière certaines des approches dominantes. Nous la diviserons en trois sous-sections qui présentent ces approches dominantes: l'école de Chicago, l'école du *public choice* et le courant post-Chicago.

Sous-section 1: L'école de Chicago

L'école de Chicago désigne un courant de pensée qui tire son origine d'écrits de professeurs de l'Université de Chicago. Le modèle néoclassique des tendances des marchés vers un point d'équilibre dicté par l'offre et la demande constitue le point de départ de l'école de Chicago. En adoptant le point de vue que ce modèle décrit relativement bien la réalité, les tenants de cette école préconisent une approche selon laquelle il faut accorder une certaine souveraineté et une certaine autonomie aux forces

³⁰ Bruce DUNLOP, David McQUEEN et Michael TREBILCOCK, *Canadian Competition Policy : A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Books Inc., 1987, pp.58 et ss.; H. HOVENKAMP, *op. cit.*, note 22, p. xv; voir également Herbert HOVENKAMP, « Antitrust Policy After Chicago », (1985) 84 *Michigan Law Review* 213 (Il identifie d'autres écoles que celle de Chicago qui, au cours des années se sont succédées aux États-Unis. Il s'agit de la *Common Law School*, de la *Rule of Reason School*, de la *Monopolistic Competition School*, de la *Workable Competition School* et de la *Liberal School*. Nous avons choisi de ne pas élaborer sur chacune de ces écoles étant donné qu'à l'heure actuelle la majorité de la littérature académique traite de l'école de Chicago et des courants de pensée qui l'ont succédée. Néanmoins, on peut consulter cet article pour une description de chacune de ces écoles.)

économiques du marché³¹. Un marché laissé à lui-même aurait naturellement tendance à générer les transactions ayant pour effet de bonifier la situation de chacune des parties transigeantes et de bénéficier de façon générale à la société.

L'école de Chicago soutient que l'intervention étatique peut s'avérer nécessaire dans les cas où il est démontré que le marché laissé à lui-même produit des résultats inefficients. L'un des cas classiques d'imperfection du marché se retrouve là où l'on fait face au resquillage. Par exemple, tous conviennent que la protection de l'environnement est une fin utile à poursuivre. Cependant, si le comportement qui y porte atteinte n'est pas sanctionné (les économistes utiliseront le terme internalisé), alors on fait face à une situation où l'incitatif individuel du pollueur (continuer d'exploiter une entreprise qui pollue par exemple) diverge de l'intérêt collectif (autrement qualifiable de bien public) et où le marché fait défaut de fournir les incitatifs adéquats pour le comportement efficient.

Adoptant une approche positiviste, les tenants de l'école de Chicago indiqueront que, lorsqu'il n'est pas possible d'établir clairement qu'une conduite peut être inefficace, il n'y a pas lieu d'intervenir³². L'une des situations classiques d'inefficace se produit en cas de monopole. Tel que nous l'avons décrit plus tôt, une situation monopolistique est susceptible de conduire à la réduction volontaire de la production par le monopoleur pour créer la rareté ainsi qu'une hausse artificielle des prix, menant de ce fait à une perte pour la société.

Encore là, face à de telles situations, les tenants de l'école de Chicago maintiendront un scepticisme quant à l'intervention gouvernementale. Ils indiqueront que le marché a tendance à s'auto-corriger et, lorsque des firmes tentent de bénéficier de

³¹ Pour une illustration de la façon dont les tenants de l'école de Chicago envisagent les lois *antitrust*, voir : Richard POSNER, « The Chicago School of Antitrust Analysis », (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925; Robert H. BORK, *op. cit.*, note 22; Frank H. EASTERBROOK, « The Limits of Antitrust Law », (1984) 63 *Texas Law Review* 1.

³² R. BORK, *op. cit.*, note 22, p. 117; F. EASTERBROOK, *loc. cit.*, note 31, pp. 2 et 3.

profits supra-concurrentiels, ces profits attirent la concurrence. À moins de barrières à l'entrée significatives, ce qui selon eux est rare, il n'y a pas lieu d'intervenir et ce, même dans le cas de marchés concentrés.

Les tenants de l'école de Chicago voient les économies d'échelle comme pouvant être substantielles et faisant en sorte qu'il ne faut pas trop s'inquiéter de la concentration dans certains marchés. Ces économies d'échelle, qui représentent une efficience de production, peuvent très bien compenser les pertes que pourraient causer la concentration, disent-ils³³.

Passons maintenant à la vision des tenants de l'école de Chicago face à l'intervention gouvernementale en matière de pratique de prix d'éviction. Cette pratique vise à monopoliser un marché. Un acteur du marché chercherait à évincer ses concurrents en vendant ses produits à un prix suffisamment bas pour les forcer à quitter le marché et pour ensuite profiter de profits supra-concurrentiels. Aux yeux des tenants de l'école de Chicago, ce résultat est inefficent dans la mesure où il permettrait de réduire la production pour faire augmenter les prix et les profits de l'auteur du comportement d'éviction. En adoptant ce point de vue, il faut comprendre que l'inefficience du marché réside non pas dans la première étape du processus d'éviction où les consommateurs se voient offrir de bas prix, mais plutôt dans la seconde qui permet au monopoleur de tirer des profits supra-concurrentiels.

Les économistes de l'école de Chicago voient l'occurrence de prix d'éviction comme un phénomène étant relativement rare et improbable. Un tel comportement est irrationnel étant donné qu'il suppose que l'acteur qui s'y adonne présumera erronément que les profits qui suivront l'éviction du ou des concurrents compenseront les pertes encourues. Au demeurant, suite à l'éviction des concurrents, le prédateur devra hausser ses prix attirant ainsi de nouveaux concurrents qui pourront même utiliser les installations

³³ H. HOVENKAMP, *loc. cit.*, note 30, p. 228.

des anciens concurrents que l'on a évincé du marché. Pis encore, sachant que l'on tente de l'évincer pour pouvoir charger des prix supra-concurrentiels, la victime aura intérêt à ne pas quitter le marché et devrait trouver des investisseurs prêts à lui avancer du financement pour la maintenir sur le marché de façon à lui permettre de bénéficier elle aussi des profits supra-concurrentiels une fois que la firme dominante se sera épuisée et aura augmenté les prix. Le risque et les coûts d'une telle manœuvre sont généralement prohibitifs et font en sorte que le comportement ne devrait pas se rencontrer ... ou pas suffisamment pour justifier de dépenser de sérieux efforts pour le contrecarrer dans le cadre d'une politique de la concurrence³⁴.

La forme et les effets indésirables de l'intervention gouvernementale sont également problématiques aux yeux des tenants de l'école de Chicago. Ils accordent une importance significative à la possibilité qu'une quelconque intervention dans le marché neutralise les incitatifs naturels et concurrentiels qui y sont présents. Une intervention mal ciblée pourrait avoir, selon eux, un effet contraire à l'objectif visé³⁵. Ainsi, en matière de prix d'éviction, en accusant et trouvant erronément une entreprise coupable de vendre ses produits à un prix déraisonnablement bas, il existe un risque important qu'un tel message incite les entreprises à ne pas réduire leurs prix de crainte d'être poursuivies alors qu'économiquement elles seraient justifiées de le faire. Ce serait le consommateur qui sortirait perdant d'une telle situation étant donné qu'on l'empêcherait de profiter de bas prix.

Également, l'école de Chicago est très critique du passage de la formulation de principes économiques en normes juridiques. Le passage de la modélisation économique à la normalisation juridique ne peut se faire sans heurts étant donné que l'approche des

³⁴ Voir par exemple, John S. MCGEE, « Predatory Price Cutting : The Standard Oil (N.J.) Case », (1958) 1 *Journal of Law and Economics* 1, Frank EASTERBROOK, « Predatory Strategies and Counterstrategies », (1981) 48 *University of Chicago Law Review* 263 et Thomas J. DILORENZO, « The Myth of Predatory Pricing », (1992) 169 *Policy Analysis*, R. H. BORK, *op. cit.*, note 22, pp. 154 et 155.

³⁵ F. EASTERBROOK, *loc. cit.*, note 34, p. 267; R. POSNER, *loc. cit.*, note 31, p. 940.

deux sciences face à un problème est très différente. La norme juridique doit offrir un certain degré de déterminisme, de précision et de prévisibilité. Également, il faut que les éléments de mise en œuvre de la norme puissent faire l'objet d'un débat public qui se fonde sur les éléments de preuve présentés lors de ce débat. En économie, les modèles tiennent sur des hypothèses qu'il est parfois difficile de vérifier. Certaines fois, la seule façon de parvenir à une conclusion économique valable est de se baser sur des données qui ne proviennent pas forcément d'une entreprise dont le comportement fait l'objet d'étude et conséquemment dont la preuve peut s'avérer difficile d'administration dans un processus judiciaire contradictoire.

Les tenants de l'école de Chicago indiquent que les cours de justice et l'appareil judiciaire sont souvent mal équipés pour répondre aux questions économiques qui peuvent leur être soumises. Par exemple, en matière de prix d'éviction, la relation coût/prix, comme nous le verrons, n'est pas le seul élément qui doit faire l'objet d'analyse dans certains cas et l'innovation pourrait être un facteur important³⁶. Comment est-ce qu'une cour de justice peut se prononcer sur le degré d'innovation suffisant pour indiquer l'exercice adéquat des forces concurrentielles, diront-ils ?

De façon plus générale, l'école de Chicago puise des exemples de diverses industries qui ont subi ou subissent une déréglementation pour affirmer que la réglementation antérieure a eu certains impacts très négatifs sur la concurrence. Par exemple, dans le domaine de la téléphonie longue distance, alors qu'à une certaine époque l'on présentait ce marché comme en étant un de monopole naturel, le mouvement de déréglementation a eu pour effet de démontrer que ce marché se prêtait fort bien à la concurrence et qu'un monopole préservé par une loi pouvait avoir des effets dévastateurs

³⁶ F. EASTERBROOK, *loc. cit.*, note 34, pp. 304 à 312; Reuven BRENNER, « Market Power : Innovations and Anti-trust » dans Frank MATHEWSON, Michael TREBILCOCK et Michael WALKER (dir.), *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, The Fraser Institute, 1990, aux pages 192 et ss.; Benjamin KLEIN, « The Use of Economics in Anti-Trust Litigation : Realistic Models of the Competitive Process », dans Frank MATHEWSON, Michael TREBILCOCK et Michael WALKER (dir.), *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, The Fraser Institute, 1990, p. 419, 420.

sur l'innovation étant donné que la loi elle-même en empêchait l'attaque par les forces concurrentielles. Le même phénomène peut s'observer dans le domaine d'entreprises d'électricité, où l'introduction d'une concurrence a pour effet d'amener, encore là dans un type d'industrie qui était vue comme étant un monopole naturel, un certain nombre d'innovations qui ont mené à de meilleurs prix pour les consommateurs de même qu'à un meilleur produit.

L'exposé qui précède aura permis de comprendre que l'école de Chicago est très sceptique quant à l'intervention gouvernementale étant donné qu'elle estime que, d'une part, le marché permet de répondre de lui-même à certains phénomènes et que, d'autre part, l'intervention, lorsqu'elle est en principe justifiée par une possibilité d'inefficience, peut prendre des formes et avoir des conséquences indésirables. La prochaine sous-section, qui traite de l'école du *public choice*, illustre la façon dont le processus politique par lequel on décide d'intervenir en cas d'inefficience, réelle ou appréhendée, peut mener à de telles conséquences.

Sous-section 2: L'école du public choice

Le *public choice* représente un mouvement analytique ayant initialement pris naissance pour analyser le comportement d'instances gouvernementales et électorales. Ce mouvement est très critique des intérêts cachés sous le concept « d'intérêt public » qui est souvent brandi comme justificatif d'une intervention gouvernementale. Plutôt que d'accepter que le comportement d'instances gouvernementales et électorales soit régi par des règles étrangères à celles de l'économie de marché, l'école du *public choice* postule au contraire qu'il est animé par des règles de même nature que celles suivant lesquelles les individus cherchent à maximiser leurs bien-être et profit personnels³⁷. Cette

³⁷ George STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », (1971) 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* 3; Sam PELTZMAN, « Toward a More General Theory of Regulation », (1976) 19 *Journal of Law and Economics* 211. Pour une application illustrative de la doctrine du *public choice* en matière fiscale, on peut consulter James M. BUCHANAN et Marylin R.

maximisation s'opère par le biais de groupes de pression relativement bien formés qui peuvent exercer une pression concentrée pour parvenir à leurs fins et offrir en contrepartie la contribution de leurs membres au soutien politique des personnes du gouvernement qui ont permis l'adoption des mesures législatives recherchées.

La perception classique veut que le gouvernement intervienne lorsque le marché ne parvient pas de lui-même à des résultats souhaitables. De tels résultats se produisent par exemple lorsque certains agents économiques n'ont pas à supporter l'intégralité des coûts ou ne bénéficient pas de l'entièreté des bénéfices découlant des décisions et actions qu'ils prennent et entreprennent. Le gouvernement est appelé à intervenir et est perçu comme étant un agent désincarné agissant dans « l'intérêt public ». Or, le *public choice* indique que derrière ce concept d'intérêt public se cachent parfois des groupes de pression bien organisés qui veulent s'épargner des forces de la concurrence et qui sollicitent les politiciens. Ces politiciens, quant à eux, cherchent à maximiser leur bien-être personnel en demeurant au pouvoir et vont appuyer l'adoption de certaines mesures en échange d'appui politique pouvant prendre toutes sortes de forme³⁸.

L'impact politique de l'intervention que l'on désire adopter constitue l'une des principales contraintes délimitant un tel échange d'appuis. Cet impact politique s'apprécie en évaluant deux données principales : les récipiendaires de l'avantage recherché par la mesure législative et les perdants de cette initiative. Plus les récipiendaires de l'avantage procuré par la mesure législative seront bien regroupés et plus les perdants représenteront un groupe hétéroclite de la société pour qui la perte individuelle est trop petite ou diffuse pour soulever un mouvement de masse, alors plus

FLOWERS, *The Public Finances, an Introductory Textbook*, 6^{ième} édition, Homewood, Illinois, 1987, pp. 85 à 149.

³⁸ William SHUGART II, « Public-Choice Theory and Antitrust Policy », dans Fred S. McCHESNEY et William SHUGHART II (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, p. 8.

l'on pourra s'attendre à ce que la mesure soit adoptée. Une telle constatation impose donc, suivant les tenants de l'école du *public choice*, que l'on scrute le message public véhiculé pour déterminer qui a intérêt à ce que la mesure législative proposée soit adoptée. Il faudrait également déterminer les personnes défavorisées par la mesure sollicitée.

Tout comme le marché, le gouvernement peut être imparfait. Lorsque l'on assiste à une intervention gouvernementale, cette intervention est souvent mue à partir d'information incomplète et tient compte des intérêts politiques en présence. Compte tenu des ressources consacrées à formuler l'intervention et aux délais causés par le processus politique, l'intervention gouvernementale est souvent à la remorque de la réalité et a des effets pervers. Il devient donc nécessaire de choisir entre le moins coûteux des maux : les imperfections du marché laissé à lui-même sans intervention et les coûts inhérents à l'intervention gouvernementale³⁹.

Revenant à la question de l'intervention étatique pour réglementer les marchés, l'on doit constater que ce modèle ou ce type d'analyse est purement descriptif. Il ne peut permettre que de discerner le pourquoi de l'adoption de certaines mesures législatives mais n'apporte que très peu quant à l'établissement des principes directeurs de cette intervention. Au mieux, il permet de rester aux aguets quant à la forme que prend l'intervention étatique afin d'éviter que des groupes de pression façonnent indûment l'intervention pour qu'elle profite à ses membres au détriment d'un ou de plusieurs groupes moins bien organisés de la société. Cette école se concentre sur l'explication du processus de l'intervention gouvernementale :

« As such, the public-choice model does not entail value judgments about how public policies towards business *should* work. Instead, it draws testable implications about how

³⁹ *Id.*, p. 16.

public policies *do* work, based on applying sound principles of economic theory to the analysis of political markets. »⁴⁰

Cette approche invite à s'interroger sur l'identification du problème que l'on présente pour justifier de prendre action et la façon dont on procède pour l'enrayer. En d'autres termes, le problème noté en est-il vraiment un qui nécessite une intervention gouvernementale ? Dans l'affirmative, est-ce que l'intervention effectuée résout effectivement le problème relevé ou fait-elle bénéficier de façon déguisée le groupe d'intérêt qui a cherché son adoption de certains avantages ?

Selon les tenants de l'école du *public choice*, l'insuccès observé de plusieurs interventions étatiques en matière de politique de la concurrence s'explique par le jeu politique qui entoure leur adoption et leur mise en œuvre⁴¹. Plusieurs sont même sceptiques quant à la possibilité qu'une intervention puisse se faire adéquatement. La formulation et l'application de la norme juridique guidant cette intervention seront invariablement perturbées par les intérêts personnels des acteurs responsables, le tout au détriment de certains groupes de la société⁴².

Sous-section 3: Le courant post-Chicago

Sous l'épithète de courant post-Chicago se regroupe un grand nombre de vues dissidentes par rapport à l'approche de l'école de Chicago dans le cadre des lois *antitrust*.

⁴⁰ *Id.*, p. 24.

⁴¹ Fred S. McCHESNEY, « In Search of the Public-Interest Model of Antitrust », dans Fred S. McCHESNEY et William SHUGHART II (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 25 et ss.

⁴² *Id.*, p. 11.

Le courant post-Chicago ne représente pas une vision unifiée de l'interprétation appropriée et de la place que devraient occuper les lois *antitrust*⁴³.

L'école de Chicago et le courant post-Chicago partent fondamentalement des mêmes prémisses. Toutes deux reconnaissent que la concurrence devrait normalement mener à des résultats efficaces et qu'une situation monopolistique n'est pas efficace. La différence fondamentale entre les approches de l'école de Chicago et du courant post-Chicago à l'égard des lois *antitrust* a trait principalement au niveau où l'analyse d'un marché donné se terminera. Les tenants de l'école de Chicago partiront de modèles abstraits qui, par des enchaînements logiques, mèneront à déduire certaines conclusions. L'approche du courant post-Chicago s'attaquera au bassin de données empiriques qui caractérisent le marché sous étude afin d'établir les distinctions entre le modèle classique et ce marché, lesquelles distinctions mèneraient certaines fois à la conclusion que les enseignements découlant des principes abstraits de l'école de Chicago ne s'appliquent pas dans les circonstances :

« The difference between Chicago and post-Chicago thinking about competition and monopoly is related to the difference often noted between neoclassical and industrial organization (IO) economics. Both recognize the efficiency of competition and the allocative costs of monopoly. Chicago analysts who focus on antitrust tend both to start and stop with deductive analysis based on a sequence of truisms expressed through highly abstracted models of reality. Post-Chicago antitrust starts from essentially the same position but, in the IO tradition, digs into empirical material in an effort to fathom the significance of observed distinctions between classic models and the configuration of the particular market under examination. This enterprise invites efforts to refine and particularize the models. A not infrequent outcome has two elements: the conclusion that the Chicago antitrust abstraction applies less widely than its adherents had supposed, and the identification of one or more particular cases (which may themselves be tightly specified) in which that abstraction clearly does not apply. »⁴⁴

L'élément qui, à notre avis, ressort de ce qui précède est le suivant : la réalité concurrentielle est complexe. Cette complexité se résume certaines fois difficilement au

⁴³ Lawrence A. SULLIVAN, « Post-Chicago Economics : Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Derterminat Theoretical World », (1995) 63 *Antitrust Law Journal* 669, 671.

⁴⁴ *Id.*, p. 670.

modèle néoclassique de l'école de Chicago. Les modèles complémentaires et alternatifs qui ont été mis de l'avant contribuent à l'évolution de l'approche en matière d'intervention dans les marchés quoique, tout en ayant aidé à en enrichir les tenants et aboutissants, ils aient rendu l'analyse plus compliquée.

Nous présenterons en un premier temps les reproches formulés à l'encontre de l'approche de l'école de Chicago. Par la suite, nous élaborerons sur des modèles de comportement d'éviction qui ont été présentés par les économistes du courant post-Chicago.

Paragraphe 1: Les reproches formulés à l'encontre de l'école de Chicago

Les reproches que l'on observe le plus souvent à l'encontre de l'approche de l'école de Chicago peuvent être regroupés sous les deux affirmations suivantes :

- Le concept d'efficacité de l'école de Chicago est un concept trop limité pour apprécier l'importance et l'objet des lois *antitrust*
- Le modèle de l'école de Chicago est trop simpliste pour aborder les réalités du marché

Nous allons maintenant préciser tour à tour ces deux affirmations, conservant toujours à l'esprit notre objectif de poser les jalons pour indiquer de quelle façon l'intervention gouvernementale en matière de vente au détail de produits pétroliers au Québec est susceptible de trouver une explication économique.

Sous-paragraphe 1: Le concept d'efficacité est limité

Le livre de l'un des piliers de l'école de Chicago, Robert Bork, auquel nous avons fait référence plus haut⁴⁵ reflète éloquemment la difficulté qui a stimulé et qui continue à

⁴⁵ R. BORK, *op. cit.*, note 22.

stimuler la recherche consacrée aux lois *antitrust* : l'établissement des fondements de ces lois. Pour les raisons qu'il y expose, il est d'opinion que l'efficacité constitue la seule considération devant mener la politique de la concurrence. Certains ont prétendu que les lois *antitrust* pouvaient non seulement répondre à des objectifs d'efficacité, mais qu'elles pouvaient également servir d'autres objectifs.

Le concept d'efficacité de l'école de Chicago a été critiqué comme étant trop limité pour apprécier l'importance et l'objet des politiques *antitrust*. L'efficacité, telle que vue par les tenants de l'école de Chicago, ne tient pas compte de valeurs prisées par la société, mais qui ne se voient associer aucun impact dans le modèle. Par exemple, une société peut très bien associer une valeur à ce que l'environnement concurrentiel où œuvrent les entreprises ne soit pas concentré afin que le pouvoir politique découlant d'une éventuelle concentration soit diffus. Une société peut très bien associer une valeur à ce que les profits effectués soient réinvestis localement plutôt que d'être transférés à l'étranger. Ces valeurs n'entrent d'aucune façon en compte dans le modèle de l'école de Chicago.

L'identification de l'objectif à l'origine des lois *antitrust* est importante étant donné qu'elle conditionne l'appréciation de ce que peuvent et doivent accomplir ces lois. Conséquemment, la poursuite d'objectifs alternatifs ou complémentaires à celui de l'efficacité fait en sorte que l'on peut voir dans certaines interventions gouvernementales des vertus que ne reconnaîtraient pas les tenants de l'école de Chicago.

L'un de ces objectifs alternatifs à l'efficacité consiste en la prévention des transferts injustifiés de richesse entre les consommateurs et les monopoleurs⁴⁶. En d'autres termes, lorsque le monopoleur restreint la production et hausse son prix, il

⁴⁶ Robert H. LANDE, « Chicago's False Foundation : Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust », (1989) 58 *Antitrust Law Journal* 631; Robert H. LANDE, « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged », (1982) 34 *Hastings Law Journal* 65.

s'approprierait une partie du surplus du consommateur. La conséquence pratique de la formulation de l'objectif des lois *antitrust* est indéniable dans ce cas : l'objectif poursuivi est non plus de s'intéresser aux pertes sèches que subiront les consommateurs de par le comportement de certains joueurs du marché, mais plutôt la légitimité du transfert de richesse du consommateur au producteur.

Un autre de ces objectifs alternatifs consiste en la protection du processus de la concurrence. En d'autres termes, les lois introduisant une intervention sont là pour préserver un climat permettant aux diverses firmes de concurrencer au mérite, i.e. pour s'assurer que les règles du marché puissent pleinement fonctionner⁴⁷. Ainsi, une conduite affectant l'environnement concurrentiel peut en elle-même justifier un remède, même si elle n'affecte pas directement les consommateurs. Ce dernier objectif alternatif revêt une importance significative dans le cas des pratiques d'éviction. En effet, l'attention se déplace vers la protection des concurrents à l'encontre d'une conduite jugée indésirable.

Nous ne désirons pas élaborer plus amplement sur la question étant donné que nous serions appelé à déborder le cadre d'analyse économique que nous avons choisi pour apprécier l'intervention gouvernementale en matière de vente au détail de produits pétroliers. Ce qu'il faut retenir à notre avis est la tension qui existe entre l'utilisation d'un modèle économique uniquement centré sur une vision très limitée de l'efficacité et la richesse des enjeux qui peuvent susciter une intervention gouvernementale. Politiquement, la poursuite d'objectifs autres que celui d'efficacité peut à elle seule justifier l'intervention étatique dans certains marchés. La question en devient une de choix des valeurs à promouvoir. Néanmoins, et sans minimiser l'importance de ces enjeux, nous désirons nous concentrer sur les enseignements économiques qui nous permettront d'évaluer sur une base économique l'intervention gouvernementale. Ceci

⁴⁷ Eleanor M. FOX et Lawrence A. SULLIVAN, « Antitrust – Retrospective and Prospective : Where Are We Coming From? Where Are We Going? » (1987) 62 *New York University Law Review* 936, 959; John J. FLYNN, « Antitrust Policy and the Concept of a Competitive Process », (1990) 35 *New York Law School Law Review* 893.

étant dit, nous poursuivons en présentant le second ordre de critiques du modèle de l'école de Chicago.

Sous-paragraphe 2: Le modèle de l'école de Chicago est simpliste

Le second ordre de critiques du modèle de Chicago découle du fait que le modèle fait reposer des conclusions sur des principes économiques simplistes qui, aux yeux de certains, ne capturent pas les forces réelles du marché. Par exemple, le modèle économique néoclassique de l'offre et de la demande ne fait aucunement mention de variables de temps et d'espace. Dans la vie commerciale réelle, ces deux variables représentent des éléments clés qui conditionnent la concurrence dans le marché. Ce sont deux caractéristiques qui vont faire place à la richesse du comportement stratégique que les firmes adopteront les unes par rapport aux autres pour essayer de tirer leur épingle du jeu. Ce sont deux variables qui pourront également être exploitées pour s'adonner à des comportements anti-concurrentiels.

De plus, le modèle de Chicago suppose la possibilité de transactions qui ne coûtent rien. Telle n'est pas la réalité de la plupart des marchés. La mise en commun de deux parties pour les fins d'une transaction implique généralement un investissement. Par ailleurs, le modèle de Chicago présume faussement que l'information entourant les transactions est disponible et gratuite. Les marchés démontrent que, lorsque l'information existe, il en coûte quelque chose pour se la procurer.

L'école de Chicago est également accusée de s'en remettre de façon exagérée à la théorie économique plutôt qu'aux faits particuliers de chaque espèce afin de juger des situations⁴⁸. Cette critique voudrait que les modèles de l'école de Chicago la mènent à suspendre hâtivement l'analyse de certains phénomènes sur la foi qu'ils seraient irrationnels ou improbables. Suivant la critique formulée, il y aurait plutôt lieu de se

⁴⁸ À titre d'exemple, Lloyd CONSTANTINE, « An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics », (1989) 58 *Antitrust Law Journal* 661.

questionner au-delà du modèle pour constater ce qui se passe dans la réalité. Ce faisant, les comportements que l'on juge *a priori* improbables peuvent tout de même causer un certain souci et faire l'objet d'intervention lorsque l'on analyse de façon plus poussée et concrète les faits particuliers de chaque espèce⁴⁹.

Les critiques qui précèdent permettent de mettre en perspective le grand nombre d'écrits qui se sont consacrés à la description des pratiques de prix d'éviction. Il existe une gradation dans l'approche préconisée qui s'étend du scepticisme de l'école de Chicago face aux pratiques de prix d'éviction à l'énoncé de règles plus ou moins complexes qui modélisent les pratiques de prix d'éviction. Même Posner, l'un des barytons de l'école de Chicago, a tôt fait d'indiquer que, quelque irrationnelle et peu probable soit la pratique de prix d'éviction à première vue, il y avait néanmoins lieu de pourvoir à des règles qui proscrivent ce comportement⁵⁰. Les efforts qui se retrouvent dans la littérature consistent, d'une part, à établir ce qui constitue les comportements d'éviction et, d'autre part, à présenter des règles visant à les sanctionner.

Le compte-rendu qui suit illustre que la conduite d'éviction peut prendre diverses formes et que la tâche d'établir une règle adéquate pour identifier et contrecarrer cette conduite est complexe. Quoiqu'il en soit, en dressant ce compte-rendu, nous poursuivons le dessein d'expliquer plus amplement certaines évolutions théoriques sur les comportements d'éviction sur lesquelles nous prendrons appui lors de la discussion portant sur l'analyse de l'intervention du gouvernement québécois dans le marché de la vente au détail de produits pétroliers par la voie de l'imposition du prix plancher.

⁴⁹ Jonathan BAKER, « Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views », (1989) 58 *Antitrust Law Journal* 645.

⁵⁰ R. POSNER, *loc. cit.*, note 31, p. 939. Voir également Richard POSNER, *Antitrust Law : An Economic Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, p.187.

L'introduction d'un critère économique à l'analyse des conduites de prix d'éviction a eu lieu suite au travail des professeurs Phillip Areeda et Donald F. Turner⁵¹. Bien qu'il n'ait pas été formulé par des tenants de l'école de Chicago, le test Areeda/Turner tire son origine de la théorie de la fixation des prix que nous avons présentée plus haut. À toutes fins utiles, il aurait très bien pu être conçu par des tenants de l'école de Chicago⁵². Le test Areeda/Turner tente d'établir une relation entre le prix auquel une firme vend ses produits et les coûts qu'elle encourt pour les fabriquer. Suivant la théorie de la fixation des prix, une firme agissant de façon rationnelle ne vendra pas son produit à un prix inférieur au coût de production de ce produit. Elle devra fixer son prix ou ajuster son niveau de production de façon à ce que le prix soit égal ou supérieur au coût moyen de production. À court terme, ce principe implique qu'une firme ne devrait normalement pas vendre de produit à un prix inférieur au plus petit de ses coûts marginaux à court terme et de ses coûts totaux moyens à court terme.

Ayant cet exercice microéconomique à l'esprit, on peut comprendre les composantes du test Areeda/Turner qui se résument à ce qui suit :

- lorsqu'une firme occupant une position dominante sur le marché affiche un prix égal ou supérieur à ses coûts marginaux à court terme (dans la mesure où ils sont plus élevés que ses coûts totaux moyens), elle est présumée agir légalement⁵³;
- lorsqu'une firme vend à un prix au-dessous de ses coûts marginaux à court terme, elle est présumée agir avec un intention prédatrice sauf lorsqu'il existe

⁵¹ Le test Areeda/Turner a été introduit par l'article suivant : Phillip AREEDA et Donald F. TURNER, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », (1975) 88 *Harvard Law Review* 697.

⁵² D'ailleurs, Richard Posner a baptisé le test « d'essai sur la théorie des prix ». R. POSNER, *loc. cit.*, note 31.

⁵³ *Id.*, 709.

une forte demande ou un surplus de capacité qui justifierait de vendre à un prix sous les coûts marginaux⁵⁴;

- étant donné qu'il est difficile de quantifier les coûts marginaux à court terme, on peut substituer dans les deux énoncés précédents les coûts variables moyens, qui eux sont plus faciles à établir, aux coûts marginaux, faisant en sorte qu'un prix au-dessus des coûts variables moyens est légal et qu'un prix en dessous des coûts variables moyens est illégal⁵⁵.

Le test se fonde exclusivement sur la relation coût/prix pour discriminer le comportement prédateur de celui qui ne l'est pas. L'établissement des prix selon les coûts marginaux est une méthode bien connue en économie. Néanmoins, elle a suscité de sérieux débats par exemple dans les cas de monopoles réglementés où l'on s'est posé la question de savoir s'il fallait utiliser les coûts à court ou à long terme⁵⁶.

Le test Areeda/Turner a suscité plusieurs critiques⁵⁷. Ces critiques illustrent clairement qu'il n'est pas facile d'établir une règle susceptible d'être appliquée par les tribunaux afin de cerner le comportement. Aussi font-elles ressortir que la relation coût/prix qu'établit le test Areeda/Turner peut, dans certaines industries et dans certaines circonstances, ne pas capturer les situations qui mettent en jeu l'efficience.

⁵⁴ *Id.*, 712 et 713.

⁵⁵ *Id.*, 716 à 718; les professeurs Areeda et Turner ont modifié quelque peu l'approche initialement présentée dans leur article du *Harvard Law Review* en limitant la possibilité d'avoir recours aux coûts variables moyens à titre de substitut uniquement lorsqu'ils ne s'écartaient pas significativement des coûts marginaux à court terme.

⁵⁶ Voir par exemple, Anna P. DELLA VALLE, « Short-Run versus Long-Run Marginal Cost Pricing », *Energy Economics*, Octobre 1988, p. 283; Gunter SCHRAMM, « Marginal Cost Pricing Revisited », *Energy Economics*, Octobre 1991, p. 245.

⁵⁷ Pour un bon exposé des écrits critiquant le test Areeda/Turner voir : Donald G. McFETRIDGE, « Predatory Pricing in Canada : The Law and Economics », (1985) 63 *Revue du Barreau canadien* 685, ainsi que Joseph BRODLEY et George A. HAY, « Predatory Pricing : Competing Economic Theories and The Evolution of Legal Standards », (1981) 66 *Cornell Law Review* 738.

Les critiques ont soit formulé un test similaire au test Areeda/Turner en en modifiant certains éléments ou en ont simplement proposé un différent. Tous ces tests ont été élaborés principalement parce que leurs concepteurs estimaient que le test Areeda/Turner ne permettait pas de capturer l'essence de certains comportements stratégiques qui se déroulent sur une plus longue période que la période du court terme que suggère le test Areeda/Turner ou encore que la substitution des coûts marginaux à court terme par les coûts variables moyens était insatisfaisante⁵⁸.

Le tableau suivant a pour objet de présenter très succinctement les divers tests. Les modèles de ces auteurs, pour certains relativement complexes, ne peuvent évidemment pas être synthétisés sous forme de tableau sans pécher par l'ellipse. Qu'à cela ne tienne, nous nous sommes principalement concentrés sur la relation coût/prix de ces théories (deuxième colonne), présentant succinctement les éléments additionnels ou substituts de cette relation qu'introduit chacun des tests (troisième colonne).

⁵⁸ J. BRODLEY et G. HAY, *loc. cit.*, note 57, 754 à 756.

Tableau 4: Tableau des divers tests de prix d'éviction

Nom de l'auteur du test	Relation coût/prix prédateur	Éléments additionnels ou substitués à la relation coût/prix prédateur
Areeda/Turner ⁵⁹	<p>Un prix situé en deçà des coûts marginaux à court terme est prédateur dans la mesure où il ne peut pas se justifier par une forte demande ou un surplus de capacité.</p> <p>On peut substituer les coûts variables moyens aux coûts marginaux s'ils ne s'en écartent pas substantiellement.</p>	Aucun.
McGee ⁶⁰	Un prix situé en deçà du moins élevé des coûts marginaux à court terme et des coûts variables à court terme est prédateur.	Il faut qu'il y ait une preuve de l'intention ou de l'effet d'éviction. Le test ne s'applique pas en cas de promotion de nouveaux produits ou de produits discontinués.
Posner ⁶¹	Un prix à un niveau calculé pour exclure du marché un concurrent également ou plus efficace est prédateur. Ce prix est soit celui qui est en deçà des coûts marginaux à court terme soit celui qui est en deçà des coûts marginaux à long terme.	Dans le second cas, là où le prix est inférieur aux coûts marginaux à long terme, il faut que l'on prouve une intention d'évincer le concurrent.
Greer ⁶²	Un prix en deçà des coûts totaux moyens à titre d'approximation des coûts marginaux à long terme est	Une preuve substantielle d'intention prédatrice est nécessaire et une preuve de l'effet de réduction probable de la

⁵⁹ P. AREEDA et D. F. TURNER, *loc. cit.*, note 51.

⁶⁰ John S. MCGEE, « Predatory Pricing Revisited », (1980) 23 *Journal of Law and Economics* 289.

⁶¹ R. POSNER, *op. cit.*, note 47, pp. 184 à 196.

Nom de l'auteur du test	Relation coût/prix prédateur	Éléments additionnels ou substituts à la relation coût/prix prédateur
	prédateur.	concurrence serait désirable.
Zerbe/Cooper ⁶³	Un prix inférieur aux coûts totaux moyens, à hauts niveaux de production, est prédateur de même qu'un prix inférieur aux coûts variables moyens à tout niveau de production.	Le niveau de production est un facteur important pour évaluer la conduite d'éviction.
Joskow/Klevorick ⁶⁴	<p>Un prix en deçà des coûts variables moyens est prédateur.</p> <p>Un prix entre les coûts variables moyens et les coûts totaux moyens est présumé prédateur sujet à ce qu'une preuve de surcapacité soit faite pour repousser la présomption.</p> <p>Une réduction de prix suivie d'une augmentation de prix dans les deux années suivantes amène à une présomption de prix prédateur même si le prix est fixé au-dessus des coûts totaux moyens.</p>	<p>Une preuve de la structure monopolistique du marché est nécessaire et constitue une étape préalable au questionnement sur la relation coût/prix.</p> <p>La seconde étape préalable consiste à évaluer les barrières à l'entrée; plus les barrières à l'entrée sont élevées, plus la conduite prédatrice est probable.</p> <p>La troisième étape du test préalable tient à l'investigation des retards concurrentiels qu'encourt la firme dominante découlant principalement de la technologie; plus importants sont ces retards, plus suspects sera son comportement.</p>

⁶² Douglas F. GREER, « A Critique of Areeda and Turner 's Standard for Predatory Practices », (1979) 24 *Antitrust Bulletin* 233.

⁶³ Richard O. ZERBE et Donald S. COOPER, « An Empirical and Theoretical Comparison of Predation Rules », (1982) 61 *Texas Law Review* 655.

⁶⁴ Paul L. JOSKOW et Alvin A. KLEVORICK, « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », (1979) 89 *Yale Law Journal* 213.

Nom de l'auteur du test	Relation coût/prix prédateur	Éléments additionnels ou substituts à la relation coût/prix prédateur
Baumol ⁶⁵	Cette relation est non concluante.	S'il y a réduction de prix pour faire face à la concurrence ou pour éviter la pénétration de nouveaux entrants, il faut que le prix soit maintenu pendant une période de deux ans sauf si une augmentation des coûts de production survient, auquel cas le prix de vente devraient se trouver au niveau des coûts totaux moyens à long terme.
Williamson ⁶⁶	Cette relation est non concluante	Une firme qui, à l'orée de l'entrée d'un rival dans le marché augmente sa production et ne couvre pas ses coûts totaux moyens sur une période de 18 mois s'adonne à un comportement d'éviction.
Scherer ⁶⁷	Cette relation est non concluante.	En cas d'intervention gouvernementale, les firmes vont s'adapter et emploieront un comportement stratégique. Il faut regarder toutes les circonstances entourant la conduite du monopoleur et plus particulièrement s'il remplace la quantité de produits que ses rivaux fournissaient avant d'être évincés du marché et s'il investit pour bénéficier des économies d'échelle pour faire

⁶⁵ William J. BAUMOL, « Quasi-Permanence of Price Reductions : A Policy for Prevention of Predatory Pricing », (1979) 89 *Yale Law Journal* 1; voir également William J. BAUMOL, « Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test », (1996) 39 *Journal of Law and Economics* 49.

⁶⁶ Oliver E. WILLIAMSON, « Predatory Pricing : A Strategic and Welfare Analysis », (1977) 87 *Yale Law Journal* 284; Oliver E. WILLIAMSON, « Williamson on Predatory Pricing II », 88 (1979) *Yale Law Journal* 1183.

Nom de l'auteur du test	Relation coût/prix prédateur	Éléments additionnels ou substitués à la relation coût/prix prédateur
		face à sa demande nouvellement accrue. Si ce n'est pas le cas, alors la conduite peut en être une qui est prédatrice.

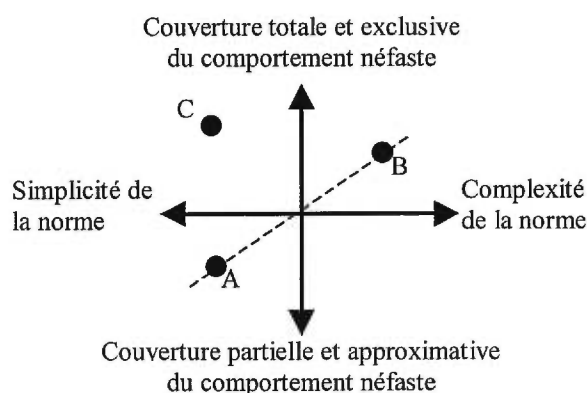
Le tableau 4 illustre le foisonnement des théories pour l'établissement des critères permettant d'établir le comportement prédateur. Ceci étant dit, il existe une quasi-unanimité entre les tenants des diverses théories voulant que, peu importe le test, la corrélation entre les coûts économiques et les coûts comptables qu'encourt une firme pour la fabrication de ses produits peut s'avérer fort difficile à établir. L'on se souviendra que dès l'expression du test Areeda/Turner, ses concepteurs ont émis la suggestion de substituer les coûts variables moyens aux coûts marginaux à court terme pour simplifier le calcul. Le problème qui surgit découle du fait que, d'une part, les coûts économiques sont des coûts prospectifs, i.e. qu'ils sont évalués au moment où le bien sera produit, et que, d'autre part, ils incluent des coûts qui ne se retrouvent pas dans forcément dans les états des résultats des entreprises. Par conséquent, quel que soit le test économique dont on se serve, il y aura une difficulté posée par l'interprétation des données comptables, qui une fois prouvées devant les tribunaux, ne demeurent qu'une piètre estimation dans certains cas des coûts économiques. Par ailleurs, la période de long terme et de court terme est difficile à trancher et amène à des jugements arbitraires sur le caractère variable de certains coûts.

⁶⁷ F. M. SCHERER, « Predatory Pricing and the Sherman Act : A Comment », (1976) 89 *Harvard Law Review* 869; F. M. SCHERER, « Some Last Words on Predatory Pricing », (1976) 89 *Harvard Law Review* 901.

De plus, l'économie reconnaît certains coûts que la comptabilité ne reconnaît pas. Tous les intrants nécessaires à la production d'un bien ou d'un service doivent être calculés pour établir les coûts associés à une telle production. L'économie procède par voie d'estimation de coûts d'opportunité. Il doit être inclus dans le calcul des coûts économiques la valeur attribuée à tout facteur de production dans sa meilleure utilisation alternative. Par exemple, l'utilisation du capital constitue invariablement un coût en économie. Le retour sur l'investissement auquel s'attendrait un investisseur en représente l'importance. Par opposition, lorsqu'un investisseur n'emprunte pas l'argent qu'il utilise pour les fins de son commerce, il n'apparaît pas à son état de résultats de coût relié à ce capital utilisé⁶⁸.

Nous constatons que les éléments qui s'ajoutent au test Areeda/Turner augmentent la complexité du critère juridique devant être appliqué. Cette complexité se traduit dans l'énoncé de la norme ainsi que dans son application. En fait, on pourrait illustrer l'apport des différents tests mis de l'avant par le diagramme suivant :

Figure 8: Graphique de la précision et la complexité de la norme



⁶⁸ Le test Areeda/Turner indique que le retour sur l'investissement fait partie des coûts qu'il faut considérer dans l'établissement des coûts. P. AREEDA et D. F. TURNER, *loc. cit.*, note 51, 700 et 705.

Le test Areeda/Turner pourrait se situer au point A du diagramme, là où la norme est relativement simple et où la couverture des situations à proscrire est la plus partielle. Les autres tests font en sorte que l'on s'éloigne graduellement du point A pour se rendre au point B, là où une norme plus complète est observée mais où le degré de complexité est accru. Il s'agit donc d'établir le juste équilibre entre la complexité de la norme et son étendue⁶⁹. La situation idéale, il va sans dire, est celle qui tend vers le point C. Dans le cas des prix d'éviction, il semble inévitable que plus l'on tente de préciser la norme et de la façonner pour couvrir l'ensemble adéquat des comportements répréhensibles plus l'on s'élève dans des niveaux d'abstraction qui sont mal adaptés aux instruments à la disposition des décideurs et à la procédure judiciaire contradictoire.

Tel que le soulignent avec à-propos les professeurs Brodley et Hay, l'établissement du test de conduite prédatrice est difficile du fait que l'on risque de commettre facilement l'une de deux erreurs, la première étant d'adopter un test trop permissif et la seconde étant de retenir un test trop inclusif :

« [I]n light of these factors, commentators are beginning to recognize that the choice among alternative rules should be based on a rough cost-benefit analysis because there is, thus far at least, no ideal predatory pricing rule. In practice, such an analysis must resolve two important issues: (1) whether predatory pricing behavior is likely to occur to some degree in the absence of any predatory pricing prohibition; and (2) which rule or rules are most cost effective in minimizing the sum of the two costs of error- error from underdeterred predation (under-inclusion) and error from overzealous prosecution and deterrence (over-inclusion). [...] »⁷⁰

Paragraphe 2: Autres formes de pratique d'éviction

Une partie significative des efforts scientifiques en matière de détermination des pratiques d'éviction ne figure pas au tableau 4. Certains auteurs ont cherché à modéliser

⁶⁹ D'ailleurs, les professeurs Areeda et Turner, en réponse à certaines des critiques les taxant d'avoir mis de l'avant un test qui ne couvrait pas suffisamment de situations où l'on pouvait conclure à une conduite de prix d'éviction ont répondu que la norme est la moins imparfaite des normes qu'ils aient pu trouver en restant conscients du danger de condamner des innocents.

⁷⁰ J. F. BRODLEY et G. A. HAY, *loc. cit.*, note 57, pp. 789 et 790.

des comportements d'éviction à partir d'assises plus étendues que celles de la théorie des prix⁷¹. Ces autres modèles ne proposent pas vraiment de test, mais tendent à démontrer que le comportement prédateur est plus probable que ne le suggère l'école de Chicago et qu'il peut prendre d'autres formes que des guerres de prix coûteuses et à grand déploiement⁷². Rappelons-le, l'école de Chicago avance qu'il est peu probable qu'une ou des firmes occupant une position dominante dans un marché puisse profiter à longue haleine de profits supra-concurrentiels; ces profits vont, de par leur seule existence, attirer des concurrents.

Imaginons l'hypothèse où une firme ou un ensemble restreint de firmes opèrent dans plusieurs marchés alors que leurs rivaux, eux, n'opèrent que dans un petit nombre de ces marchés. Qu'arrive-t-il si cette firme ou cet ensemble restreint de firmes abaisse significativement le prix de ses produits uniquement dans un nombre limité de marchés ayant pour objectif d'évincer des concurrents de ces marchés ou de discipliner ceux-ci pour qu'ils lui fassent une concurrence moins farouche? Ce comportement n'a pas affecté directement les concurrents des autres marchés non visés par l'affaissement des prix. Cependant, ces concurrents auront pu constater l'effet qu'a pu avoir la guerre de prix sur les rivaux de la ou des firmes dominantes et, à cause de l'intimidation, ils seront très réfractaires à se livrer à une concurrence aussi vigoureuse que celle à laquelle ils se seraient adonnés en d'autres circonstances. Suivant ce scénario, la firme dominante n'a pas à dépenser des sommes importantes dans tous les marchés pour profiter de façon viable de profits supra-concurrentiels. Elle compte sur sa réputation forgée dans un marché spécifique pour empêcher que ses concurrents actuels ne lui fassent une concurrence vigoureuse et que les entrants potentiels ne pénètrent le marché estimant

⁷¹ Certains des modèles relèvent de la théorie de jeux. Nous avons consulté à cet égard l'ouvrage général suivant : David M. KREPS, *Game Theory and Economic Modelling*, New York, Oxford University Press, 1990.

⁷² De façon générale, voir à ce sujet Alvin K. KLEVORICK, « The Current State of the Law and Economics of Predatory Pricing », (1993) 83 *Antitrust and Industrial Organization* 162.

qu'il pourrait être coûteux de ce faire. Il s'agit du modèle de l'éviction par l'érection d'une réputation de dur à cuire⁷³.

De plus, la pratique suivant laquelle des firmes bâtissent leur réputation de dur à cuire est susceptible de se retrouver dans des circonstances où les victimes potentielles n'ont pas les capacités financières suffisantes pour contrecarrer la manœuvre⁷⁴. Tel que le mentionne un auteur :

« If imperfections in the market for capital cause the prey to have less access to capital than the predator, then the predator may reasonably expect to use its 'deep pockets' in the traditional way to drive the prey to exit.

[...]

Post-Chicago economic theory also suggest that a search for white tigers – deep pocket predators – should be concentrated in industries in which potential victims have constrained access to new financing as a result of capital market imperfections, and in which entry by new competitors is unlikely. »⁷⁵

La réputation de dur à cuire peut s'acquérir de toutes sortes de façons. L'une d'entre elles consiste en l'annonce de campagnes de garantie de bas prix. Plusieurs auteurs américains se sont penchés sur la question de savoir si les politiques de garantie

⁷³ Ce scénario est modélisé dans les articles suivants : David M. KREPS et Robert WILSON, « Reputation and Imperfect Information », (1982) 27 *Journal of Economic Theory* 253, Paul MILGROM, « Predation, Reputation, and Entry Deterrence », (1982) 27 *Journal of Economic Theory* 280; David EASLEY, Robert T. MASSON et Robert J. REYNOLDS, « Preying For Time », (1985) 33 *The Journal of Industrial Economics* 445; Balder VON HOHENBALKEN et Douglas S. WEST, « Empirical Tests for Predatory Reputation », (1986) 19 *Revue canadienne d'économique* 160; Garth SALONER, « Predation, Merger and Incomplete Information », (1987) 18 *Rand Journal of Economy* 165. Nous nous devons de souligner l'ouvrage de John R. LOTT Jr., *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, pp. 18 à 27, où l'auteur remet en question certaines prémisses du modèle de comportement prédateur par la voie de la réputation de dur à cuire. Néanmoins, cet ouvrage ne permet pas de rejeter d'emblée ces modèles.

⁷⁴ Patrick BOLTON et David S. SCHARFSTEIN, « A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting », (1990) 80 *American Economic Review* 93.

⁷⁵ Jonathan B. BAKER, « Predatory Pricing After *Brooke Group* : An Economic Perspective », (1994) 62 *Antitrust Law Journal* 585, 592.

des plus bas prix avaient des impacts anticoncurrentiels⁷⁶. Une campagne par laquelle on annonce publiquement que l'on va égaler le prix de la concurrence peut avoir des effets anticoncurrentiels. L'effet premier est évident : il sera de réduire la volonté que les rivaux auront de réduire les prix parce la réduction de prix ne sera d'aucune façon accompagnée d'une augmentation du volume des ventes étant donné que le prix sera égalé⁷⁷. L'effet encore plus dévastateur découle du fait que, de façon tout à fait artificielle, il est possible pour certains joueurs dominants de maintenir des prix relativement élevés sans attirer de nouveaux entrants malgré de faibles barrières à l'entrée. Tous les acteurs du marché, petits comme gros, suivent ces prix parce qu'ils n'ont d'autre choix que de le faire.

Le parallélisme conscient des prix découlant des campagnes de garantie de bas prix n'implique aucune collusion entre les acteurs et donc implique qu'on ne peut pas agir en se fondant sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Tel que l'explique le professeur Edlin en discutant des lois américaines applicables dans de telles circonstances:

« Suppose that, whenever one firm lowers prices, its rivals react without any agreement by simultaneously lowering their prices by just enough to maintain market share : in other words, by matching price drops. Under this scenario, there will not be an agreement on which to hang a section I attack because these policies are being pursued wholly unilaterally, nor will there be price discrimination attack under section 5 of the FTC Act or the Robinson-Patman Act. Yet, in principle, such 'threat-based' matching policies can maintain high prices without the need for complex supergame strategies. »⁷⁸

⁷⁶ Aaron S. EDLIN, « Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, And Can Antitrust Rise To The Challenge? », (1997) 111 *Harvard Law Review* 529; Mark T.L. SARGENT, « Economics Upside-Down : Low-Price Guarantees as Mechanisms for Facilitating Tacit Collusion », (1993) 141 *University of Pennsylvania Law Review* 2055; Ian AYRES, « How Cartels Punish : A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion », (1987) 87 *Columbia Law Review* 295.

⁷⁷ A. S. EDLIN, *loc. cit.*, note 76, p. 536.

⁷⁸ *Id.*, p. 567.

Les politiques de garantie des plus bas prix n'entrent facilement dans l'analyse des marchés suivant le modèle de Chicago où il n'est pas tenu compte du comportement stratégique des firmes. Tel que l'explique le professeur Edlin :

« High prices are inherently unstable when they are sustained only by collusive agreement : high prices invite entry, and, as firms become too numerous, agreements become unworkable whether they are tacit or explicit. Price matching, in contrast, can maintain high prices even when barriers to entry are low. It thus has the potential to upset competitive markets in more settings than the traditional targets of antitrust : cartels and monopolies. »⁷⁹

Il poursuit plus loin en disant que :

« Price matching thus undermines the two natural incentives for low prices in healthy markets : the incentive to undercut rivals to get their business, and the disincentive to charge more than rivals for fear of losing customers. »⁸⁰

Les efforts d'économistes du courant post-Chicago enseignent également que l'exclusion de certaines firmes d'un marché peut se faire en assortissant d'autres moyens à ces pratiques de prix. L'augmentation des coûts des rivaux constitue l'un de ces autres moyens. Compte tenu du développement qui suivra un peu plus loin où nous analyserons la *LPEP* et la *LRE*, nous allons nous attarder un peu sur ce type de comportement stratégique.

L'augmentation des coûts des rivaux est une façon insidieuse de voir à ce que les concurrents ne puissent pas demeurer sur le marché. Ce comportement a plus de chances

⁷⁹ *Id.*, p. 538; le professeur Edlin mentionne également avec justesse que l'école de Chicago voit dans la mission que les lois *antitrust* doivent poursuivre l'élimination de l'inefficience d'allocation par opposition à l'inefficience de production. Selon l'école de Chicago, le simple jeu de la concurrence s'occupe adéquatement à discipliner la firme qui ne produit pas à des coûts qui lui permettent de demeurer en vie. Le modèle présenté tient donc plus des tenants du courant post-Chicago. En effet, l'inefficience observée ne tient pas réellement d'une situation monopolistique classique mais plutôt d'un comportement stratégique qui fait en sorte que les prix dans un secteur économique sont élevés ce qui pourrait avoir pour conséquence de faire en sorte que des coûts moyens élevés soient observés dans ce secteur ... soit une inefficience de production.

⁸⁰ *Id.*, p. 542.

de s'observer que la pratique de prix d'éviction classique⁸¹. La stratégie est plus profitable et moins risquée en ce qu'elle ne nécessite pas forcément de faire les investissements dans une période plus ou moins longue de vente à perte⁸². Également, on peut l'observer dans des marchés où les barrières à l'entrée sont moins élevées que celles requises pour la pratique classique d'éviction. En fait, l'un des avantages les plus significatifs d'augmenter les coûts des rivaux réside dans la subtilité du processus.

L'augmentation des coûts des rivaux peut prendre toutes sortes de formes. Le commun dénominateur résulte de l'asymétrie de l'impact du moyen déployé pour faire augmenter ces coûts. Par exemple, un lobby ayant pour objet d'instaurer des nouvelles normes environnementales s'appliquant à toute une industrie peut avoir cet effet. Le respect de la norme peut impliquer le même investissement pour chacun des concurrents mais, la valeur relative de l'investissement pour les uns et pour les autres peut différer et en placer certains, généralement les plus petits, en situation désavantageuse. On peut également imaginer le lancement d'une campagne publicitaire par des joueurs dominants d'une industrie qui doit être contrecarrée par une campagne aussi coûteuse des autres joueurs plus petits du marché s'ils désirent y rester. Les dépenses sont relativement plus coûteuses pour ces derniers étant donné qu'elles sont absorbées par un volume de vente moins grand.

À cet égard, le professeur Hovenkamp note avec raison que l'on pourrait opposer l'argument que le déséquilibre créé n'est que le résultat du jeu de la concurrence qui se traduit par des économies d'échelle. Cependant, la réponse à cette opposition est la suivante : le comportement stratégique mène parfois à effectuer des dépenses qui ne devraient pas être encourues.

⁸¹ H. HOVENKAMP, *loc. cit.*, note 30, p. 275.

⁸² Steven C. SALOP et David T. SCHEFFMAN, « Cost-Raising Strategies », (1987) 36 *Journal of Industrial Economics* 19; pour une description de ce comportement issu d'une situation réelle, voir Elizabeth GRANITZ et Benjamin KLEIN, « Monopolization by "Raising Rivals' Costs" : The Standard Oil Case », (1996) 39 *Journal of Law and Economics* 1.

« Furthermore, to concentrate on economies of scale in the above examples misses the point. A cost is a cost, no matter how efficient the firm that pays it. In the above cases the market would be more competitive if the cost at issue did not have to be encountered *at all*. That is, the relevant issue is not who is the most efficient payer of these particular costs, but whether the costs would exist at all in a competitive market. »⁸³

La stratégie d'augmentation des coûts des rivaux est loin d'être anodine et peut causer un certain souci vu les pertes pouvant en découler. Tel que l'explique le professeur Hovenkamp :

« Since a relatively small amount of scholarship and virtually no litigation has been devoted expressly to the problem of raising rival's costs, it is difficult to say how often the strategy is pursued by dominant firms or groups of firms, or what its welfare effects are. *It is quite plausible, however, that the strategy is both common and quite harmful to consumer welfare. In that case, it should be an antitrust concern.* »⁸⁴ (nos italiques)

Ceci conclut notre revue des enseignements du courant post-Chicago. Dans la présente section, nous avons pu constater qu'il existe un courant relativement important de scepticisme entourant la possibilité de pratiques de prix d'éviction et des inefficiences qui peuvent en résulter, ce qui mène même certains à conclure qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper du comportement. C'est ce que nous enseigne l'école de Chicago. Cette vision a pour conséquence de mettre au défi quiconque veut trouver une explication économique à une intervention destinée à enrayer de telles pratiques. Le défi est d'autant plus important qu'il est fort difficile de démontrer avec un degré raisonnable de certitude l'importance des pertes qu'engendrent ces pratiques d'éviction de même que les coûts associés à une intervention dans le marché. En d'autres termes, il est difficile de quantifier les termes l'inéquation à laquelle nous avons fait référence précédemment lorsqu'il fut question du critère Kaldor-Hicks.

Néanmoins, l'abondance de la doctrine où l'on tente d'énoncer des normes de conduite visant à enrayer les comportement d'éviction suggère qu'il y a tout de même lieu de s'en préoccuper. Cette doctrine laisse souvent ouverte la question de la fréquence

⁸³ *Id.*, p. 279.

⁸⁴ H. HOVENKAMP, *loc. cit.*, note 30, p. 274.

et de la magnitude des pratiques de prix d'éviction. Le calcul est trop complexe pour prétendre parvenir à une évaluation rigoureuse. Ce calcul est rendu d'autant plus difficile par la variété de formes que peut prendre le comportement d'éviction, lesquelles formes peuvent être intimement liées au marché sous étude. Malgré tout, lorsque l'on se penche sur les caractéristiques propres au marché étudié, il est possible de constater que des comportements anticoncurrentiels peuvent avoir cours. C'est ce que nous enseigne le courant post-Chicago.

À notre avis, certains facteurs économiques propres au marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers pourraient expliquer l'intervention gouvernementale. C'est à partir d'une étude qui relève plutôt du courant post-Chicago que l'on peut espérer trouver une explication économique à cette intervention. Le lecteur aura constaté que nous avons abordé certains thèmes lors de la revue de la littérature du courant post-Chicago comme celui des politiques de bas prix et de l'augmentation des coûts des rivaux. Sans trop devancer notre propos, nous pouvons indiquer à ce stade-ci que ces thèmes seront utiles lors de l'analyse des pratiques qui ont cours sur le marché dont entre autre le programme Valeur Plus d'Ultramar. Ayant posé les jalons doctrinaux de l'analyse économique de l'intervention gouvernementale dans les marchés, nous pouvons maintenant appliquer ces principes économiques au régime de prix plancher créé par la *LRE* et la *LPEP*.

Chapitre 3: L'application des principes économiques au régime de prix plancher créé par la *LRE* et à la *LPEP*

Fort des enseignements des diverses écoles de pensée en matière d'intervention gouvernementale sur les marchés, nous pouvons maintenant aborder l'analyse du prix plancher instauré par la *LRE* et de la *LPEP*. Nous avons choisi d'articuler cette analyse en adaptant au domaine pétrolier les principes économiques que nous avons abordés au chapitre précédent. Pour les fins de la clarté de notre exposé, ces principes ont été regroupés sous les trois propositions suivantes qui constitueront les thèmes de chacune des sections composant ce chapitre:

- Si l'on s'en remet à la théorie économique néoclassique, le comportement d'éviction ne devrait pas se rencontrer de façon fréquente et, conséquemment, il n'y a pas lieu d'y consacrer de sérieux efforts pour tenter de l'enrayer.
- De plus, il existe des dangers à tenter de réglementer le marché pour essayer d'éviter des pratiques de prix d'éviction.
- Cependant, le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers offre des possibilités de pratiques d'éviction qui peuvent justifier une intervention gouvernementale.

Cette façon de diviser l'analyse découle en fait des trois écoles de pensée. Le lecteur aura reconnu un peu de l'école de Chicago dans le premier énoncé, un peu de l'école du *public choice* dans le deuxième et finalement un peu du courant post-Chicago dans le troisième.

Section 1: Le caractère exceptionnel du comportement d'éviction

En adoptant l'approche économique néoclassique de Chicago, l'intervention du gouvernement québécois qui a mené à l'imposition d'un prix plancher est mal avisée. La rareté du comportement d'éviction ne justifierait pas que l'on y consacre des efforts aussi importants que de créer une régie qui tient annuellement des audiences pour évaluer les pratiques de prix dans le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers.

Rappelons les principes sur lesquels repose une telle affirmation. L'important, du point de vue du consommateur, n'est pas l'éviction de certains des détaillants du marché mais plutôt les profits supra-concurrentiels qui pourraient suivre une telle éviction. La stratégie d'éviction, si elle était poursuivie par les pétrolières majeures serait extrêmement coûteuse et hasardeuse. Qui plus est, la présence au Québec de quatre pétrolières majeures dans un marché à maturité fait en sorte que l'on ne peut pas présumer que l'éviction des détaillants indépendants serait suivie à coup sûr d'une période de gavage, où les marges au détail seraient relativement élevées. Le cartel des pétrolières majeures, s'il devait se former, serait instable étant donné que chaque membre du cartel aurait un incitatif naturel à vouloir tricher. Les tentatives de circonvenir aux règles du cartel se multiplieraient, rendant peu probable le succès de la manœuvre d'éviction.

Au demeurant, les profits supra-concurrentiels serviraient d'aimant à l'entrée de nouveaux joueurs. D'ailleurs, les barrières à l'entrée dans le domaine de la vente au détail de produits pétroliers seraient relativement faibles. Quiconque pourrait, en théorie, construire une essencerie et concurrencer. Ainsi, la menace de l'entrée de nouveaux concurrents à elle seule est susceptible de discipliner le marché afin que les prix des produits pétroliers demeurent à un niveau raisonnable, advenant la disparition de certains détaillants.

Toujours suivant l'approche de Chicago, la disparition de ces détaillants pourrait être salubre en ce que les économies d'échelle qui en résulteraient, i.e. les gains de productivité, pourraient partiellement ou entièrement compenser les profits supra-concurrentiels. Par exemple, si la consolidation du marché amène, par la voie de ces économies d'échelle, à réduire les coûts d'exploitation moyens et pondérés⁸⁵ de l'industrie de 5¢/l à 3¢/l et que les marges de détail augmentent de 1¢/l suite à la

⁸⁵ La pondération à laquelle nous référons est en termes de volume écoulé par chacun des joueurs du marché.

consolidation de l'industrie, alors la société sortirait gagnante de la consolidation, toutes autres variables étant égales par ailleurs.

Un article du professeur Thomas J. DiLorenzo incarne la perspective des tenants de l'école de Chicago en matière d'intervention dans le domaine de la vente de produits pétroliers⁸⁶. Aux États-Unis, les interventions ont pris principalement l'une de deux formes : celle qui limite la possibilité pour les compagnies verticalement intégrées de faire le commerce au détail de produits pétroliers de même que le raffinage (les lois dites de type *divorcement*) et celle qui limite la possibilité pour tous les détaillants de produits pétroliers de fixer librement leurs prix, et en particulier afin d'éviter des prix trop bas (les lois dites de type *below-cost*⁸⁷). La *LPEP* se rapproche des lois de type *below-cost*. En se basant sur l'argumentaire développé par le professeur John McGee dans un célèbre article qui analyse et rejette les accusations de pratique d'éviction portées à l'encontre de Standard Oil et de John D. Rockefeller⁸⁸, le professeur DiLorenzo indique que la pratique d'éviction est coûteuse, hautement incertaine quant à ses résultats, qu'elle présume erronément de la disponibilité de fonds suffisants pour s'adonner à une telle pratique et qu'elle ne tient pas compte de la possibilité que le marché offre des options qui mettraient à néant les efforts du prédateur. Pour ces raisons, il n'y a pas lieu, selon le professeur DiLorenzo, d'intervenir de quelque façon que ce soit pour tenter de les enrayer.

⁸⁶ T. J. DILORENZO, *loc. cit.*, note 34; voir également l'exposé qui conclut à la rareté des pratiques d'éviction dans John M. BARRON, Mark A. LOWENSTEIN et John R. UMBRECK, « Predatory Pricing : The Case of the Retail Gasoline Market », (1985) 3 *Contemporary Policy Issues* 131.

⁸⁷ L'Arkansas, la Californie, le Colorado, Hawaï, l'Idaho, le Kentucky, la Louisiane, le Maryland, le Massachusetts, le Minnesota, le Montana, le Nebraska, la Caroline du Nord, le Dakota du Nord, l'Oklahoma, le Rhode Island, la Caroline du Sud, le Tennessee, le Utah, le Washington, la Virginie de l'Ouest, le Wisconsin, le Wyoming, l'Alabama, le Colorado, la Floride, le Missouri et le New Jersey ont des lois de type *below-cost*, tel que le rapporte Terry CALVANI, « Les prix d'éviction et les lois des états sur la vente sous le prix aux États-Unis », 25 février 1999, dans une étude préparée pour le Bureau de la concurrence, au texte accompagnant les notes de fin de texte numérotées 60 et 61.

⁸⁸ J. McGEE, *loc. cit.*, note 34.

De plus, indique-t-il, la décision d'un concurrent de réduire son prix en deçà de son coûtant peut s'expliquer par des réalités commerciales qui n'ont que très peu à voir avec l'éviction mais plus à voir avec l'exercice de forces concurrentielles :

« Competition provides numerous reasons for price cutting. Sellers may be meeting their competitors' price cuts. They may be perishable or obsolescent and must therefore be sold at any price to avoid losses. The seller may have built a large-capacity plant that is more efficient because of higher volume; he charges low prices to stimulate demand, as did Henry Ford. Or there might be excess capacity in the market that prompts the seller to charge a price that minimizes losses until demand increases again. »⁸⁹

Les tenants de l'école de Chicago ajouteront également l'argument voulant que si l'on admet, pour les fins de discussion, que certaines pétrolières majeures contrôlent le marché de gros, il serait illogique pour elles de se livrer à une guerre pour contrôler également le marché de détail⁹⁰. Elles auraient plutôt intérêt à s'assurer que le marché de détail - là où il est théoriquement plus facile d'entrer compte tenu de l'investissement requis - est concurrentiel afin de neutraliser le pouvoir de négociation que pourrait développer certains détaillants devenus trop imposants.

Le professeur DiLorenzo conclut son article de la façon suivante :

« The government's alleged right to tell citizens how they may use their legally and peacefully acquired property, and at what prices they may sell it, should be questioned. The question is, what right does government have to interfere with a business person who is striving to earn a living by cutting, raising, or maintaining stable prices? Are private property and individual freedom of choice desirable social institutions, or aren't they? To advocate a law regulating or eliminating « predatory » price cutting is to answer that question in the negative: Any proposal to interfere with voluntary market pricing arrangements is simply a denial of the legitimacy of private property rights and individual freedom of choice. From a natural rights perspective, laws designed to regulate predatory pricing - or any kind of pricing - are improper. »⁹¹

⁸⁹ T. J. DiLORENZO, *loc. cit.*, note 34, p. 6.

⁹⁰ J. M. BARRON, M. A. LOWENSTEIN et J. R. UMBRECK, *loc. cit.*, note 86, p. 135.

⁹¹ T.J. DiLORENZO, *loc. cit.*, note 34, p. 13.

À la lumière de ce qui précède, les tenants de l'école de Chicago seront tentés de conclure que la réglementation du marché de produits pétroliers au Québec est à tout le moins hâtive et qu'elle s'attaque à un problème éventuel et peu probable. Les circonstances justifiant une intervention eurent été celles où serait démontrée la présence de profits supra-concurrentiels. La réponse à une telle situation serait l'imposition d'un prix plafond, mais ne serait en aucun cas l'imposition d'un prix plancher. Conséquemment, l'intervention gouvernementale qui a pris la forme de la *LRE* et de la *LPEP* se voudrait dans la perspective de l'école de Chicago un coup d'épée dans l'eau, un effort injustifié pour enrayer un problème qui n'en est pas. Certains préconiseront l'approche qu'il vaut mieux laisser le marché voler de ses propres ailes et, au pire, intervenir si les prix deviennent trop élevés. Ils invoqueront l'article 68 de la *LPEP* qui donne ce pouvoir au gouvernement :

« 68. Lorsqu'il est d'avis que l'intérêt public l'exige, le gouvernement peut déterminer par décret le prix maximum auquel peut être vendu ou distribué un produit pétrolier.

Ce décret peut porter sur: 1° un ou plusieurs produits pétroliers; 2° le prix ou ses composantes, à l'exception de celles se rapportant aux droits ou taxes imposés en vertu d'une loi du Parlement du Canada; 3° sur l'ensemble ou sur une partie du territoire du Québec. »

Dans son article, le professeur DiLorenzo tente d'expliquer en cinq propositions la raison pour laquelle la question de pratique de prix d'éviction fait encore l'objet d'analyse et de débats malgré le fait que la science économique ait rejeté selon lui la probabilité que de tels comportements se rencontrent : 1) les litiges où des pratiques de prix d'éviction sont alléguées mettent en jeu des sommes importantes, 2) la pratique de prix d'éviction qui, en première analyse, semble plausible laisse place à de la démagogie politique, 3) les groupes de pression utilisent l'arme de l'allégation de pratiques de prix d'éviction pour promouvoir une intervention accrue des instances gouvernementales dans le marché, 4) les allégations de pratique de prix d'éviction représentent un outil de choix pour les entreprises qui ne veulent pas suivre leurs concurrents qui abaissent les prix et 5) les économistes qui acceptent la possibilité de pratique de prix d'éviction se basent sur

des modèles abstraits qui ne se voient pas confortés par l'expérience⁹². Les affirmations illustrent la complémentarité entre l'approche de Chicago et celle du *public choice* : là où certaines entreprises ont un enjeu financier concentré et important et que des conclusions économiques sont ambiguës, il existe un marché où les politiciens vont agir en échange d'un appui électoral. Ceci nous amène à aborder la deuxième section qui traite des dangers de la réglementation des marchés.

Section 2: Les dangers de la réglementation des marchés

Un marché libre et concurrentiel conduit généralement à des résultats efficaces. Voilà la prémisse de base sur laquelle repose l'approche de Chicago. Par ailleurs, l'approche de Chicago de même que celle du *public choice* enseignent que si le marché ne parvient pas de lui-même à un résultat efficace, l'intervention gouvernementale n'est pas en soi un gage de succès qui améliorera les choses. Il existerait donc des dangers à tenter de réglementer le marché pour essayer d'enrayer des pratiques de prix d'éviction.

Les trois dangers associés à l'imposition d'un prix plancher auxquels il est le plus souvent fait référence sont les suivants : l'élimination de la possibilité de bas prix et de la vivacité de la concurrence, le maintien sur le marché de concurrents inefficaces et le découragement de l'innovation. Nous traiterons spécifiquement de ces dangers dans la première sous-section. Nous verrons qu'il faut apprécier avec précautions les conclusions qui reposent sur ces dangers potentiels étant donné qu'elles peuvent être guidées non pas par des démonstrations économiques probantes, mais plutôt par des intérêts de nature politique qui se cachent derrière ces conclusions, un peu comme nous l'enseigne l'école du *public choice*.

Quoiqu'il en soit, ces dangers étant tout de même réels, il nous a semblé naturel d'évaluer la place qu'ils ont occupée dans l'appréciation par les tribunaux des conduites

⁹² *Id.*, p. 2.

d'éviction. La seconde sous-section est, par conséquent, consacrée à illustrer comment les tribunaux américains et canadiens ont érigé des critères qui tiennent compte de ces dangers. Nous verrons que ces critères témoignent d'une réelle appréhension.

Sous-section 1: La description et manipulation des dangers de l'intervention dans les marchés

Le premier danger consiste en ce que le consommateur pourrait se voir empêcher de bénéficier des bas prix et de la vive concurrence qu'aurait pu lui offrir le marché. Par l'imposition d'un prix plancher, il existerait un risque que certains des concurrents soient empêchés d'offrir au consommateur des prix qui reflèteraient un réel avantage de coûts. Il pourrait exister des circonstances faisant en sorte que pendant des moments de l'année, il serait avantageux de vendre les produits pétroliers avec des marges réduites pour ensuite les augmenter.

Par ailleurs, l'imposition d'un prix plancher qui, en principe, ne varie qu'annuellement empêcherait aux détaillants de fixer adéquatement les prix pour tenir compte d'une série de facteurs de production. On empêcherait non seulement d'abaisser le prix mais on risquerait de le faire augmenter par le simple fait qu'un prix trop élevé ne conduirait pas à une production efficiente. En effet, il serait possible d'assister à l'envoi de signaux économiques d'accroissement de production alors que le marché ne serait pas prêt à absorber le produit. Il s'ensuivrait une surproduction qui devrait être stockée et qui ferait encourir des coûts additionnels.

Le deuxième danger découlerait de la probabilité que le prix plancher ne permette pas l'exclusion du marché des joueurs moins efficaces. La difficulté de déterminer avec un degré adéquat de précision la mesure du prix plancher serait la principale responsable de l'entrée en jeu de ce danger. S'il est trop élevé, le prix plancher aura pour effet de neutraliser la pression à la baisse sur les prix qui aurait normalement été observée sur le marché. L'environnement concurrentiel a cet avantage que les joueurs inefficaces s'en

voient évincés naturellement par les forces du marché. En maintenant artificiellement une marge par le biais d'un prix plancher, on courrait le risque d'encourager à demeurer sur le marché les joueurs inefficaces qui normalement s'en verraient expulsés. De plus, le volume de produits pétroliers qu'écoulent ces détaillants inefficaces ne serait pas redistribué à d'autres détaillants plus efficaces qui pourraient bénéficier d'économies d'échelle additionnelles. Pour la société, cela emporterait la conséquence suivante : les produits pétroliers seraient commercialisés à un coût qui n'est pas optimal. Cette situation ne serait pas efficiente.

Le découragement de l'innovation représenterait le troisième danger. Se voyant imposer un prix plancher, certaines entreprises pourraient très bien décider que ça ne vaut pas la peine d'innover étant donné que le fruit de cette innovation ne pourrait pas en tout ou en partie se traduire par de plus bas prix offerts aux consommateurs. L'innovation aurait pu permettre de réduire les coûts de production ou d'offrir un service qui répondrait davantage aux besoins des consommateurs.

Ces dangers sont des facteurs négatifs qui découlent directement de l'intervention dans le marché. Leur impact concret est difficile à évaluer. La logique commanderait de comparer la situation antérieure à l'intervention à la situation postérieure pour tenter de les soupeser. Cependant, il est difficile d'évaluer avec un quelconque degré de précision l'effet d'une mesure législative sur le degré d'innovation, sur le rythme d'exclusion de certains joueurs du marché ou encore sur l'existence de profits supra-concurrentiels. Par ailleurs, comment peut-on évaluer l'effet réel qu'a l'imposition d'un prix plancher sur les prix du marché étant donné que cette mesure se fait souvent à titre curatif. Une hausse des prix qui suivrait l'imposition d'un prix plancher n'est pas en soi incompatible avec le succès à moyen et à long terme de l'imposition de ce mécanisme.

Quoiqu'il en soit, certaines études ont tenté d'évaluer l'impact de lois de type *divorcement* et de type *below-cost* sur divers marchés américains⁹³. Terry Calvani a présenté au Bureau de la concurrence en février 1999 une étude qui traite des lois étatiques américaines de type *below-cost*. Il y analyse sommairement ces lois étatiques et conclut ce qui suit :

« D'après les publications économiques, les lois relatives à la vente au détail d'essence sous le prix coûtant ont entraîné une hausse des coûts pour les consommateurs. Curieusement, ces lois ne semblent pas avoir permis aux détaillants indépendants de réaliser des profits plus élevés ou d'acquiescer plus de stabilité. Il appert donc qu'elles engendrent des coûts pour les consommateurs sans qu'aucun avantage n'en découle pour les canaux de distribution qu'elles visent à protéger. »⁹⁴

Parmi les publications économiques sur lesquelles se fonde Monsieur Calvani pour tirer sa conclusion, se retrouve une série d'articles écrits pour le compte de l'*American Petroleum Institute (API)*⁹⁵. L'API est un organisme équivalant à l'Institut canadien de produits pétroliers. Il est essentiellement un regroupement de pétrolières majeures. À ce même titre, certaines autres études, celles-là influencées par la vision des détaillants indépendants existent et concluent autrement. Par exemple, une étude de 1991 du groupe *Citizen Action* prétend, en se fondant sur des données économiques recueillies sur une période de 10 ans, que dans les marchés où il y a plus de concurrents – des détaillants et distributeurs indépendants – les prix ont été inférieurs que dans les

⁹³ Voir à titre d'exemple Rod W. ANDERSON et Ronald N. JOHNSON, « Antitrust and Sales-Below-Cost Laws : The Case of Retail Gasoline », (1998) *Review of Industrial Organization* 1 (les auteurs concluent à partir d'une analyse économétrique que les lois de type *below-cost* ont eu pour effet de faire augmenter les marges de détail dans certaines villes américaines); Robert N. FELINI et William C. LANE, « Thou Shalt Not Cut Prices! : Sales-Below-Cost Laws for Gas Stations », *AEI Journal on Government and Society*, septembre/octobre 1985 (les auteurs présentent eux aussi les résultats d'une étude économétrique qui les mène à conclure que les lois de type *below-cost* font en sorte que les prix de l'essence sont plus élevés).

⁹⁴ T. CALVANI, *loc. cit.*, note 87.

⁹⁵ Voir entre autre E. SAVVIDES-GELLERSON, *The Effects of State 'Below-Cost' Selling Laws on Retail Prices of Motor Gasoline*, API Research Study 043 (1987); HOGARTY, *The Consumer Impacts of Mandatory Markup Laws & Related Restrictions*, API Research Study, 1984; Rayola DOUGHER et Thomas F. HOGARTY, *The Impact of State Legislation On The Number Of Retail Gasoline Outlets*, API Research Study 062, octobre 1991 (où l'on conclut que les lois protégeant les détaillants indépendants n'ont pas eu l'effet escompté sur le maintien des indépendants sur les marchés étudiés.).

marchés où les pétrolières majeures contrôlent une part importante de la vente en gros ou de la vente au détail de l'essence⁹⁶. Une autre étude de Monsieur Tim Hamilton analyse l'impact du niveau de concentration dans l'industrie pétrolière au sud-ouest des États-Unis⁹⁷. En se basant sur l'expérience de Los Angeles, San Diego, Las Vegas et Phoenix, Monsieur Hamilton établit une relation entre les prix plus élevés que paient les consommateurs et le degré de concentration de l'industrie⁹⁸.

Les commentaires mentionnés ci-haut poursuivent la fin suivante : mettre en garde contre une adoption non nuancée des diverses études qui peuvent être télécommandées par des groupes de pression. L'influence de ces groupes de pression, comme l'enseigne l'école du *public choice*, est à craindre et le commentaire vaut tant pour les pétrolières majeures que pour les pétrolières indépendantes. En effet, si pour les uns (les détaillants indépendants) il semble naturel de requérir une intervention gouvernementale qui empêche les ventes sous le prix coûtant, il peut sembler incongru que pour les autres (les pétrolières majeures) une telle intervention soit reçue avec une farouche opposition⁹⁹. Quel est l'intérêt que poursuivent les pétrolières majeures en s'opposant à cette intervention? Si l'imposition d'un prix plancher devait conduire à l'établissement de marges d'exploitations garanties pour tous les détaillants, efficaces

⁹⁶ CITIZEN ACTION, *Destroying Competition and Raising Prices : How Big Oil Has Taken Control of America's Gasoline Markets*, septembre 1991, p. 3; il nous faut mentionner que cette étude a fait l'objet de critiques entre autre quant aux méthodologie et données employées dans un document préparé par Edward W. ERICKSON et Craig M. NEWMARK, *Competition Is Alive and Well In The Gasoline Marketing : A Critique Of Destroying Competition And Raising Prices*, Janvier 1992.

⁹⁷ Tim HAMILTON, *The Evolution Of Competition Within The Petroleum Industry In The Western United States*, juin 1998. Voir également, Keith LEFFLER et Barry PULLIAM, « Preliminary Report to the Attorney General Regarding California Gasoline Prices », 22 novembre 1999 (les auteurs concluent que les hauts prix de l'essence en Californie sont dus entre autre à la concentration du marché et à l'absence d'alternative d'importation).

⁹⁸ *Id.*, pp. 7 à 13.

⁹⁹ Tant avant l'adoption de la *LRE* que lors des audiences de la Régie dans le dossier R-3399-98 les pétrolières majeures ont adopté la position que l'imposition d'un prix plancher était nuisible. Voir à ce sujet GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Rapport du comité spécial d'examen de la situation du marché de l'essence au Québec*, Québec, 1996 de même que les mémoires déposés par chacune des pétrolières dans le cadre des audiences.

comme non efficaces, pourquoi ne voient-elles pas cette mesure législative comme étant salutaire? On peut douter que l'intérêt public guide les pétrolières majeures à s'opposer à une telle mesure. Il reste alors leur intérêt privé. C'est la légitimité de la poursuite de cet intérêt privé qui doit faire l'objet de questionnement.

Nous concluons cette sous-section en insistant sur le fait qu'il existe, en principe, de réels dangers à intervenir dans les marchés. Ce fait est indéniable. Malgré cela, dans un univers où les diagnostics économiques sont difficiles à poser, ces dangers auront tendance à être manipulés à la hausse ou à la baisse pour servir les causes des intervenants intéressés ainsi que celles des politiciens qui seront appelés à fournir leur appui en faveur ou à l'encontre de l'intervention sollicitée.

Sous-section 2: Une revue jurisprudentielle des pratiques de prix d'éviction

Dans cette seconde sous-section, nous présenterons certaines décisions canadiennes et américaines traitant des pratiques de prix d'éviction. Le but de cet exercice est double. D'une part, nous désirons illustrer comment les dangers identifiés ci-haut s'intègrent dans l'approche retenue par les tribunaux. D'autre part, cette revue jurisprudentielle illustrera les motifs pouvant expliquer l'adoption d'un régime parallèle à celui de la *Loi sur la concurrence*.

Nous verrons que l'approche des tribunaux en ce qui a trait aux dispositions qui traitent de façon générale des pratiques de prix d'éviction est fortement inspirée de certains des tests que nous avons présentés au chapitre précédent. Nous verrons également que cette approche est timide. Cette timidité peut expliquer l'intervention du gouvernement québécois dans le domaine de la vente au détail de produits pétroliers. Nous débiterons par le droit américain pour terminer avec les décisions canadiennes.

Il n'est pas de notre intention de faire une revue systématique du droit américain en matière de pratique de prix d'éviction¹⁰⁰. Une analyse exhaustive de la jurisprudence rendue en la matière devrait toucher non seulement le droit fédéral, mais également le droit étatique. Cette entreprise déborderait le cadre de notre étude. Nous désirons simplement faire état d'une décision que nous avons jugée importante en ce qui a trait au test de conduite d'éviction.

Cette décision émane de la Cour suprême des États-Unis. Il s'agit de l'affaire *Brooke Group*¹⁰¹ où certaines pratiques dans l'industrie manufacturière de cigarettes ont fait l'objet d'un débat judiciaire. Liggett¹⁰² était l'une de six compagnies manufacturières dominantes se partageant la production des cigarettes aux États-Unis au début des années mille neuf cent quatre-vingt. Elle se plaignait des prix dérisoires de l'une de ses concurrentes, Brown & Williamson Tobacco Corp. (« Brown & Williamson »).

Alors qu'elle voyait ses parts de marché choir, Liggett a décidé de lancer une nouvelle marque de cigarettes génériques offertes à environ 30% de moins que les cigarettes portant des marques reconnues. Cette mise en marché a connu un tel succès que Brown & Williamson a également décidé de se lancer dans ce marché. Cette dernière a tenu tête à Liggett et a mené une féroce guerre de prix qui l'a menée à vendre ses cigarettes à un prix inférieur à son prix coûtant. Liggett a accusé Brown & Williamson d'avoir violé l'article de 2a du *Robinson-Patman Act* tel qu'amendé par le *Clayton Act* qui prohibe tout comme l'article 2 du *Sherman Act* certaines pratiques qui ont pour effet de nuire à la concurrence.

¹⁰⁰ Nous avons néanmoins consulté les ouvrages suivants qui s'adonnent à une telle analyse : AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Predatory Pricing*, Monograph 22, 1996; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Predatory Pricing Law : A Circuit-by-Circuit Survey*, 1995.

¹⁰¹ *Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

¹⁰² Tel était le nom sous lequel faisait anciennement affaire l'appelante Brooke Group Ltd.

En première instance, un jury a rendu un verdict favorable à Liggett et, au bout de 115 jours d'audition, a condamné Brown & Williamson à lui verser la somme de 148,8 millions de dollars. Cependant, le tribunal de première instance a renversé le verdict du jury en indiquant qu'un des éléments fondamentaux de l'infraction n'avait pas été adéquatement prouvé, à savoir la preuve de dommage à l'environnement concurrentiel (« *lack of injury to competition* »). En appel, la décision du tribunal renversant le verdict du jury a été confirmée et Brown & Williamson a été exonérée. Six des neuf juges ayant entendu cette affaire à la Cour suprême des États-Unis ont eux aussi estimé que la décision renversant le verdict du jury devait être maintenue.

L'affaire *Brooke Group* est intéressante en ce que la Cour suprême a eu l'occasion d'y énoncer les critères pertinents pour faire la démonstration d'une pratique d'éviction par les prix. Pour réussir à établir la pratique d'éviction, la Cour indique qu'il faut, d'une part, prouver que les prix affichés par l'entreprise poursuivie sont en deçà d'une mesure appropriée de ses coûts et que, d'autre part, l'entreprise a une chance raisonnable de récupérer les pertes encourues pendant la période de ventes à perte. La Cour s'est prononcée de la façon suivante à cet égard :

« Accordingly, whether the claim alleges predatory pricing under 2 of the Sherman Act or primary-line price discrimination under the Robinson-Patman Act, two prerequisites to recovery remain the same. First, a plaintiff seeking to establish competitive injury resulting from a rival's low prices must prove that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs. [...] As a general rule, the exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits, or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price cutting.

[...]

The second prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect, or, under 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices. »¹⁰³

¹⁰³ *Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Corp.*, précité, note 101, 222 et 223.

De cette citation, on voit que la Cour suprême des États-Unis, eu égard au premier critère, a été très avare de mots en ce qu'elle ne s'est pas prononcée sur ce qu'elle estimait être la mesure appropriée des coûts du concurrent (« *appropriate measure of its rival's costs* »). En fait, elle ne s'est pas prononcée sur le type de coûts qu'il fallait prendre en considération¹⁰⁴. De surcroît, elle indique, tout comme l'avaient fait les professeurs Areeda et Turner dans la présentation de leur test, qu'au-delà d'une certaine limite de coûts, le processus judiciaire ne peut se prêter à la détermination d'une conduite prédatrice sans frayer dangereusement avec la possibilité d'empêcher des baisses de prix légitimes. La Cour affirme un peu plus loin, en adoptant la perspective de l'école de Chicago, que les circonstances où les pratiques de prix d'éviction sont essayées sont rares et celles où elles sont réussies sont encore plus inouïes. Elle poursuit en affirmant que les coûts associés à un verdict erroné de responsabilité sont élevés étant donné que le mécanisme suivant lequel une firme s'engage dans une pratique d'éviction, soit la réduction des prix, est le même que celui d'une firme qui s'adonne légalement à une saine concurrence. La Cour indique qu'il serait ironique que les standards pour les conduites prédatrices soient si bas que la menace de poursuite suivant les lois *antitrust* mènerait au maintien de prix élevés¹⁰⁵.

Quant au second volet du critère adopté par la Cour suprême, on peut constater qu'il impose un lourd fardeau à quiconque veut prouver une conduite d'éviction. En effet, la preuve de la perspective raisonnable ou de la probabilité dangereuse de récupération des pertes essuyées pendant la prédation est onéreuse. La Cour le reconnaît elle-même. La Cour a trouvé déterminant que l'accusation de conduite d'éviction soit présentée dans un oligopolistique où aucune entente formelle n'était intervenue entre les divers acteurs. De l'avis de la Cour, il était peu probable qu'une telle structure de marché

¹⁰⁴ Le juge Kennedy, écrivant pour la majorité, indique ce qui suit par la voie d'une note en bas de page: « Because the parties in this case agree that the relevant measure of cost is average variable cost, however, we again decline to resolve the conflict among the lower courts over the appropriate measure of cost. See *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 79 U.S. 104 at 117-118, n. 12 (1986); *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, at 585, n. 8 (1986). »

¹⁰⁵ *Id.*, 226 et 227.

puisse se prêter à l'imposition de prix supra-concurrentiels¹⁰⁶. Se fondant sur ce second critère, la Cour a émis l'opinion qu'il n'y a pas eu suffisamment de preuve d'atteinte à l'environnement concurrentiel.

L'affaire *Brooke Group* reprend en substance les enseignements de l'école de Chicago¹⁰⁷. Elle démontre une attitude très réfractaire à l'intervention dans les marchés pour éviter ce que la Cour qualifie de *intolerable risks of chilling legitimate price cutting*. On peut donc constater que la Cour accorde un poids déterminant aux dangers qui entourent l'intervention dans le marché.

En droit canadien, les enseignements relatifs aux pratiques de prix d'éviction tiennent essentiellement à deux affaires : l'affaire *Hoffman-LaRoche*¹⁰⁸ et l'affaire *Consumers Glass*¹⁰⁹. Nous allons limiter l'étude que nous ferons de ces deux affaires à la définition que les tribunaux ont donnée à ce qui constituait un prix déraisonnablement bas au sens de la *Loi sur la concurrence*.

Dans l'affaire *Hoffman-LaRoche*, l'accusée œuvrait dans le domaine pharmaceutique et avait développé des médicaments tranquillisants communément appelés Librium et Valium. Ces médicaments étaient initialement protégés par des brevets. Suite à des interventions gouvernementales, la vente de génériques a été permise ce qui a eu pour effet d'inciter de nouveaux entrants à livrer concurrence à *Hoffmann-LaRoche* qui jouissait jusqu'alors d'un monopole et de marges de profits relativement élevées qui en découlaient.

¹⁰⁶ *Id.*, 227 et 228.

¹⁰⁷ Cependant, la Cour n'a pas soupesé certains enseignements du courant post-Chicago qui s'appliquent à la structure du marché de la vente de cigarettes et qui rendent plus plausible la coordination de l'oligopole des manufacturiers de cigarettes et donc les chances de récupération des pertes. Voir à cet égard J. BAKER, *loc. cit.*, note 75, pp. 600 à 602.

¹⁰⁸ *R. c. Hoffmann-La Roche Ltd.*, (1980) 109 D.L.R. (3d) 5 (Ont. H.C.), confirmé en appel par *R. c. Hoffmann-La Roche Ltd. (No.1 &2)*, (1981) 125 D.L.R. (3d) 607 (Ont. C.A.).

¹⁰⁹ *R. c. Consumers Glass Co Ltd.*, (1981) 124 D.L.R. (3d) 274 (Ont. H.C.).

Pour faire face à cette nouvelle concurrence, *Hoffman-LaRoche* avait identifié le marché des hôpitaux comme étant un marché prometteur du fait que les médecins y pratiquant étaient susceptibles de prescrire ces médicaments à leurs patients de l'hôpital et de leurs cabinets privés. La mise en marché du Librium et du Valium s'est faite par la voie de rabais et de dons en quantité de ces produits aux hôpitaux ainsi que par le biais de soumissions où Hoffmann-LaRoche offrait ses services à un dollar (1,00\$) pour des contrats d'approvisionnement gouvernementaux. Le tribunal a été appelé à décider si l'accusée avait violé les prescriptions de l'article 34(1) c) de la *Loi sur les enquêtes des coalitions*, le prédécesseur de l'article 50(1) c) de la *Loi sur la concurrence*.

Les éléments de l'infraction relative à la pratique de prix d'éviction sont les suivants : 1) l'accusé s'est livré à la vente de produits, 2) la vente de ces produits a fait l'objet d'une politique, 3) les produits vendus l'ont été à des prix déraisonnablement bas et 4) la politique a eu pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou d'éliminer un concurrent, ou est destinée à avoir un semblable effet. Le tribunal de première instance dans l'affaire Hoffmann-LaRoche traite de chacun de ces éléments de l'infraction. Celui qui nous intéresse est le troisième, soit le niveau où le prix de vente des produits est considéré déraisonnablement bas.

La Cour a indiqué en ces termes la technique d'interprétation à utiliser pour établir ce qui constitue un coût déraisonnablement bas :

« Economic theory cannot control the legal determination of reasonableness, but it is certainly relevant. Mr Steele, the Crown's economist, testified that any price below cost be considered unreasonable in economic terms, save for a few exceptions. I reject that view. If Parliament had intended that all sales below cost be considered unreasonable, it could have defined the term in that way. It did not. Parliament used the phrase "unreasonably low", a more flexible provision, in order to permit the Courts to assess all of the circumstances of sales before concluding whether the prices were unreasonably low.

One cannot assume that just because a price is low that it is unreasonable. Even if something is sold for a zero price, this is not necessarily an unreasonably low price. Whether a price is unreasonably low must depend on all the circumstances of the sale. In

one context a particular price may be unreasonably low, whereas in a different context the same price may not be. »¹¹⁰

Ce passage est intéressant du fait que la Cour y rejette l'adoption d'une position de principe voulant qu'un prix situé en deçà des coûts de l'accusée (et la Cour n'a pas tenté d'identifier de quels coûts il s'agissait) mènerait automatiquement à la conclusion que ce prix est déraisonnablement bas. Au demeurant, la Cour indique que le standard juridique peut s'inspirer des enseignements économiques mais qu'il n'y est pas confiné, préférant une approche plus casuiste qui permet d'analyser toutes les circonstances entourant la vente des produits.

Avant d'introduire les quatre facteurs qu'elle jugeait pertinents pour déterminer le caractère raisonnable du prix de vente des produits, la Cour s'est prononcée quant à l'intensité du caractère déraisonnable du prix requis pour satisfaire l'infraction :

« In assessing whether a seller has sold for unreasonably low prices, the Courts must examine all of the circumstances involved in the case. Reasonableness has a flexible meaning, depending on all of the facts. Parliament chose to enact that word in order to give the Courts some latitude in making their decisions about the legality or illegality of the prices charged. There is nothing rigid about the concept of reasonableness. *Business decisions should not be condemned, unless the Courts find that the price charged is unreasonable in all the circumstances.* »¹¹¹ (nos italiques)

L'opinion du tribunal dénote clairement sa volonté de ne pas intervenir dans les décisions d'affaires des entreprises à moins que ces décisions ne mènent dans tous les scénarios envisageables qu'à la conclusion que les prix de vente sont déraisonnablement bas. Le bénéfice du doute raisonnable s'incarne dans ce cas-ci jusque dans l'explication raisonnable que l'on pourrait trouver à la conduite de l'accusée.

Ayant établi le niveau de certitude requis pour satisfaire à cet élément de l'infraction, la Cour a identifié les critères suivants comme guide dans l'analyse du comportement de l'accusée :

¹¹⁰ R. c. *Hoffmann-LaRoche*, précité, note 108, 38.

¹¹¹ *Id.*, p. 41.

- La différence entre le coût de production ou coût comptable (*production cost or accounting cost*) et le prix de vente. Plus la différence est importante entre le coût de production du bien et le prix de vente, plus il est probable que le prix soit déraisonnablement bas. Par contre, si un objet est vendu à un prix plus élevé que son prix coûtant, le prix ne peut pas être considéré déraisonnable.
- La période pendant laquelle les ventes ont eu lieu. Plus la période est longue, plus il est probable que le prix de vente soit considéré déraisonnablement bas.
- Les circonstances dans lesquelles les ventes ont eu lieu. Le comportement de l'accusé peut constituer une réaction à l'offensive d'autres joueurs du marché où il œuvre et se justifier dans ces circonstances.
- La possibilité qu'il existe des bénéfices économiques externes ou à long terme. L'accusé peut tirer un bénéfice de l'opération continue de son entreprise même en vendant ses biens sous leur prix coûtant pour des raisons difficilement quantifiables comme le maintien de ses clients, le maintien de son image de marque et le maintien de ses employés au travail en situation économique difficile.¹¹²

De l'énoncé de ces critères, on constate que seul le premier fait référence aux coûts de production ou coûts comptables des biens vendus. Malheureusement, étant donné que la Cour n'a trouvé l'accusée coupable de l'infraction reprochée que dans le cas où elle donnait de ses produits, elle n'a pas eu à expliciter ce qu'elle entendait par « coûts de production ou coûts comptables ».

¹¹² *Id.*, pp. 41 et 42.

En appel, la déclaration de culpabilité a été confirmée¹¹³. L'opinion de la Cour, rendue par monsieur le juge Martin, ne traite pas des critères relatifs au prix déraisonnablement bas. En conclusion, l'affaire *Hoffmann-LaRoche* nous enseigne que pour condamner une entreprise, il doit exister une relation entre le prix déraisonnablement bas et les coûts de production (quels qu'ils puissent être) mais que cette relation à elle seule n'est pas déterminante. De plus, cette décision illustre la timidité des tribunaux à intervenir dans les décisions d'affaires des entreprises.

Passons maintenant à l'affaire *Consumers Glass*. La filiale de *Consumers Glass Co. Ltd.*, *Portion Packaging Limited*, manufacturait et vendait des petits couvercles de plastique. Jusqu'en 1975, elle seule occupait ce segment de marché au Canada mais, en raison de ventes et des marges bénéficiaires décroissantes, désirait s'en retirer graduellement. En 1975, une compagnie, *Amhil Enterprises Ltd.*, nouvellement constituée et dirigée par certains ex-employés de *Portion*, a fait son entrée sur ce marché. Cette nouvelle entrée s'est suivie d'une farouche guerre de prix où *Portion* et *Amhil* se sont livrées à des enchères de rabais offerts à leurs clients. *Portion* et *Amhil* pouvait chacune à elle seule répondre à la totalité de la demande canadienne de petits couvercles en plastique. *Portion* a été accusée d'avoir contrevenu à l'article 34(1)c) de la *Loi sur les enquêtes des coalitions*.

Le jugement de Monsieur le juge O'Leary de la *Ontario High Court of Justice* est plus descriptif en ce qui a trait à ce qui constitue un prix déraisonnablement bas que la décision de première instance et l'opinion en appel dans l'affaire *Hoffmann-LaRoche*. Il fait état, par la voie de longues citations, du test *Areeda/Turner* de même que de certaines des critiques que l'on a fait valoir à son encontre¹¹⁴. La Cour commente l'appréciation d'un prix déraisonnablement bas de la façon suivante :

¹¹³ R. c. *Hoffmann-La Roche Ltd.* (No.1 &2), précité, note 108.

¹¹⁴ R. c. *Consumers Glass Co. Ltd.*, précité, note 109, 293 à 300.

« It is not necessary for me to decide whether the Areeda and Turner proposal is an appropriate one for the Court to accept in all predatory cases. I conclude however that where there is no evidence that the accused was not profit maximizing or loss minimizing, and where chronic excess capacity exists, an accused cannot be said to have sold at unreasonably low prices, regardless of its intent, if at all times it sold at prices above its average variable cost, there being no suggestion that such price was not also above its average marginal cost.

I am satisfied in this case that *Portion* always sold above its average cost of production, and so it was not selling at a price unreasonably low. »¹¹⁵

Le passage précédent indique que la Cour refuse à nouveau de prononcer un test universel de prix déraisonnablement bas basé uniquement sur les coûts de l'accusé pour la production des biens vendus. Néanmoins, on retient qu'en toutes circonstances, lorsque le prix de vente est supérieur aux coûts variables moyens de l'accusé pour la production du bien, on ne peut pas conclure à un prix déraisonnablement bas. De l'avis du tribunal, des circonstances peuvent justifier que l'on ne vende pas à court terme à un prix nous permettant de couvrir l'ensemble de ses coûts :

« In my view s. 34(1)(c) was not intended to prevent a manufacturer from selling at whatever price would bring it the largest profit or the smallest loss. A company selling at a price that gives it the best return is certainly not sacrificing present earnings with the hope of making up lost earnings later. Pricing so as to maximize profits or minimize losses in the short run is the very essence of competition, and is the kind of pricing that normal, healthy competition will foster in a fight for survival. It is the kind of pricing likely to occur if demand falls off because of a depressed market. When two competitors exist, each more than capable of supplying the entire market, and the market is inelastic, short of collusion between them, sooner or later one of them is going to have to leave the market-place. It follows that any cutting of price by either to retain or gain a portion of that market has the tendency to drive the other out of the market. In my view, s. 34(1)(c) was not intended to make such cutting of price an offence as long as the cutting of price was loss minimizing. »¹¹⁶

En constatant que *Portion* vendait ses produits en tout temps de façon à limiter ses pertes dans un marché essentiellement occupé par deux joueurs, la Cour a conclu qu'il y avait lieu de rejeter les accusations.

L'affaire *Consumer Glass* illustre à nouveau l'inconfort éprouvé par les tribunaux de fixer un standard universel pour discriminer les pratiques de prix d'éviction. Cet

¹¹⁵ *Id.*, p. 300.

¹¹⁶ *Id.*, p. 302.

inconfort découle des dangers que nous avons précédemment identifiés. Dans de telles circonstances, on peut comprendre la tendance naturelle qui en découle : ne pas intervenir dans le marché.

Il ressort donc de ce tour d'horizon du peu de décisions canadiennes en matière de prix d'éviction que le seul guide jurisprudentiel qui nous soit fourni se résume à affirmer que lorsque le prix de vente est situé au-dessus des coûts variables moyens, il ne peut mener à une déclaration de culpabilité en vertu de l'infraction créée à l'article 50(1)c) de la *Loi sur la concurrence*. Au-delà de ce guide, il semble que ce ne sera qu'au fur et à mesure de la survenance de nouvelles situations litigieuses que l'on bénéficiera de plus d'indications en ce qui a trait à ce que constitue un prix déraisonnablement bas.

Avant de conclure sur la question, nous désirons également faire état du fait que le Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de la concurrence a émis des lignes directrices en matière de pratique de prix d'éviction¹¹⁷. La rédaction de ces lignes directrices a été justifiée par le peu de décisions jurisprudentielles rendues en matière de prix d'éviction. Le Directeur des enquêtes et recherches désirait émettre des indications sur l'interprétation de la *Loi sur la concurrence* afin de pallier le danger que les gens d'affaires hésitent à se lancer dans une concurrence saine et bénéfique au niveau des prix.

Voici comment le Directeur interprète la relation entre le prix et le coût en matière de prix d'éviction :

« Si une entreprise a un pouvoir de marché, le Directeur pose alors la question à savoir si le prix est à un niveau suffisamment bas pour être dit « déraisonnable ». Pour ce faire, le Directeur utilise le test d'évaluation du rapport prix/coût qui suppose que, dans des circonstances normales, une entreprise continuera de fonctionner seulement si elle contribue à ses coûts fixes d'opération. Le Directeur se base sur deux considérations pour exécuter l'évaluation du rapport prix/coût. Premièrement, le Directeur ne considérera pas comme « déraisonnablement bas » un prix établi ou supérieur au coût total moyen du présumé prédateur et ce, indifféremment du pouvoir de marché de celui-ci. Deuxièmement, le Directeur considérera vraisemblablement comme

¹¹⁷ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Prix d'éviction*, Ottawa, 1992.

« déraisonnablement bas » un prix inférieur au coût variable moyen du présumé prédateur à moins que ce prix ne soit clairement justifié; par exemple, le besoin de vendre un inventaire de denrées périssables.

[...]

En ce qui concerne les prix fixés quelque part entre le coût total moyen et le coût variable moyen, la « zone grise », la conclusion du Directeur concernant leur caractère raisonnable dépendra des circonstances pertinentes. Ainsi, un prix dans la « zone grise » peut être tout à fait raisonnable quand la demande est en déclin ou quand il y a une capacité excédentaire importante sur le marché même si on établit que ce prix a un rapport avec la disparition du marché d'autres entreprises. D'autre part, un prix à l'intérieur de cette zone peut être considéré comme déraisonnable s'il est prouvé que l'accusé a ignoré les occasions d'augmenter les prix face à l'augmentation de la demande ou s'il y a des preuves directes de l'intention de l'entreprise de se servir des prix dans un but anti-concurrentiel. »

Les lignes directrices du Directeur des enquêtes et recherches n'ajoutent que bien peu à ce que nous a appris la jurisprudence au niveau du rapport coût/prix. Elles indiquent néanmoins qu'il existe une zone grise lorsque le prix se situe entre le coût total moyen et le coût variable moyen remettant à d'autres critères, qui tiennent compte des circonstances du marché dans lequel se pratique ce prix, le soin de permettre la discrimination entre la conduite qui est prédatrice de celle qui ne l'est pas.

Cette section était destinée à faire part des dangers associés à l'intervention dans les marchés. Nous avons vu que, aussi réels qu'ils soient, ces dangers peuvent faire l'objet de manipulation par des groupes de pression qui ont un intérêt soit à ce que l'intervention se concrétise, soit qu'à ce qu'elle ne voit pas le jour. Nous avons également illustré l'impact de tels dangers dans l'appréciation que les tribunaux font des allégations de conduite d'éviction. Les tribunaux sont très prudents à intervenir.

Le nombre limité de décisions canadiennes traitant des pratiques de prix d'éviction de même que l'inconfort des tribunaux à intervenir face à ces pratiques peut expliquer l'adoption d'un régime civil de prohibition de ventes sous un prix plancher. Plusieurs raisons peuvent expliquer la rareté de décisions en la matière : le Bureau de la concurrence peut considérer que les pratiques de prix d'éviction sont rares¹¹⁸ et consacrer

¹¹⁸ Voir à cet égard BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Enquêtes discontinuées sur l'industrie de l'essence au Canada : document d'information*, mars 1997, p.5 (on y affirme que : « Les preuves

peu d'efforts à leur sanction, la preuve à recueillir pour démontrer que le comportement d'éviction peut être si onéreuse que le Bureau de la concurrence affecte ses ressources à d'autres conduites anticoncurrentielles, etc. Quoiqu'il en soit, la réalité veut que l'on utilise pas souvent les dispositions de la *Loi sur la concurrence* pour sanctionner les pratiques de prix d'éviction. Quelqu'en soit la raison, cette réalité peut faire douter de l'adéquation du mécanisme de la *Loi sur la concurrence* s'il devait être démontré qu'il y a lieu d'intervenir dans le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers.

Avant d'aborder la dernière section qui traite des raisons économiques susceptibles de justifier une telle intervention, il y a lieu de faire le point sur le terrain couvert jusqu'à présent. Tant par la revue doctrinale que par la revue jurisprudentielle, nous avons pu constater que quiconque prône l'intervention dans les marchés, et particulièrement une intervention qui s'attaque aux pratiques de prix d'éviction, fait face à un certain scepticisme économique. Ce scepticisme est tributaire de la croyance que les marchés laissés à eux-mêmes ont tendance à s'auto-corriger et que l'intervention est susceptible d'engendrer plus de problèmes que de corriger les inefficiences constatées; d'ailleurs, ce scepticisme guide la façon dont les cours de justice et le Bureau de la concurrence évaluent les comportements d'éviction.

Cette tendance, tout omniprésente qu'elle soit, se voit quelque peu remise en question par des études d'économistes du courant post-Chicago. À notre avis, ces études sont susceptibles d'apporter un éclairage intéressant à la façon dont on peut apprécier et justifier l'intervention du gouvernement québécois en matière de vente au détail de produits pétroliers.

d'entraves comparativement faibles à l'entrée sur les marchés de la vente d'essence au détail suggèrent par ailleurs qu'une stratégie d'établissement de prix d'éviction ne diminuerait pas sensiblement la concurrence. En fait, une telle stratégie n'aurait guère de sens sur le plan économique, étant donné qu'aucune entreprise ne serait en mesure d'augmenter ses prix sur une longue période de temps sans attirer de nouveaux concurrents sur le marché. »).

Section 3: Les facteurs économiques du marché québécois pouvant justifier une intervention gouvernementale

Le but visé par cette troisième section est de relever certains facteurs économiques propres au marché québécois qui peuvent justifier une intervention gouvernementale. Nous ne cherchons pas à émettre de verdict économique quant au bien-fondé de l'intervention, n'ayant pas à notre disposition toutes les données de l'industrie¹¹⁹ pour ce faire, à supposer que l'on puisse prononcer un tel verdict sur une base strictement économique. L'approche que nous préconisons ci-après est de faire état des dangers potentiels de laisser aller le marché à lui-même sans intervenir. Étant donné que nous ne quantifierons pas ces dangers pour les confronter à ceux découlant de l'intervention, nous laisserons ouverte la question de savoir si l'intervention du gouvernement québécois par la voie de l'imposition d'un prix plancher était justifiée.

La description des enseignements des économistes du courant post-Chicago nous a permis d'introduire certains modèles que nous allons maintenant utiliser. Nous présenterons nos propos en les rattachant aux deux modèles décrits : d'une part, le modèle de pratique de prix d'éviction basée sur la réputation de dur à cuire et, d'autre part, le modèle de l'augmentation des coûts des rivaux. Nous verrons que certains des comportements des joueurs du marché de la vente au détail de produits pétroliers sont compatibles avec ces modèles qui présentent des arguments pouvant justifier l'intervention.

La réputation de dur à cuire consiste à ce qu'un joueur ou un nombre restreint de joueurs occupant de nombreux marchés se forgent une réputation de dur à cuire dans certains de ces marchés en évinçant ou en disciplinant les joueurs récalcitrants de ces marchés. Une fois créée, cette réputation peut se répercuter sur d'autres marchés où elle

¹¹⁹ Les données auxquelles nous avons eu accès sont celles qui ont été déposées devant la Régie et qui ont mené à la Décision D-99-133. La plupart de ces données doivent être achetées auprès de firmes de consultants.

aura pour effet de dissuader les joueurs de ces autres marchés de s'adonner à une concurrence aussi féroce que celle qu'ils auraient autrement livrée. Ce modèle rend ainsi plus plausible la première phase du comportement d'éviction en limitant l'investissement dans des ventes à perte à un nombre restreint de marchés. Également, il rend plus probable la perception de profits supra-concurrentiels étant donné que la réputation de dur à cuire agit comme une barrière à l'entrée. Le danger pour le consommateur est d'avoir à faire les frais d'un comportement de dur à cuire qui empêche d'observer une véritable concurrence sur le marché.

Dans le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers, on constate la présence de quatre pétrolières majeures – Ultramar, Pétro-Canada, Esso et Shell – dont les réseaux respectifs s'étendent sur tout le territoire québécois. Chacune des essenceries portant la bannière de ces pétrolières majeures font face à une concurrence dans leurs micro-marchés provenant soit d'essenceries membres d'un réseau similaire au leur, soit de détaillants n'ayant pas d'affiliation à ces réseaux, i.e. des détaillants indépendants. Ces détaillants indépendants portent, de façon générale, soit la bannière de distributeurs indépendants, qui n'opèrent typiquement que dans un nombre limité de micro-marchés québécois, soit une bannière qui, sans être celle d'un distributeur indépendant, est partagée par un très petit nombre d'essenceries. Dans une perspective globale, nous pouvons affirmer que les pétrolières majeures, prises ensemble, font face à des concurrents qui ne desservent qu'une partie peu substantielle du marché de la vente au détail de produits pétroliers. Conséquemment, la première caractéristique du modèle de l'éviction stratégique par le comportement de dur à cuire, l'asymétrie d'occupation de marché, peut s'observer.

L'entrée en vigueur du programme Valeur Plus de la pétrolière Ultramar au mois de juin 1996 a permis la consécration pour Ultramar de sa réputation de dur à cuire. On pouvait lire au communiqué de presse annonçant le lancement du programme que :

« [P]our les fins du programme, Ultramar avait divisé son territoire du Québec en près de 300 zones. Un système de surveillance constante des prix affichés par les concurrents

permettra à Ultramar de s'assurer que les consommateurs ne puissent trouver, ailleurs dans la zone, des prix plus bas que ceux des détaillants affichant le sceau Valeur Plus. »

Le programme reposait donc sur deux concepts reliés : 1) la création de zones de prix les plus bas et 2) des zones géographiques. Par ailleurs, il faut ajouter qu'au moment de l'introduction du programme Valeur Plus, Ultramar a abaissé de 1¢/l le prix de ses produits pétroliers et a réduit l'écart de prix entre l'essence ordinaire et le carburant à taux d'octane plus élevé.

La création de zones de prix a eu pour effet d'éliminer la possibilité de différenciation par les prix. Aucun acteur du marché ne pouvait et ne peut actuellement espérer capter des parts de marché additionnelles en réduisant ses prix. Cette nouvelle caractéristique du portrait concurrentiel a fait en sorte que non seulement Ultramar, mais également les autres pétrolières, ont adhéré à une forme ou à une autre de politique aux termes de laquelle elles vendent à un prix identique à celui des détaillants de leurs micro-marchés. Jusqu'à l'instauration du programme Valeur Plus, une certaine différenciation par les prix était tolérée dans le marché. Étant donné un certain avantage de coûts dont bénéficiaient les détaillants indépendants, le marché tolérait que ceux-ci affichent des prix légèrement inférieurs à ceux des détaillants affichant la bannière de pétrolières majeures. L'abaissement des prix d'Ultramar de 1¢/l au moment de l'instauration du programme Valeur Plus témoignait du fait qu'une telle différenciation de prix ne serait plus tolérée.

La réputation de dur à cuire forgée par la promotion d'un programme de « bas prix » peut avoir des effets néfastes pour le consommateur en ce qu'il peut artificiellement permettre le maintien de prix élevés¹²⁰. Il s'agit d'un outil puissant de communication des prix qui peut être utilisé pour cette fin. Cet outil est d'autant plus puissant qu'il se base sur une caractéristique unique au marché de la vente au détail de

¹²⁰ Le professeur Edlin a estimé que dans le domaine de la distribution d'essence aux États-Unis, si les pratiques de garantie des prix les plus bas devaient se répandre, la société américaine éprouverait des pertes de l'ordre de **30 milliards de dollars**, voir A.S. EDLIN, *loc. cit.*, note 76, p. 549.

produits pétroliers : l'affichage public et systématique des prix. Le consommateur et surtout les concurrents sont en mesure de connaître le prix auquel est vendue l'essence sans même avoir à mettre le pied chez un détaillant. L'affichage des prix assure une uniformité généralisée et presque instantanée des prix dans un micro-marché.

Certaines données semblent corroborer l'appréhension du maintien de prix artificiellement élevés. Le tableau suivant fournit les marges disponibles à l'exploitant au niveau du raffinage, au niveau du détail de même que la marge combinée composée de ces deux marges pour la ville de Montréal entre 1995 et 1999. Nous ne présentons pas seulement les marges de détail, mais également les marges de raffinage étant donné que, pour avoir un portrait global de ce qui se cache sous les prix affichés au détail, il faut se questionner non seulement sur la marge disponible au niveau du détail, mais également au niveau du raffinage. De ne pas le faire conduirait à faire fi de la réalité concurrentielle québécoise qui veut que près de 80% des détaillants portent la bannière de sociétés verticalement intégrées qui, d'une part, exploitent des stations de détail et qui, d'autre part, en approvisionnent d'autres par leurs activités de raffinage. Ces sociétés disposent donc de deux niveaux de marge pour assurer la rentabilité de leurs activités.

Tableau 5: Marges de raffinage, de détail et combinée pour Montréal

Année	Marge de raffinage	Marge de détail	Marge combinée
1995	5,42	2,78	8,20
1996	4,48	3,82	8,30
1997	5,90	4,57	10,47
1998	5,60	3,50	9,10
1999 (janv. à sept.)	5,30	5,20	10,50

Source : MJ Ervin & Associates. Marges et composantes du prix à la pompe, Essence ordinaire. 1995 à 1999. Les données sont présentées en ¢/l.

Le tableau 5 est intéressant en ce qu'il permet de constater que la marge de détail à Montréal est passée de 2,78¢/l en 1995, avant le programme Valeur Plus, à 5,20¢/l pour la période allant de janvier à septembre 1999. De plus, la tendance de la marge combinée est la même. Elle est passée de 8,20¢/l en 1995 à 10,50¢/l pour la période de janvier à septembre 1999. Ces augmentations de la marge de détail et de la marge combinée semblent aller à contre-courant de ce qui aurait dû normalement s'observer sur le marché si le niveau de concurrence avait été maintenu. Cette tendance à l'augmentation des marges pourrait s'expliquer par une accalmie du marché. Cette accalmie du marché, quant à elle, pourrait très bien résulter de l'effet aseptique du programme Valeur Plus qui permettrait le maintien de prix artificiellement élevés étant donné que les détaillants n'ont plus d'incitatif à tenter de réduire leurs prix pour acquérir de nouvelles parts de marché.

Le comportement d'éviction par l'acquisition d'une réputation de dur à cuire est d'autant plus plausible que les pertes associées à l'acquisition de cette réputation n'ont pas été absorbées de la même façon par tous les détaillants. Dans un document explicatif rédigé sous forme de questions et réponses et destiné aux détaillants faisant partie du programme Valeur Plus, voici ce qu'Ultramar affirmait aux détaillants arborant sa bannière :

«[Q :] Pourquoi les associés doivent-ils être pénalisés par la baisse de prix initiée par Ultramar?»

[R :] Tel que mentionné dans le vidéo, Ultramar réintroduira, pour une période temporaire, l'ancienne échelle de marge escalatoire avec une marge minimum de 2,5 cents le litre. La protection sera également révisée alors qu'Ultramar absorbera 80% des baisses de prix et 20% sera absorbée par l'affilié. »

Ce soutien de prix offert par Ultramar est, de façon générale, également fourni par les autres pétrolières majeures aux détaillants portant leur bannière. Voici l'extrait d'une étude commandée par Industrie Canada sur les marchés canadiens de produits pétroliers qui traite du phénomène de soutien des détaillants affiliés à des pétrolières majeures en cas de guerres de prix :

« [I]l arrive (particulièrement pendant une guerre de prix) que les prix à la pompe soient si bas que la marge est insuffisante pour couvrir les coûts d'exploitation. [Ce phénomène

ne se produit pas lorsque le point de vente est exploité par la société ou à commission puisqu'il n'y a alors aucune "marge du détaillant"].

Dans ces cas, le fournisseur peut intervenir temporairement et offrir aux détaillants ce qu'on appelle un soutien au prix. Ce soutien peut prendre plusieurs formes et destiné à rétablir dans une certaine mesure la marge du détaillant, et ce évidemment au détriment de la marge du fournisseur. »¹²¹

Les mécanismes de soutien en cas de guerres de prix permettent de constater que les détaillants affiliés à des pétrolières majeures ne supportent pas réellement les affres des guerres de prix. Ce sont les pétrolières majeures, soit en subventionnant les pertes de leurs détaillants affiliés, soit en essayant les pertes provenant des stations qu'elles opèrent directement, qui supportent les guerres de prix. À première vue, ce support en cas de guerre de prix semble salubre pour le consommateur; il représente potentiellement un mécanisme de transfert direct de la richesse des producteurs aux consommateurs. Néanmoins, en seconde analyse, on constate qu'il constitue un outil dissuasif très puissant pour tout détaillant voulant abaisser ses prix ou pour tout nouvel entrant voulant s'introduire dans le marché. Cette réalité concurrentielle ajoute à la plausibilité d'une période où des marges supra-concurrentielles pourraient être artificiellement maintenues sur le marché.

La création de zones géographiques pour administrer le programme Valeur Plus limite les risques associés aux guerres de prix et offre les outils pour discipliner le marché de façon sectorisée. En effet, les 300 zones du programme Valeur Plus formalisent la ségrégation du marché québécois. Cette sectorisation du marché offre non seulement à Ultramar, mais également à tous les détaillants de chaque zone, la possibilité de provoquer une baisse des prix. Ainsi, s'il se trouve un détaillant que l'on veut discipliner ou évincer du marché dans une zone, il est possible de le faire sans déstabiliser l'ensemble du marché québécois.

¹²¹ M.J. ERVIN & ASSOCIATES, *Étude des marchés de détail canadien de produits pétroliers*, 1997, p. 26.

Finalement, nous avons indiqué précédemment qu'il est plus probable que la stratégie d'éviction par l'érection d'une réputation de dur à cuire s'observe dans un marché où il existe des difficultés d'obtenir du financement. Un rapport d'un comité consultatif s'étant penché sur l'état de la concurrence dans le milieu pétrolier canadien daté de juin 1998 décrit en ces termes les difficultés d'accès aux sources de financement :

« Small independent retailers and chain operations have considerable difficulty arranging financing due to what banks view as their uncertain position in the industry and their weak balance sheets. As well, new participants trying to enter the industry encounter difficulty raising the significant amount of capital required to open their business.

To be competitive with refiner-marketers at the retail level, independents need to borrow money. However, because they do not have the sources of revenue to draw upon like the refiner-marketers, banks are reluctant to lend them money to expand their operations. »¹²²

La structure actuelle du marché québécois rend donc plausible la poursuite d'un comportement d'éviction tel que décrit dans la littérature. Ce comportement peut avoir des effets néfastes pour les consommateurs en ce qu'il est susceptible de permettre la création et le maintien de profits supra-concurrentiels. Afin de valider cette constatation, il y aurait lieu, à notre avis, de mener une étude économétrique sur plusieurs micro-marchés du Québec. Cette étude aurait pour objectif de tester, d'une part, la perméabilité de ces micro-marchés les uns face aux autres et, d'autre part, l'impact que la conduite des joueurs sur certains de ces marchés peut avoir sur d'autres marchés. Les résultats d'une telle étude sont susceptibles de justifier l'intervention du gouvernement québécois dans le marché, mais également, tel que nous allons l'explicitier un peu plus loin, de donner les assises nécessaires à la Régie pour évaluer la pertinence d'inclure les coûts d'exploitation dans le prix plancher édicté par la *LPEP* pour une région spécifique ou pour l'ensemble du Québec. Avant d'aborder cette question, nous passons maintenant au second modèle de stratégie d'éviction : l'augmentation des coûts des rivaux.

¹²² Dan McTEAGUE, *Report of the Liberal Committee on Gasoline Pricing in Canada*, Ottawa, juin 1998, p. 9.

La stratégie d'augmentation des coûts des rivaux, nous le rappelons, en est une suivant laquelle une ou des firmes, généralement des firmes dominantes, adoptent des conduites qui forcent leurs plus petits rivaux à augmenter leurs coûts afin de demeurer sur le marché. L'augmentation stratégique de ces coûts a pour but de faire encourir des coûts que les plus petits concurrents devront supporter sur une quantité de biens produits moins grande, haussant ainsi les coûts unitaires de la production de ces biens. Le danger pour les consommateurs résulte du fait que ce comportement stratégique peut faire encourir des pertes d'efficacité de production tant pour les petites firmes que pour les firmes dominantes. De plus, ce comportement peut mener à l'exclusion de certaines firmes sur une base bien étrangère à l'efficacité, laissant en dernier ressort le soin au consommateur de payer pour l'inefficacité qui en découle.

La stratégie d'augmentation des coûts des rivaux peut être profitable pour les firmes qui s'y adonnent même si le marché n'est pas monopolisé ou particulièrement sujet à une telle monopolisation. Il faut simplement que les firmes dominant le marché reconnaissent chacune que l'adoption d'une telle stratégie ne va pas les mettre dans une moins bonne position par rapport à leur rivale de même taille mais qu'elle va placer les firmes de plus petite taille dans une position précaire. Tel que le suggère le professeur Hovenkamp, une industrie dominée par trois ou quatre firmes se prête très bien à une stratégie où chacune des firmes dominantes adopte des mesures qui font augmenter les coûts pour demeurer sur le marché, lesquels coûts seront absorbés par des économies d'échelles dont ne peuvent pas bénéficier les firmes marginales :

« For example, an industry dominated by three or four firms and containing a competitive fringe might be in a position either to engage in self-regulation or to petition the government for certain forms of regulation. In that case the dominant firms might easily reach a tacit understanding regarding their support for a regulation, compliance with which is subject to economies of scale. Each dominant firm acting alone will know that the effect of the regulation will be to leave its position unchanged vis-à-vis the other larger firms but will disproportionately raise the costs of fringe firms and perhaps the entry costs for potential rivals. »¹²³

¹²³ H. HOVENKAMP, *loc. cit.*, note 30, p. 276.

L'augmentation des coûts des rivaux peut prendre diverses formes. Elle peut s'effectuer non seulement au niveau du détail, mais également au niveau du raffinage. En effet, la vente au détail de produits pétroliers, contrairement à la presque totalité des autres secteurs de détail, est particulier en ce qu'il est le seul où certains détaillants achètent une partie de leurs produits directement de fournisseurs qui leur livrent concurrence au détail. Cette situation ouvre la porte à des abus qui peuvent prendre la forme d'un comportement concerté de la part des pétrolières majeures, à titre de fournisseur, visant à augmenter les coûts de ceux qui leur livrent la concurrence au détail. D'ailleurs, de nombreuses allégations ont été formulées à l'encontre des pétrolières majeures à cet égard. Des distributeurs indépendants se sont plaints que, d'un mouvement concerté, elles ont modifié les termes de crédit qu'elles leur offraient en faisant passer ces termes de 30 jours à 10 jours¹²⁴. Des distributeurs et détaillants indépendants ont également fait valoir qu'ils ont dû investir afin de se munir de systèmes permettant la correction de température étant donné des modifications apportées à la température de référence pour leur approvisionnement en produits pétroliers. Finalement, par le biais d'un puissant lobby, les pétrolières majeures ont appuyé et continuent d'appuyer l'adoption de mesures législatives de nature environnementale qui imposent des dépenses en capital¹²⁵.

Au-delà des initiatives qui peuvent se constater au niveau du marché de gros, le marché de détail peut également se prêter à une telle stratégie. L'on peut noter en observant le marché que les pétrolières majeures investissent beaucoup d'argent dans la rénovation de leurs essenceries. Ces rénovations ont pour objet de multiplier les services offerts aux essenceries : des lave-autos, des dépanneurs, de la restauration rapide, etc. D'ailleurs, dans le rapport annuel de Pétro-Canada de 1998, on peut lire que 25% des 900 stations appartenant à la compagnie au Canada, ont été converties à la nouvelle image et

¹²⁴ D. McTEAGUE, *op. cit.*, note 122, p.9.

¹²⁵ Dans le rapport annuel de 1998 de l'Institut canadien des produits pétroliers, qui est un groupe de pression composé presque exclusivement de pétrolières majeures, on peut constater le nombre d'initiatives de nature environnementale qui sont poursuivies.

que des investissements étaient prévus à cette fin pour l'année 1999¹²⁶. Celui d'Esso de l'année 1998 mentionne quant à lui que des 1004 stations appartenant à la compagnie au Canada, 37 ont été reconstruites ou remodelées, ce qui a suscité un investissement de 50 millions de dollars¹²⁷. Quant à Shell, on peut lire dans son rapport annuel de 1998 que 309 de ses stations canadiennes arboraient à la fin de l'exercice financier sa nouvelle image découlant des rénovations¹²⁸. Finalement, le rapport annuel d'Ultramar traite de façon globale de l'engagement de la direction de la société à remodeler son parc de stations¹²⁹.

Alors que les pétrolières majeures ont accès à des sources de revenus qui leur permettent d'effectuer ces rénovations, les autres détaillants ne bénéficient pas des sommes requises pour le faire; l'instabilité et la faiblesse des marges de détail ne le permettent pas. Les sommes requises pour ériger et entretenir ces nouvelles stations gargantuesques ne peuvent simplement pas provenir des revenus de détail des essenceries compte tenu des marges disponibles. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans l'exercice spéculatif qui consisterait à démontrer la source et les mécanismes d'interfinancement qui permettent aux pétrolières majeures d'assumer la facture de l'investissement. Cet interfinancement peut être fait en amont ou en aval et, dans l'un et l'autre des cas, il peut être régional et sur diverses catégories de produits. La seule constatation de l'augmentation des enchères suffit.

On peut présumer que la stratégie sous-jacente à de tels investissements est de miser sur le fait que les consommateurs choisiront de s'approvisionner auprès des stations rénovées si les prix offerts sont partout identiques. L'on peut ainsi constater que la stratégie de dur à cuire peut faire partie intégrante d'une stratégie globale qui incorpore

¹²⁶ PÉTRO-CANADA, *Rapport annuel*, 1998, p. 32.

¹²⁷ PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE, *Rapport annuel*, 1998, p. 20.

¹²⁸ SHELL CANADA LIMITÉE, *Rapport annuel*, 1998, p. 22.

la stratégie de faire augmenter les coûts des rivaux. L'impossibilité de se distinguer par des prix moins élevés, qui pourraient refléter une structure de coûts d'où sont absents les coûts de financement des investissements d'envergure, fait en sorte que l'issue est prévisible : l'élimination à petit feu des détaillants qui ne rénovent pas.

La conjugaison de ces stratégies d'éviction peut avoir un effet dévastateur pour les consommateurs. Ceux-ci peuvent être appelés à payer pour des investissements qui ne sont pas réellement efficaces. Dans un monde où une réelle concurrence sur les prix était livrée, il est possible que ces investissements se voient punis par des consommateurs qui décident qu'ils préfèrent payer moins cher à une essencerie non rénovée et dédiée uniquement à la vente de produits pétroliers. Le marché tel qu'il se comporte actuellement ne permet pas au consommateur de décider.

Ceci conclut notre analyse des caractéristiques du marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers et des comportements qui peuvent porter atteinte à l'environnement concurrentiel. Nous avons vu que ces comportements sont plausibles et qu'ils peuvent générer des situations inefficaces, si le marché est laissé à lui-même. Il est très difficile d'attribuer une valeur aux pertes qui pourraient en résulter ; ces pertes peuvent outrepasser les limites du marché de la vente au détail¹³⁰. Il est tout aussi difficile d'attribuer une valeur aux dangers découlant d'une intervention législative visant à enrayer ces pertes. C'est pour cela que nous avons annoncé dès l'introduction de cette section que nous laisserions indéterminé le verdict économique de l'intervention

¹²⁹ ULTRAMAR DIAMOND SHAMROCK, *Annual Report*, 1998, p. 7.

¹³⁰ Nous désirons insister sur le fait que le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers est intimement lié au marché de gros. En ce moment, ce marché est influencé par la concurrence internationale étant donné la possibilité d'importation suscitée par la présence d'un nombre critique de détaillants indépendants sur le marché. L'un des enjeux importants à soulever dans l'évaluation de l'impact de l'éviction de certains détaillants est la disponibilité, sur le marché local, des produits importés et la hausse des prix qui est susceptible d'en découler.

gouvernementale dans le secteur de la vente au détail de produits pétroliers, préférant mettre de l'avant les motifs pouvant justifier une telle intervention.

Il reste néanmoins à se questionner sur la méthode d'intervention choisie. L'imposition d'un prix plancher peut-elle contrecarrer, tout au moins à première vue, les comportements inefficients que nous avons relevés. Ces comportements sortent du cadre formel des pratiques de prix d'éviction. À ce titre, l'on pourrait penser que l'intervention qui se concentre sur les prix pratiqués dans le marché ne s'attaque pas au tort que nous avons identifié. Cependant, l'intimidation et l'augmentation des coûts des rivaux peuvent trouver remède dans un climat où une réelle concurrence sur les prix est permise. Appréciée dans cette perspective, l'intervention par la voie d'un prix plancher peut, à notre avis, insuffler une nouvelle concurrence par les prix dans le marché en protégeant quelque peu de l'intimidation ceux qui trouveront intérêt à s'y adonner.

Il demeure que l'établissement du seuil permettant d'insuffler une telle concurrence sur les prix est difficile. La batterie de tests doctrinaux que nous avons passés en revue un peu plus haut en témoigne éloquemment. Il s'agit d'un défi que la Régie aura à relever annuellement. Dans le cadre de cet exercice, les pistes de réflexion qui précèdent et qui ont pour objet premier de trouver certaines justifications pour l'intervention étatique, sont susceptibles d'influencer l'interprétation de la *LPEP*. Tel que nous venons de le voir, la réalité du marché est peut-être plus complexe qu'elle peut apparaître en première analyse. Des comportements qui, à première vue, semblent favoriser la concurrence peuvent lui être très nuisibles. Nous pensons que ces comportements doivent être scrutés dans l'appréciation du caractère concurrentiel du marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers.

La toute première décision de la Régie qui traite des coûts d'exploitation et de la pertinence de les inclure dans le calcul du prix plancher ne fait pas d'analyse de ces comportements. Dans sa décision D-99-133, la Régie constate que les virulentes guerres de prix de l'été 1996 ont fait place, en 1999, à des prix laissant des marges suffisantes

pour opérer adéquatement des essenceries. Sur la foi de cette constatation, la Régie conclut qu'il n'y a pas lieu d'inclure les coûts d'exploitation dans le calcul du prix plancher :

« À l'été 1996, le Québec a connu les guerres de prix les plus intenses en ce qui concerne l'importance de la baisse, la durée et la dispersion géographique. Cette situation a mis en péril des entreprises rentables dans un contexte de concurrence normale. Pour éviter que pareil scénario ne se reproduise, le législateur a cru bon de légiférer dans ce secteur fonctionnant selon les lois du marché.

En 1999, la situation concurrentielle a continué d'évoluer et on note que l'écart entre le prix à la pompe et le prix plancher établi hebdomadairement par la Régie, permet en général de couvrir les coûts d'exploitation d'une essencerie. Afin d'informer le public, la Régie publie sur une base hebdomadaire, depuis décembre 1997, la moyenne des prix à la pompe échantillonnés et les prix à la pompe minimums, pour chacune des régions administratives du Québec.

Après avoir déterminé les éléments compris dans les coûts d'exploitation raisonnables et nécessaires et après avoir fixé un montant de 3 cents par litre à ce titre, comme l'article 59 le prévoit, la Régie décide que la situation actuelle du marché de la vente au détail au Québec **ne justifie pas l'inclusion** de ce montant au prix minimum déjà prévu à la *Loi sur les produits et équipements pétroliers*. »¹³¹

La Régie justifie cette décision en invoquant que les prix observés sur le marché ne permettent pas de conclure à un risque de monopolisation :

« En effet, la preuve a démontré qu'une concurrence vive sur le marché n'a pas, dans un passé récent, empêché le prix de vente au détail de dépasser en moyenne de plusieurs cents le litre le prix minimum en deçà duquel un détaillant serait présumé exercer ses droits de façon excessive et déraisonnable. La Régie considère que le risque de monopolisation du marché, que certains intervenants prévoient, n'existe pas du moins à court terme et que rien ne justifie donc une inclusion. »¹³²

Finalement, la Régie traite du risque associé à l'intervention dans le marché. Ayant considéré que les probabilités d'une monopolisation étaient faibles, la Régie ajoute que le risque que les consommateurs ont à assumer est susceptible de ne pas justifier l'intervention :

« Le coût de la police d'assurance, pour reprendre l'image employée par certains intervenants, que les consommateurs devraient assumer dans le cas d'une inclusion ne

¹³¹ Décision D-99-133, p. 78.

¹³² *Id.*

correspondrait pas au risque réel que représente la situation de la concurrence actuelle sur le marché québécois. La Régie ne croit pas que la non-inclusion d'un tel montant au titre des coûts d'exploitation puisse mener à une disparition, à court terme des détaillants indépendants ou à la fermeture des terminaux d'importation indépendants. »¹³³

L'on peut constater, à la lecture de ce passage, que la Régie a choisi d'interpréter la *LPEP* avec une bonne dose du scepticisme de l'école de Chicago. Néanmoins, cette approche ne tient pas compte de la possibilité de comportements néfastes pour le consommateur qui ne prennent pas forcément la forme de guerres de prix de longue haleine. Le niveau des marges de détail constaté par la Régie peut être compatible avec une stratégie plus insidieuse et moins coûteuse qu'une stratégie de ventes à perte prolongée. Selon nous, il faut tenir compte de cette possibilité afin d'évaluer adéquatement s'il y a lieu ou non d'inclure les coûts d'exploitation dans le calcul du prix plancher.

¹³³ *Id.*, p. 79.

Conclusion

Le présent mémoire poursuivait l'objectif d'examiner s'il pouvait exister une justification économique de l'intervention gouvernementale dans le marché québécois de la vente au détail de produits pétroliers.

Nous avons vu que la science économique semble très réfractaire à l'intervention gouvernementale dans les marchés étant donné les dangers hantant une telle démarche. Ainsi, toute petite était la fenêtre pouvant offrir des justifications pour l'intervention. Le parallèle établi entre l'instauration d'un prix plancher et l'infraction à la *Loi sur la concurrence* qui prohibe la pratique de prix déraisonnablement bas nous a permis de tirer certaines leçons de la doctrine et de la jurisprudence qui traite des pratiques de prix d'éviction. Ces leçons nous ont fourni les éléments constitutifs de comportements stratégiques susceptibles de nuire aux consommateurs.

Nous estimons avoir dressé certaines esquisses qui peuvent offrir le fondement recherché pour l'intervention gouvernementale. L'analyse pourrait être poussée plus avant en bâtissant des modèles économétriques qui évalueront, autant que faire se peut, l'occurrence des comportements décrits. Ces modèles pourraient également dicter l'approche de la Régie face à son mandat de déterminer ce que sont les coûts d'exploitation de même que l'opportunité de leur inclusion dans le prix plancher.

Dans un monde où la déréglementation des marchés devient de plus en plus la norme et où l'intervention étatique dans les marchés est perçue avec scepticisme, il n'est pas facile de parvenir à des conclusions formelles sur l'opportunité d'intervenir dans le marché. Les risques associés à l'intervention et la difficulté d'évaluer l'impact de certaines conduites qui pourraient s'avérer anti-concurrentielles, sont souvent brandis comme éléments dissuasifs de l'intervention. Quoiqu'il en soit, nous croyons que dans certaines circonstances, il peut s'avérer opportun d'intervenir dans les marchés. Cette intervention peut ne pas se justifier exclusivement par des motifs économiques, mais

prendre des assises élargies. Elle peut participer de valeurs que prône une société et qui peuvent ne s'apprécier que difficilement dans le cadre d'une analyse économique.

À cet égard, nous avons pensé terminer par une citation du magazine *The Economist*. Cette citation est extraite d'un article d'une série qui passe en revue certains des événements qui ont marqué le vingtième siècle. L'article en question commente le déchirement observé face au mouvement de concentration industrielle des années 1990 :

« Free trade and free competition offer vital protections for the individual against being squashed by these giants. Free-market thinkers find themselves in two minds about this. In one mind, they adore incentives, and the desire to dominate and monopolise is the greatest incentive of all. Remove it, and you risk reducing investment and innovation. Yet, in their other mind, they value competition as a discipline, and loathe concentrations of power whether in government, overmighty trade unions or dominant companies, for they expect that, in time, it will be abused and will itself threaten liberty.

The first mind is really a conservative mind; the second is that of the liberal. That is the one to which *The Economist* allies itself, but experience still suggests that one of the conservatives' observations needs to be taken into account: namely that in practice monopolies are hard to establish and sustain, because other firms are drawn in to compete away excess profits and to dream up technological innovations. Governments should therefore be cautious in their interventions, for they generally know much less about coming technologies than do various competitors. But if true dominance is established, and new firms are prevented from entering the business, governments must crack down. »¹³⁴

Nous partageons ce point de vue. Dans une perspective libérale, le surcroît de concentration dans les marchés devrait être appréhendé et surveillé de près, mais l'intervention gouvernementale qui vise à en contraindre les effets devrait être pratiquée avec précaution. Selon nous, le marché de la vente au détail de produits pétroliers n'échappe pas à une telle leçon.

¹³⁴ « The Big Bad Boss » tiré de *The Economist*, semaine du 11 au 17 septembre 1999, Volume 352, Numéro 8136, pp. 39-40.

Table de la législation

Législation et réglementation canadienne

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. C-34.

Législation et réglementation québécoise

Loi sur l'assurance automobile du Québec, L.R.Q., c. A-25.

Loi sur la Régie de l'énergie, L.Q. 1996, c. 61.

Loi sur les produits et les équipements pétroliers, L.R.Q., c. U-1.1.

Législation et réglementation américaine

Sherman Act, 15 U.S.C. 2.

Table des jugements

Jurisprudence canadienne

R. c. Consumers Glass Co Ltd., (1981) 124 D.L.R. (3d) 274 (Ont. H.C.).

R. c. Hoffmann-La Roche Ltd., (1980) 109 D.L.R. (3d) 5 (Ont. H.C.).

R. c. Hoffmann-La Roche Ltd. (No.1 &2), (1981) 125 D.L.R. (3d) 607 (Ont. C.A.).

Jurisprudence américaine

Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

Bibliographie

Monographies et recueils

BECKER, G. , *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, p.

BORK, R. H., *The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself*, Toronto, Maxwell Macmillan Canada, 1993, 479p.

BOUQUIN, H., *La comptabilité de gestion*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 128p.

BUCHANAN, J. M. et M. R. FLOWERS, *The Public Finances, an Introductory Textbook*, 6^{ième} édition, Homewood, Illinois, 1987, 410p.

COLEMAN, J., « Efficiency, Utility and Wealth Maximization », tiré de *Markets, Morals, and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 95-132.

DENZEAU, A., *Microeconomic Analysis : Markets & Dynamics*, Homewood, Illinois, Irwin, 1992, 854p.

DUNLOP, B., McQUEEN, D., et TREBILCOCK, M., *Canadian Competition Policy : a Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Book, 1987, 337p.

GELLHORN, E., *Antitrust Law and Economics*, 3^{ième} édition, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1986, 472p.

GHEMAWAT, P., *Strategy and the Business Landscape : Text and Cases*, Reading, Massachusetts, Addison-Wesley, 1999, 134p.

GREEN, C., *Canadian Industrial Organization and Policy*, 3^{ième} édition, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1990, 556p.

HOVENKAMP, H., *Economics and Federal Antitrust Law*, Handbook Series, Student Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985, 414p.

KREPS, D. M., *Game Theory and Economic Modelling*, New York, Oxford University Press, 1990.

LOTT, J. R. Jr., *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, 173p.

MANSFIELD, E., *Microeconomics : Theory / Applications*, 7^{ième} édition, New York, W.W. Norton & Company, Inc., 1991, 557p.

MATHEWSON, F., M. TREBILCOCK et M. WALKER (dir.), *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, The Fraser Institute, 1990, 443p.

McCHESNEY, F. S. et SHUGHART II, W., (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, 379p.

PAPPAS, J. L. et M. HIRSCHEY, *Fundamentals of Managerial Economics*, 2^{ième} édition, Chicago, The Dryden Press, 1985, 586p.

PORTER, M. E., *Competitive Advantage : Creating and Sustaining Superior Performance*, New York, Free Press, 1998, 557p.

POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 4^{ième} édition, Toronto, Little, Brown and Company, 1992, 722p.

POSNER, R., *Antitrust Law : An Economic Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, p.

SCHMALENSEE, R., « Standards for Dominant Firm Conduct : What Can Economics Contribute? » tiré de J. VIKERS et D. HAY , *The Economics of Market Dominance*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

KATZ, W. A., *Foundations of The Economic Approach to Law*, New York, Oxford University Press, 1998, 399p.

Articles de revue

ANDERSON, R. W. et R. N. JOHNSON, « Antitrust and Sales-Below-Cost Laws : The Case of Retail Gasoline », (1998) *Review of Industrial Organization* 1.

AREEDA, P., et D. F. TURNER, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », (1975) 88 *Harvard Law Review* 697.

AYRES, I., « How Cartels Punish : A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion », (1987) 87 *Columbia Law Review* 295.

BAKER, J. B., « Predatory Pricing After *Brooke Group* : An Economic Perspective », (1994) 62 *Antitrust Law Journal* 585.

BARRON, J.M., M. A. LOWENSTEIN et J. R. UMBRECK, « Predatory Pricing : The Case of the Retail Gasoline Market », (1985) 3 *Contemporary Policy Issues* 131.

BAUMOL, W. J., « Quasi-Permanence of Price Reductions : A Policy for Prevention of Predatory Pricing », (1979) 89 *Yale Law Journal* 1.

BOLTON, P. et D. S. SCHARFSTEIN, « A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting », (1990) 80 *American Economic Review* 93.

BORENSTEIN, S. et A. SHEPARD, « Dynamic Pricing in Retail Gasoline Markets », (1996) *Rand Journal of Economics* 429.

BRODLEY, J., et G. A. HAY, « Predatory Pricing :Competing Economic Theories and The Evolution of Legal Standards », (1981) 66 *Cornell Law Review* 738.

CALABRESI, G., « Toward a Test for Strict Liability in Torts », (1972) 81 *The Yale Law Journal* 1055.

CONSTANTINE, L., « An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics », (1989) 58 *Antitrust Law Journal* 661.

DELLA VALLE, Anna P., *Short-Run versus Long-Run Marginal Cost Pricing*, Energy Economics, Octobre 1988, p. 283.

DILORENZO, T. J., « The Myth of Predatory Pricing », (1992) 169 *Policy Analysis* •.

EASLEY, D., R. T. MASSON et R. J. REYNOLDS, « Preying For Time », (1985) 33 *The Journal of Industrial Economics* 445.

EASTERBROOK, F., « Predatory Strategies and Counterstrategies », (1981) 48 *University of Chicago Law Review* 334.

EASTERBROOK, F., « The Limits of Antitrust Law », (1984) 63 *Texas Law Review* 1.

EDLIN, A. S., « Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, And Can Antitrust Rise To The Challenge? », (1997) 111 *Harvard Law Review* 529.

ELLIS, D. D. Jr., « Fairness and Efficiency in The Law of Punitive Damages », (1982) 56 *South California Law Review* 1.

ENGLARD, I., « The System Builders : A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory », *The Journal of Legal Studies* 27.

FLYNN, J. J., « Antitrust Policy and the Concept of a Competitive Process », (1990) 35 *New York Law School Law Review* 893.

FOX, E. M. et L. A. SULLIVAN, « Antitrust – Retrospective and Prospective : Where Are We Coming From? Where Are We Going? » (1987) 62 *New York University Law Review* 936.

GRANTZ, E. et B. KLEIN, « Monopolization by “Raising Rivals’ Costs” : The Standard Oil Case », (1996) 39 *Journal of Law and Economics* 1.

HOVENKAMP, H., « Antitrust Policy After Chicago », (1985) 84 *Michigan Law Review* 213.

HOVENKAMP, H., « Challenges to the Chicago School Approach », (1989) 58 *Antitrust Law Journal* 627.

JOSKOW, P. L., et A. KLEVORICK, « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », (1979) 89 *Yale Law Journal* 213.

KLEVORICK, A. K., « The Current State of the Law and Economics of Predatory Pricing », (1993) 83 *Antitrust and Industrial Organization* 162.

KREPS, D. M. et R. WILSON, « Reputation and Imperfect Information », (1982) 27 *Journal of Economic Theory* 253.

LANDE, R. H., « Chicago’s False Foundation : Wealth Transfers (Not Just Efficiency) should Guide Antitrust », (1989) 58 *Antitrust Law Journal* 631.

LANDE, R. H., « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged », (1982) 34 *Hastings Law Journal* 65.

MACKAAY, E., « La règle juridique observée sous le prisme de l’économiste », (1986) 1 *R.I.D.E.* 43.

MCFETRIDGE, D. G., « Predatory Pricing in Canada : The Law and The Economics », (1985) 63 *R. du B. Can.* 685.

MCGEE, J. S., « Predatory Price Cutting : The Standard Oil (N.J.) Case », (1958) 1 *Journal of Law and Economics* 1.

MILGROM, P., « Predation, Reputation, and Entry Deterrence », (1982) 27 *Journal of Economic Theory* 280.

MCGEE, J. S., « Predatory Pricing Revisited », (1980) 23 *Journal of Law and Economics* 289.

ORDOVER, J. A., et R. D. WILLIG, « An Economic Definition of Predation : Pricing and Product Innovation », (1981) 91 *Yale Law Journal* 8.

PELTZMAN, S., « Toward a More General Theory of Regulation », (1976) 19 *Journal of Law and Economics* 211.

PITOFISKY, R., « Does Antitrust Have a Future » (1987) *Georgetown Law Review* 321.

POSNER, R., « The Chicago School of Antitrust Analysis », (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 1076.

SALOP S. C. et D. T. SCHEFFMAN, « Cost-Raising Strategies », (1987) 36 *Journal of Industrial Economics* 19.

SARGENT, M.T.L., « Economics Upside-Down : Low-Price Guarantees as Mechanisms for Facilitating Tacit Collusion », (1993) 141 *University of Pennsylvania Law Review* 2055.

SCHRAMM, G., « Marginal Cost Pricing Revisited », *Energy Economics*, Octobre 1991, p. 245.

SCHERER, F. M., « Predatory Pricing and the Sherman Act : A Comment », (1976) 89 *Harvard Law Review* 869.

SCHERER, F. M., « Some Last Words on Predatory Pricing », (1976) 89 *Harvard Law Review* 901.

SPIVACK, G. B., « The Chicago school Approach to Single Firm Exercises of Monopoly Power : A Response », (1983) 52 *Antitrust Law Journal* 651.

STIGLER, G., « The Theory of Economic Regulation », (1971) 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* 3.

SULLIVAN, L. A., « Post-Chicago Economics : Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Derterminat Theoretical World », (1995) 63 *Antitrust Law Journal* 669.

VON HOHENBALKEN, B. et D. S. WEST, « Empirical Tests for Predatory Reputation », (1986) 19 *Revue canadienne d'économique* 160.

WILLIAMSON, O. E., « Predatory Pricing : A Strategic and Welfare Analysis », (1977) 87 *Yale Law Journal* 284.

ZERBE, R. O., et D. S. COOPER, « An Empirical and Theoretical Comparison of Alternative Predatio Rules », (1982) 61 *Texas Law Review* 655.

Divers

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Predatory Pricing*, Monograph 22, 1996, 78p.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Predatory Pricing Law : A Circuit-by-Circuit Survey*, 1995, 118p.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Prix d'éviction*, Ottawa, 1992.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Enquêtes discontinuées sur l'industrie de l'essence au Canada : document d'information*, Ottawa, mars 1997.

CITIZEN ACTION, *Destroying Competition and Raising Prices : How Big Oil Has Taken Control of America's Gasoline Markets*, septembre 1991, 91p.

ERICKSON, E. W. et C. M. NEWMARK, *Competition Is Alive and Well In The Gasoline Marketing : A Critique Of Destroying Competition And Raising Prices*, janvier 1992, 40p.

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Rapport du comité spécial d'examen de la situation du marché de l'essence au Québec*, Québec, 1996.

HAMILTON, T., *The Evolution Of Competition Within The Petroleum Industry In The Western United States*, juin 1998, 16p.

M.J. ERVIN & ASSOCIATES, *Étude des marchés de détail canadien de produits pétroliers*, 1997, 134p.

McTEAGUE, D., *Report of the Liberal Committee on Gasoline Pricing in Canada*, Ottawa, juin 1998.

THE ECONOMIST, « The Big Bad Boss », Semaine du 11 au 17 septembre 1999, Volume 352, Numéro 8136, pp. 39-40.