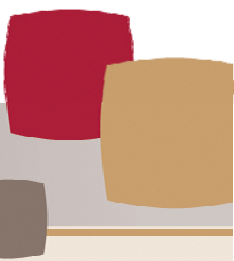




Lignes directrices révisées pour l'application de la *Loi*



Les dispositions sur l'abus de
position dominante
(articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*)



Préface

Le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») est un organisme indépendant responsable de l'administration et de l'application de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »). Il contribue à la prospérité des Canadiennes et des Canadiens en protégeant et en favorisant des marchés concurrentiels et en permettant aux consommateurs de faire des choix éclairés.

En 2001, le Bureau a initialement publié les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* afin de clarifier sa politique en matière d'application de l'article 79 de la *Loi* à l'intention des entreprises canadiennes et du public. Par la suite, le Bureau a publié les documents *Bulletin d'interprétation : L'application des dispositions sur l'abus de position dominante dans le secteur canadien de l'alimentation* et le *Bulletin d'information sur les dispositions en matière d'abus de position dominante dans l'industrie des télécommunications*, qui donnent des précisions supplémentaires sur l'application de l'article 79 dans le cadre de ces industries. Dans l'intervalle, le Bureau a par ailleurs soumis des affaires au Tribunal de la concurrence (le « Tribunal »), notamment l'affaire *Tuyauteries Canada*, qui a mené à la première décision de la Cour d'appel fédérale à l'égard de l'article 79.

Les présentes lignes directrices actualisées décrivent la façon dont le Bureau applique les dispositions sur l'abus de position dominante à la lumière de l'évolution de la jurisprudence et de la pensée économique. Elles complètent les lignes directrices précédentes dans divers domaines en précisant comment le Bureau traite l'intention anticoncurrentielle et les justifications commerciales valables à la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Tuyauteries Canada*. Elles clarifient la position du Bureau face à la dominance conjointe et elles examinent des formes précises de comportement anticoncurrentiel tel que l'exclusivité, les ventes liées et les offres groupées ainsi que le refus d'accès.

Interprétation

Les présentes lignes directrices expliquent la manière générale dont le Bureau traite l'abus de position dominante en vertu de la *Loi*. Elles remplacent tous les énoncés antérieurs du commissaire de la concurrence (le « commissaire ») ou d'autres responsables du Bureau au sujet de l'article 79 de la *Loi*.

Ces lignes directrices ne visent pas à reformuler la *Loi* et n'engagent pas le commissaire quant à la manière dont il usera de ses prérogatives dans une situation donnée. Elles ne remplacent pas les avis de conseillers juridiques. Les décisions du commissaire en matière d'application de la *Loi* et la façon dont sont en définitive réglées les questions qui surviennent dépendent des faits particuliers de chaque cas. Les entreprises peuvent demander au sujet d'une conduite commerciale future un avis écrit qui liera le commissaire, en vertu de l'article 124.1 de la *Loi*. L'interprétation de la *Loi* appartient en dernier ressort au Tribunal et aux tribunaux judiciaires.

Table des matières

Résumé.....	i
Partie 1 : Introduction.....	1
1.1 Objectif des lignes directrices.....	1
1.2 Objectif des dispositions sur l’abus de position dominante.....	1
Partie 2 : Cadre institutionnel de l’application de la Loi	3
2.1 Fonctions d’enquête et fonctions décisionnelles	3
2.2 Processus d’examen ou d’enquête	3
2.3 Décisions faisant suite aux examens ou enquêtes.....	5
2.4 Procédures suivies devant le Tribunal de la concurrence	5
Partie 3 : Éléments du paragraphe 79(1).....	6
3.1 Disposition législative.....	6
3.2 Les éléments.....	7
3.2.1 « Une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions »	7
3.2.2 « Se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anticoncurrentiels »	18
3.2.3 « La pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché »	21
Partie 4 : Agissements anticoncurrentiels	22
4.1 Aspects économiques des agissements anticoncurrentiels	22
4.2 Augmentation des coûts des concurrents.....	23
4.2.1 Réduction des revenus des entreprises rivales	26
4.3 Conduite d’éviction.....	27
Partie 5 : Mesures correctives.....	28
5.1 Règlement des cas.....	28
5.2 Ordonnances du Tribunal de la concurrence	29
5.3 Restrictions et exceptions	29
Annexe I : Dispositions de la Loi sur la concurrence relatives à l’abus de position dominante.....	32
Annexe II : Exclusivité	35
Annexe III : Ventes liées, offres groupées et rabais pour achats groupés	39
Annexe IV : Refus d’accès à une installation ou à un service.....	44
Annexe V : Résumé des décisions rendues par le Tribunal de la concurrence.....	47

Résumé

Objectif et portée des présentes lignes directrices

S'inscrivant dans le cadre des efforts continus déployés par le Bureau pour assurer une politique d'application de la *Loi* qui soit transparente et prévisible, les présentes lignes directrices présentent un aperçu de la façon dont le Bureau applique les dispositions sur l'abus de position dominante figurant aux articles 78 et 79 de la *Loi*.

Qu'est-ce qu'un « abus de position dominante »?

Il y a abus de position dominante lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises dominant dans un marché adopte un comportement qui a pour objet d'éliminer un concurrent ou de le mettre au pas, ou de dissuader des concurrents d'entrer dans le marché ou d'y développer leurs activités, de sorte qu'il y ait empêchement ou diminution sensible de la concurrence. Ces dispositions, qui figurent aux articles 78 et 79, établissent les limites d'un comportement concurrentiel légitime et prévoient des mesures correctives à l'endroit d'entreprises se livrant à des activités anticoncurrentielles qui nuisent aux concurrents ou éliminent des concurrents et qui auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Dans l'application de la *Loi*, le Bureau a comme politique de s'attaquer vigoureusement aux pratiques répondant aux critères de l'article 79. Cependant, les présentes lignes directrices indiquent clairement que l'article 79 n'est pas destiné à interdire la dominance en soi ou la simple existence d'une puissance commerciale. L'article vise plutôt l'abus d'une position dominante sur le marché lorsqu'un tel abus a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. Bien que la capacité d'augmenter les prix ou de maintenir des prix élevés indique habituellement une puissance commerciale ou une dominance du marché, des prix élevés ne soulèvent pas en soi des questions en vertu de la *Loi*, et le Bureau n'a pas pour rôle de régler les prix. Les présentes lignes directrices indiquent clairement qu'en appliquant les dispositions en cause, le Bureau ne tentera de favoriser aucun acteur du marché ou de protéger les concurrents des défis d'une concurrence légitime.

Le paragraphe 79(1) énonce trois éléments essentiels qui doivent tous être établis pour que le Tribunal rende une ordonnance. Le Tribunal doit conclure à la présence des éléments suivants :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.



Comment le Bureau détermine qu'il y a abus de position dominante

Le premier élément que le Bureau doit établir en examinant une allégation d'abus de position dominante est de savoir si les personnes ou entreprises en cause contrôlent sensiblement ou complètement « une catégorie ou espèce d'entreprises ». Aux fins de l'application de l'article 79, le Bureau donne à l'expression « catégorie ou espèce d'entreprises » le sens de marché de produits pertinent, et à l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » le sens de marché géographique pertinent. Pour définir les marchés pertinents, le Bureau utilise des concepts économiques courants qui tiennent compte de divers facteurs dont les plus importants sont la disponibilité de proches substituts, les frais de transport et les coûts que doit assumer un client pour changer de fournisseur.

Le Bureau considère que l'expression « contrôlent sensiblement ou complètement », qui renvoie à ce qu'on appelle communément « dominance », est synonyme de puissance commerciale. De façon générale, la puissance commerciale est la capacité qu'a une entreprise ou un groupe d'entreprises en particulier de maintenir les prix au-delà de leur niveau concurrentiel, et ce, pendant une période prolongée et de façon rentable¹. Plus précisément, en ce qui a trait aux dispositions sur l'abus de position dominante, le Bureau s'intéresse à la création, à l'augmentation ou à la préservation de la puissance commerciale faisant suite à une pratique anticoncurrentielle. Si une entreprise ne jouit pas d'une puissance commerciale ou n'est pas susceptible d'acquérir cette puissance grâce à la pratique anticoncurrentielle en question à l'intérieur d'une année, le Bureau n'interviendra pas.

Il est parfois difficile d'évaluer directement la puissance commerciale, comme on peut le faire en constatant l'existence de prix supraconcurrentiels. Par conséquent, en plus d'évaluer toute l'information disponible sur des indicateurs directs d'une puissance commerciale, le Bureau examine divers indicateurs indirects comme les changements technologiques, les entreprises récemment entrées sur le marché ou récemment sorties du marché, la capacité de production de l'industrie et le pouvoir compensateur des clients et des distributeurs. Le Bureau attache une importance particulière aux parts de marché et aux obstacles à l'entrée sur le marché.

Cette analyse vise à déterminer dans quelle mesure la présence d'une concurrence efficace ou la probabilité de l'arrivée de concurrents limite la capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'augmenter ses prix. En ce qui concerne les obstacles à l'entrée, y compris ceux qui peuvent être créés par le comportement d'une entreprise, le Bureau vise à déterminer non seulement si l'entrée de concurrents est probable, mais aussi le délai nécessaire pour qu'une nouvelle entreprise devienne un concurrent viable et

¹ Dans les présentes lignes directrices, sauf indication contraire, le terme « prix » englobe tous les aspects des mesures prises par une entreprise qui touchent l'intérêt des acheteurs. On entend par augmentation de prix, entre autres, une augmentation du prix nominal combinée ou non à une réduction de la qualité du produit, du service, de l'innovation ou d'une autre dimension de la concurrence à laquelle l'acheteur attache une valeur.



efficace ayant une dimension et une ampleur suffisantes pour qu'une tentative d'augmentation des prix ne puisse vraisemblablement pas être soutenable.

Toutes autres choses étant égales par ailleurs, plus est grande la part de marché que détient une entreprise ou un groupe d'entreprises ayant adopté un comportement susceptible d'être anticoncurrentiel, plus il est vraisemblable que l'entreprise ou le groupe d'entreprises possède une puissance commerciale. Cependant, comme une tentative d'exercer une puissance commerciale peut être entravée par d'autres facteurs et que les parts de marchés détenues par d'autres concurrents peuvent être très dispersées, il n'y a pas toujours une corrélation directe entre part de marché et puissance commerciale. Cela étant dit, le Bureau aborde en général l'évaluation des allégations d'abus de position dominante en tenant compte des facteurs suivants :

- une part de marché inférieure à 35 p. 100 ne suscitera généralement pas d'inquiétudes quant à l'existence d'une puissance commerciale;
- une part de marché de 35 p. 100 ou plus entraînera en général un examen plus approfondi;
- dans le cas d'un groupe d'entreprises dont il est allégué qu'elles occupent conjointement une position dominante, une part de marché combinée de 65 p. 100 ou plus entraînera en général un examen plus approfondi.

L'expression « une ou plusieurs personnes » figurant à l'article 79 vise une situation où un groupe d'entreprises, dont aucune n'occupe nécessairement une position dominante, peut collectivement posséder une puissance commerciale. Le Bureau détermine s'il y a position dominante de la même façon, qu'il s'agisse d'un groupe d'entreprises ou d'une entreprise seule. Pour analyser une situation où il est allégué qu'un groupe d'entreprises occupe une position dominante, le Bureau détermine quelles entreprises présentes sur le marché en cause devraient, chacune individuellement, se livrer à un comportement susceptible d'être anticoncurrentiel pour posséder globalement une puissance commerciale. Cette analyse se fonde sur la part de marché collective des entreprises à qui l'on reproche un comportement qui serait anticoncurrentiel, sur les obstacles à l'entrée ou à l'expansion sur le marché et sur tout autre facteur pertinent. Lorsque les entreprises, de façon individuelle, adoptent un comportement susceptible d'être anticoncurrentiel et semblent collectivement posséder une puissance commerciale, le Bureau considérera que ces entreprises occupent conjointement une position dominante.

« Pratique d'agissements anticoncurrentiels »

Une fois que le Bureau a défini le marché de produits et le marché géographique pertinents et qu'il a constaté que les conditions permettent de conclure à l'existence d'une puissance commerciale, le Bureau doit établir, au titre du deuxième élément requis par l'article 79, que l'entreprise ou les entreprises en cause se livrent ou se sont livrées à une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Le mot « pratique » évoque normalement davantage qu'un agissement isolé. Au sens de l'article 79 et conformément à la jurisprudence, une « pratique » peut être un agissement qui est soutenu ou systématique



pendant une longue période, ou un certain nombre d'agissements différents qui, réunis, visent à produire un effet négatif pour les concurrents.

L'article 78 présente une liste non exhaustive d'agissements anticoncurrentiels. Aucun de ces agissements non plus qu'aucun autre agissement qui pourrait être anticoncurrentiel ne constitue nécessairement en soi un abus de position dominante. Pour qu'un agissement soit considéré comme étant anticoncurrentiel, il faut établir qu'il vise à produire à l'égard d'un concurrent un effet négatif dans le but de l'exclure, de le mettre au pas ou de l'évincer.

La jurisprudence sur l'article 79 a établi que l'élément d'intention ou d'objectif anticoncurrentiel peut être établi soit par preuve directe ou par inférence, à la lumière des effets raisonnablement prévisibles d'une pratique pour les concurrents, et ce, dans les circonstances particulières d'une affaire donnée.

Au contraire des dispositions de la *Loi* relatives aux fusions, l'article 79 ne prévoit pas une exception fondée sur les gains en efficience au moment d'évaluer les agissements considérés comme étant anticoncurrentiels. Dans certains cas toutefois, l'entreprise ou les entreprises en cause peuvent avoir une justification commerciale valable pour le comportement susceptible d'être anticoncurrentiel. Le Bureau tiendra compte de telles justifications pour déterminer si l'objet global du comportement est anticoncurrentiel.

Le critère de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence

L'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence est un effet qui crée, préserve ou accroît les obstacles à l'entrée et à l'expansion sur le marché, et, par conséquent, la puissance commerciale. Il s'agit ici des effets sur la concurrence plutôt que sur l'intention ou le but de la pratique. Dans toute situation, le degré de la puissance commerciale, la nature et la gravité des agissements anticoncurrentiels ainsi que la concurrence qui subsiste dans le marché sont tous des éléments faisant partie de la question.

Le Bureau analyse un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence en utilisant le critère « en l'absence de » : en l'absence de la pratique en cause, y aurait-il eu une concurrence sensiblement plus grande dans le passé, ou y en aurait-il une aujourd'hui ou dans le futur? S'il peut être démontré qu'en l'absence des agissements anticoncurrentiels, un concurrent ou un groupe de concurrents efficace s'établirait, probablement, dans un délai raisonnable et demeurerait sur le marché pour contester la position dominante en cause, le Bureau déduira que la pratique en cause entraîne un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Il examinera aussi des facteurs comme la possibilité qu'en l'absence de la pratique, les prix aux consommateurs soient sensiblement plus bas, que la qualité du produit, l'innovation ou le choix offert soient sensiblement supérieurs, ou encore que les clients changent beaucoup plus souvent de produits ou de fournisseurs.



Mesures correctives

Les dispositions sur l'abus de position dominante accordent au Tribunal certains pouvoirs en ce qui a trait aux mesures correctives. Lorsqu'il juge que les éléments de l'article 79 sont réunis, le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à l'entreprise ou aux entreprises intimées de se livrer à la pratique d'agissements anticoncurrentiels en cause. En outre ou au lieu, si le Tribunal juge qu'une ordonnance d'interdiction pourrait ne pas suffire à rétablir la concurrence, il peut rendre une ordonnance imposant toute mesure raisonnable ou nécessaire, y compris le dessaisissement d'actifs ou d'actions, pour remédier aux effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels.

Bien que le Tribunal dispose d'une latitude quant aux mesures correctives qu'il peut appliquer en vertu de l'article 79, les paragraphes 79(3) à (7) prévoient diverses limitations, exceptions et clarifications à l'égard des ordonnances du Tribunal et des requêtes du commissaire. Il en est question à la section 5.

Conclusion

Les présentes lignes directrices décrivent la façon dont le Bureau applique l'article 79 à l'égard de l'abus de position dominante. Des marchés concurrentiels assurent aux consommateurs des prix plus bas, un choix plus vaste et des produits innovateurs. La protection de la concurrence est importante pour assurer à la fois l'efficacité de l'économie canadienne et la prospérité des Canadiens. L'article 79 vise à trouver un juste milieu entre prévention des comportements anticoncurrentiels et dissuasion des entreprises de se livrer à une vive concurrence. À cette fin, les présentes lignes directrices tentent d'indiquer quand un comportement par ailleurs légitime pourrait ou non soulever des préoccupations en vertu de l'article 79.

Ce document ne peut toutefois pas éclairer chaque situation possible. Les circonstances particulières à chaque cas détermineront en dernier ressort la façon dont le Bureau exercera sa discrétion dans l'application de la *Loi*. Dans le cadre de son programme d'avis écrits, le Bureau fournit depuis longtemps son avis sur des projets envisagés par des entreprises. Toute personne peut ainsi demander un avis sur une pratique envisagée afin de déterminer si elle soulève un problème en vertu de la *Loi*.

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le Bureau :

Centre de renseignements
Bureau de la concurrence
50, rue Victoria
Gatineau (Québec) K1A 0C9

Téléphone : 819-997-4282
Numéro sans frais : 1-800-348-5358
ATS (pour les malentendants) : 1-800-642-3844



ÉBAUCHE POUR CONSULTATIONS PUBLIQUES – JANVIER 2009

Télécopieur : 819-997-0324

Télécopieur automatique : 819-997-2869

Site Web : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca



Partie 1 : Introduction

1.1 Objectif des lignes directrices

Les présentes lignes directrices s'inscrivent dans le cadre des efforts continus déployés par le Bureau pour promouvoir une politique d'application de la *Loi* qui soit transparente et prévisible. Elles décrivent la démarche du Bureau en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79) de la *Loi*². Ces lignes directrices visent à aider le public ainsi que les gens d'affaires et leurs conseillers à mieux comprendre les dispositions sur l'abus de position dominante ainsi que la façon générale dont le Bureau les applique.

Ces lignes directrices comportent cinq parties et cinq annexes, comme suit :

- la partie 1 décrit l'objectif des dispositions sur l'abus de position dominante;
- la partie 2 décrit le cadre institutionnel de l'application des dispositions;
- la partie 3 présente un examen détaillé des éléments clés de l'article 79;
- la partie 4 traite des aspects économiques de divers types d'agissements anticoncurrentiels;
- la partie 5 aborde les mesures correctives que le Tribunal peut appliquer en vertu de l'article 79;
- l'annexe I contient le texte des articles 78 et 79 et d'autres articles de la *Loi* traitant de l'abus de position dominante sur le marché;
- l'annexe II examine la démarche du Bureau face à l'exclusivité;
- l'annexe III examine la démarche du Bureau face aux ventes liées, offres groupées et rabais pour achats groupés;
- l'annexe IV examine la démarche du Bureau face au refus d'accès;
- l'annexe V présente un résumé d'affaires relevant de l'article 79 que le Tribunal a entendues.

1.2 Objectif des dispositions sur l'abus de position dominante

En vertu de l'article 79, le simple fait d'être une entreprise dominante ou même un monopole et de posséder une puissance commerciale en conséquence n'est pas en soi suffisant pour justifier une intervention en vertu de la *Loi*. Le fait de pratiquer des prix plus élevés ou d'offrir aux clients un service ou un choix moindres que ceux auxquels on pourrait s'attendre dans un marché concurrentiel ne constitue pas en soi un abus de position dominante. Plutôt, le Tribunal a jugé qu'il y a abus lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises possédant une puissance commerciale se livre intentionnellement à un agissement ayant pour effet négatif l'exclusion, la mise au pas ou l'éviction à l'endroit

² L.R. (1985), ch. C-34.



de concurrents ou de concurrents éventuels, de telle sorte qu'il y aurait vraisemblablement empêchement ou diminution sensible de la concurrence³.

Les dispositions sur l'abus de position dominante ont pour objectif de créer un encadrement du marché dans lequel toutes les entreprises ont une possibilité de réussir ou d'échouer selon leur capacité de concurrencer. Un tel cadre ne signifie toutefois pas qu'il faille assurer l'égalité entre les concurrents. Plutôt, l'objectif des dispositions sur l'abus de position dominante consiste à favoriser une concurrence efficace et non les intérêts d'un quelconque concurrent ou groupe de concurrents.

Dans tous les marchés, certaines entreprises seront mieux placées que d'autres pour concurrencer. Certaines ont des produits supérieurs, des méthodes de distribution plus efficaces ou une plus grande compétence en commercialisation. Les entreprises peuvent aussi mettre en œuvre des stratégies concurrentielles différentes, y compris des degrés divers d'intégration verticale. Ce processus concurrentiel normal implique que certaines entreprises réussiront alors que d'autres échoueront. Les dispositions sur l'abus de position dominante fixent des limites au comportement concurrentiel des entreprises et prévoient des mesures correctives lorsque des entreprises outrepassent ce qui serait un comportement concurrentiel légitime afin de nuire à des concurrents ou de les éliminer, de sorte qu'il y ait empêchement ou diminution sensible de la concurrence.

Pour en arriver à une conclusion au sujet de toute entrave aux dispositions sur l'abus de position dominante, la situation de l'industrie en cause et les faits particuliers de chaque cas doivent faire l'objet d'une enquête et d'une analyse méticuleuses. Par exemple, la conduite d'une entreprise ayant une part de marché relativement faible dans une industrie où il n'y a guère d'obstacles à l'entrée ne justifierait probablement pas une enquête ou une demande auprès du Tribunal. Cependant, des agissements anticoncurrentiels identiques de la part d'une entreprise occupant une position dominante dans un marché où il est très difficile d'entrer pourrait bien inciter le Bureau à entreprendre un examen ou une enquête. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de déterminer si les agissements d'une entreprise en particulier enfreignent les dispositions relatives à l'abus de position dominante, il faut évaluer ces agissements en fonction de la structure et des caractéristiques propres au marché en question. En conséquence, ces lignes directrices ne permettent pas de déterminer pour toutes situations des règles absolues en ce qui a trait à un abus de position dominante. Néanmoins, ces lignes directrices précisent l'interprétation que le Bureau fait de la jurisprudence ainsi que la façon générale dont il applique les dispositions pertinentes.

³ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet* [1990], 32 C.P.R. (3^e) 1 (Trib. conc.) [NutraSweet].



Partie 2 : Cadre institutionnel de l'application de la *Loi*

2.1 Fonctions d'enquête et fonctions décisionnelles

La *Loi* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*⁴ créent une nette distinction entre les fonctions d'enquête et les fonctions décisionnelles. Le commissaire de la concurrence⁵ est investi de la responsabilité des enquêtes en vertu de la *Loi* et il dispose à cette fin de vastes pouvoirs⁶. Le Tribunal est responsable de rendre des décisions dans les affaires d'application des dispositions civiles de la *Loi*, y compris les dispositions sur l'abus de position dominante⁷.

Seul le commissaire peut présenter une demande d'ordonnance corrective au Tribunal en vertu de l'article 79. De la même façon, le Tribunal ne peut examiner une question en application de la *Loi* que sur demande du commissaire. Lorsqu'une demande a été déposée auprès du Tribunal, il appartient au commissaire de prouver au Tribunal que tous les éléments de l'article 79 sont réunis et que le Tribunal devrait rendre une ordonnance⁸. En d'autres termes, le commissaire ne peut pas directement contraindre une entreprise à modifier sa pratique commerciale. Il doit intervenir comme partie à un litige devant le Tribunal et prouver qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance.

2.2 Processus d'examen ou d'enquête

Avant que le commissaire présente une demande au Tribunal, le Bureau procède à un examen et à une enquête. Les examens en vertu de la *Loi* débutent habituellement par la réception d'une plainte. Dans les affaires d'abus de position dominante, les plaintes peuvent être déposées par des entreprises soutenant que les activités de certains concurrents entravent leur capacité d'entrer sur un marché ou d'y livrer concurrence.

Sur réception d'une plainte, le Bureau entreprend un examen préliminaire pour recueillir des faits et déterminer : (i) s'il existe un problème en vertu de la *Loi*; (ii) s'il existe des motifs d'entreprendre une enquête officielle en vertu de la *Loi*; et (iii) les dispositions de la *Loi* sous lesquelles l'enquête devrait s'inscrire. Le commissaire ordonne une enquête lorsqu'il a des raisons de croire qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VIII de la *Loi* contenant les dispositions sur l'abus de position dominante. Une fois l'enquête entamée, les pouvoirs d'enquête officiels peuvent être utilisés⁹.

⁴ L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.).

⁵ Appelé directeur des enquêtes et recherches avant les modifications apportées à la *Loi* en mars 1999.

⁶ Le commissaire de la concurrence, nommé par le gouverneur en conseil, est chargé d'administrer et d'appliquer la *Loi*.

⁷ Le Tribunal se compose de juges de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, dont l'un agit en qualité de président, ainsi que de membres qui possèdent des connaissances spécialisées en commerce et en économie.

⁸ La norme de preuve exigée en matière civile est celle de la « prépondérance des probabilités ».

⁹ Non seulement le commissaire est autorisé à ouvrir une enquête de sa propre initiative, mais l'article 9 de la *Loi* prévoit que six personnes résidant au Canada peuvent s'adresser au commissaire pour demander l'institution d'une enquête. De plus, selon l'article 10, le ministre de l'Industrie peut ordonner au



Avant d'utiliser des pouvoirs d'enquête officiels, le commissaire doit demander à la cour l'autorisation de contraindre des personnes à produire les renseignements nécessaires à l'enquête. L'article 11 de la *Loi* permet au commissaire d'obtenir de la cour l'autorisation d'exiger la production de documents, la présentation de déclarations écrites et/ou la comparution pour interrogation sous serment. Les articles 15 et 16 permettent aussi la perquisition de locaux et de systèmes informatiques et la saisie d'éléments de preuve¹⁰.

Les allégations d'abus de position dominante peuvent aussi être examinées en vertu d'autres dispositions civiles et criminelles plus précises. Les enquêtes du commissaire peuvent être suffisamment vastes pour tenir compte d'éventuelles contraventions en vertu de divers articles de la *Loi*¹¹. La décision finale sur les articles de la *Loi* que le commissaire invoquera dépendra des faits précis de chaque cas. Avant que le commissaire n'envisage de déposer une demande auprès du Tribunal, il faut aussi qu'une mesure corrective efficace soit possible.

Au cours de ses enquêtes, le Bureau s'adresse à diverses sources pour obtenir tous les renseignements, notamment les plaignants, les acteurs du marché ainsi que l'entreprise ou les entreprises faisant l'objet de l'enquête. Les renseignements sont soigneusement analysés à la lumière du cadre juridique et économique des dispositions législatives. Dans bien des cas, le Bureau complétera son évaluation en obtenant des avis juridiques et économiques spécialisés ou des renseignements d'experts de l'industrie en cause. Lorsque la preuve démontre l'existence de motifs justifiant une demande au Tribunal, le Bureau assure aux parties en cause la possibilité de présenter des renseignements qui indiqueraient quelles mesures elles sont disposées à prendre, le cas échéant, pour pallier les préoccupations en matière de concurrence.

La procédure d'enquête est assujettie à différents moyens de contrôle et de contrepoids. Le paragraphe 10(3) de la *Loi* exige que toutes les enquêtes soient conduites en privé. Comme on l'a vu plus haut, le commissaire peut seulement exercer des pouvoirs d'enquête officiels avec l'autorisation des tribunaux. L'importance de l'application régulière de la *Loi*, la complexité des questions en jeu, la grande quantité de renseignements à traiter et le degré d'analyse nécessaire pour que le Bureau puisse prendre des décisions opportunes à l'issue des enquêtes font que la procédure d'enquête peut exiger beaucoup de temps et de ressources.

commissaire d'ouvrir une enquête. Le commissaire déclenche la grande majorité des enquêtes étant venu à la conclusion que, compte tenu de la plainte et de l'examen préliminaire, il y a des « motifs raisonnables de croire » qu'il y a eu contravention à la *Loi*.

¹⁰ Ces dispositions sont examinées en plus ample détail dans le *Bulletin d'information sur l'article 11 de la Loi sur la concurrence* (Ottawa, Industrie Canada, 2005) et le *Bulletin d'information sur les articles 15 et 16 de la Loi sur la concurrence* (Ottawa, Industrie Canada, 2008); en ligne : Bureau de la concurrence, www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

¹¹ Par exemple, une allégation d'abus peut mettre en cause un comportement d'éviction (aussi visé par le paragraphe 50(1) des dispositions criminelles), un refus de vendre (aussi traité en vertu de l'article 75 ou de l'article 61) ou une pratique d'exclusivité, la limitation du marché ou les ventes liées (aussi traitées en vertu de l'article 77).



2.3 Décisions faisant suite aux examens ou enquêtes

La décision finale à l'issue d'un examen ou d'une enquête dépend de ce que la preuve permette ou non de conclure que les éléments du paragraphe 79(1) sont réunis. Si le commissaire conclut que ce n'est pas le cas, l'enquête est discontinuée. Le commissaire produit alors, au nom du ministre de l'Industrie, un rapport faisant état des renseignements obtenus et des motifs de la discontinuation de l'enquête¹². Par la suite, les parties visées par l'enquête et les plaignants sont informés par écrit de l'état de l'enquête. Lorsque le commissaire a des motifs de le faire, il peut présenter une demande au Tribunal. La partie 5 des présentes lignes directrices aborde les mesures correctives possibles en vertu de l'article 79 ainsi que les autres moyens de régler des inquiétudes en matière de concurrence sans recourir à une demande au Tribunal.

2.4 Procédures suivies devant le Tribunal de la concurrence

Si le commissaire a fait enquête sur une plainte d'abus de position dominante et est convaincu que la preuve justifie la présentation au Tribunal d'une demande de mesure corrective, il communique habituellement aux parties les préoccupations soulevées par la présumée contravention à la *Loi*. Les parties auraient alors la possibilité de réagir aux préoccupations du commissaire et de proposer des moyens d'y pallier de façon à éviter une procédure contentieuse devant le Tribunal.

Le règlement de ces affaires est traité au cas par cas. Dans la plupart des situations, le commissaire privilégie nettement la conclusion entre les parties d'un accord sur les mesures correctives qui sera consigné dans un consentement enregistré en vertu de l'article 105 de la *Loi*. Lorsqu'une démarche non contentieuse a été adoptée pour régler les problèmes en matière de concurrence, le commissaire diffuse un communiqué ou une annonce dans le site Web du Bureau pour s'assurer que toutes les parties intéressées sont informées du fait que l'affaire a été réglée.

Lorsqu'un accord sur un consentement n'est pas conclu avec la partie en cause, le commissaire présente au Tribunal une demande en vue de régler le problème par des voies judiciaires. Que le Tribunal soit saisi d'une affaire faisant l'objet d'un consentement ou d'une procédure contestée, les règles du Tribunal prévoient la tenue d'une audience publique à laquelle des tiers peuvent demander de participer en qualité d'intervenants. Les procédures sont régies par les *Règles du Tribunal de la concurrence*, qui prévoient les modalités pour la comparution de témoins ainsi que pour la production d'éléments de preuve documentaires.

L'article 103.3 de la *Loi* prévoit que le Tribunal peut, sur demande *ex parte* du commissaire, rendre une ordonnance provisoire pour prévenir un préjudice irréparable à la concurrence ou à un concurrent pendant que le commissaire poursuit une enquête. Les

¹² L'article 22 régit la discontinuation d'une enquête. Dans le cas d'une enquête entamée par suite d'une demande au titre de l'article 9, le commissaire doit informer de la discontinuation les « six personnes résidant au Canada » qui ont présenté la demande, en précisant les motifs.



ordonnances provisoires sont d'une durée maximale de 80 jours à moins que le Tribunal soit convaincu que le commissaire a demandé mais pas reçu des renseignements nécessaires à son enquête. Une ordonnance provisoire peut aussi être prise en vertu de l'article 104 de la *Loi* une fois qu'une demande d'ordonnance de mesure corrective a été présentée au Tribunal.

Partie 3 : Éléments du paragraphe 79(1)

3.1 Disposition législative

Le paragraphe 79(1) de la *Loi* est ainsi libellé :

Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

L'article 79 énonce donc les trois éléments essentiels. En l'absence d'un ou l'autre, il n'y a pas de motifs suffisants pour une ordonnance de mesures correctives.

L'alinéa 79(1)a) met l'accent sur la puissance commerciale. Le Bureau considère que dans un sens général, la puissance commerciale est la capacité de maintenir les prix au-delà de leur niveau concurrentiel (ou de restreindre d'une façon semblable d'autres aspects de la concurrence), et ce, pendant une période prolongée et de façon rentable. L'abus de position dominante sur un marché peut aussi survenir du côté des acheteurs. Pour les acheteurs, la puissance commerciale est la capacité d'une seule entreprise ou d'un groupe d'entreprises de faire baisser les prix payés aux vendeurs sous leur niveau concurrentiel, et ce, pendant une période prolongée et de façon rentable. Dans le contexte de l'alinéa 79(1)a), le niveau pertinent de puissance commerciale englobe aussi bien la puissance commerciale préexistante d'une entreprise que la puissance commerciale obtenue à la suite de tout comportement anticoncurrentiel. Si une entreprise ne possède pas une puissance commerciale ou qu'on ne s'attend pas à ce qu'elle obtienne une telle puissance en raison de la pratique alléguée à l'intérieur d'une année, c.-à-d. les prix se trouvent à des niveaux concurrentiels et que l'entreprise n'est pas censée acquérir la capacité de les faire augmenter, le Bureau n'évoquera pas l'abus de position dominante.



L'alinéa 79(1)*b*) met l'accent sur le comportement qui est anticoncurrentiel. Une entreprise dominante qui pratique des prix supraconcurrentiels n'est pas de ce simple fait exposée à une demande en vertu de l'article 79. Les dispositions sur l'abus de position dominante ne visent pas à réglementer les prix, mais plutôt à veiller à ce que des mesures opportunes soient prises face à un comportement anticoncurrentiel. Des exemples de pratiques commerciales qui constituent des agissements anticoncurrentiels sont énumérés à l'article 78. La liste est vaste mais non exhaustive. En conséquence, le Tribunal a la latitude voulue pour traiter d'agissements anticoncurrentiels qui ne figurent pas à l'article 78. La partie 4 du présent document présente de plus amples renseignements sur les agissements anticoncurrentiels.

Enfin, l'alinéa 79(1)*c*) exige de prouver que la pratique d'agissements anticoncurrentiels a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet « d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Il met ainsi l'accent sur les effets sur la concurrence plutôt que sur des concurrents individuels.

3.2 Les éléments

3.2.1 « Une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »

Cet alinéa de la *Loi* renferme trois éléments qui sont examinés en plus ample détail ci-dessous : (i) l'existence d'une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; (ii) le sens de « contrôlent »; et (iii) le sens de l'expression « une ou plusieurs personnes ».

3.2.1(a) « Catégorie ou espèce d'entreprises » – Définition du marché de produits

Pour évaluer la puissance commerciale, il faut d'abord déterminer quels sont les produits et quels sont les concurrents les produisant pouvant limiter la capacité d'une entreprise mise en cause d'augmenter ses prix ou autrement limiter la concurrence de façon rentable. Le Bureau définit une « catégorie ou espèce d'entreprises » comme étant synonyme d'un marché de produits pertinent¹³. Pour définir un marché de produits pertinent, il s'agit d'abord d'examiner le produit à l'égard duquel un abus de position dominante est allégué, puis se demander si un monopoleur hypothétique parviendrait à imposer et à soutenir une hausse significative non transitoire des prix pour ce produit au-delà d'un certain niveau de référence. En général, une augmentation de 5 p. 100 du prix réel au-delà du niveau de prix qui aurait cours en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués (c.-à-d. le niveau de référence pertinent) pendant une période d'un an est considérée comme une augmentation significative non transitoire¹⁴. Si la

¹³ Dans *NutraSweet*, le Tribunal a conclu que le fait de délimiter une « catégorie ou espèce d'entreprises » équivaut à définir le marché de produits pertinent.

¹⁴ Cela signifie que le prix courant peut ne pas être la référence pertinente pour définir le marché pertinent dans lequel l'entreprise soi-disant dominante fait concurrence. Il est possible que certains produits qui semblent appartenir au marché n'en feraient pas partie aux niveaux de prix qui auraient existé en l'absence



hausse des prix est susceptible d'amener les acheteurs à se tourner vers d'autres produits en quantités suffisantes pour que la hausse devienne non rentable, le produit en question ne constitue pas le marché pertinent, et le prochain substitut le plus proche s'ajoute au marché candidat. L'analyse se répète alors jusqu'au point où le monopoleur hypothétique parvient à imposer et à soutenir l'augmentation des prix. C'est ce qu'on appelle le critère du « monopoleur hypothétique »¹⁵.

En ce qui concerne l'application du critère du monopoleur hypothétique, les produits des entreprises qui semblent avoir fait l'objet de mesures d'éviction, de mise au pas ou d'exclusion en conséquence des agissements anticoncurrentiels en cause sont précisés et pris en compte pour cerner les marchés candidats. Les produits d'entreprises qui continuent de vendre d'éventuels substituts en présence des agissements anticoncurrentiels en cause sont aussi pris en considération. Le plus petit marché candidat au titre de marché pertinent envisagé correspond au produit de l'entreprise qui abuserait de sa position dominante. Si un monopoleur hypothétique contrôlant ce produit n'imposait pas une augmentation de prix de 5 p. 100 ou plus au-delà du niveau de référence, le candidat au titre de marché pertinent est agrandi de façon à englober le prochain substitut le plus proche. Ce prochain substitut pourrait être le produit d'entreprises qui continuent de vendre en présence des agissements anticoncurrentiels allégués ainsi que les produits d'entreprises dont on a déterminé qu'elles ont vraisemblablement été exclues. Le plus petit ensemble de produits à l'égard desquels l'augmentation du prix pourrait être soutenue est défini comme étant le marché de produits pertinent.

Cette méthode permet de déterminer les produits qu'une entreprise abusant de sa position dominante devrait contrôler ou autrement influencer par un agissement anticoncurrentiel de façon à pouvoir augmenter le prix au-delà du prix qui aurait cours en l'absence de l'agissement anticoncurrentiel¹⁶. L'évaluation de la substituabilité de

des agissements anticoncurrentiels allégués. Le fait d'inclure ces produits pourrait mener à une définition excessivement vaste du marché de produits d'un point de vue antitrust. La raison en est que ces produits ne servent pas à contenir la puissance commerciale de l'entreprise dominante, mais plutôt ne sont considérés comme des substituts des produits du marché qu'à des niveaux de prix auxquels la puissance commerciale a déjà été exercée. Une situation semblable se pose dans la définition des paramètres géographiques du marché, lesquels peuvent être définis trop largement si en font partie des régions qui ne le feraient pas au niveau de prix qui aurait cours en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués. C'est ce qu'on appelle le problème du « sophisme du cellophane ». (Le problème a été reconnu initialement dans le cas d'une affaire américaine concernant les producteurs de cellophane.)

¹⁵ Cette démarche va dans le même sens que celle prévue pour la définition des marchés décrite dans la partie 3 du document du Bureau *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Fusionnements* (Ottawa, Industrie Canada, 2004); en ligne : Bureau de la concurrence, www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

¹⁶ Même si le Bureau définit essentiellement le marché d'après la capacité du monopoleur hypothétique de soutenir la hausse des prix au-delà du niveau qui aurait existé n'eut été des agissements anticoncurrentiels allégués, il examinera toutes les preuves que présentent l'entreprise ou les entreprises occupant supposément une position dominante afin d'établir qu'elles ne détiennent pas une puissance commerciale ou qu'elles ne détiendront vraisemblablement pas une telle puissance à l'intérieur d'une année – autrement dit, qu'il n'y a pas de majoration faible mais sensible et non transitoire des prix au-dessus des niveaux concurrentiels et qu'il ne pourra pas y en avoir dans le courant de l'année. Cela signifie non seulement que l'entreprise ou les entreprises supposément dominantes pratiqueraient ces mêmes prix en l'absence de la conduite reprochée, mais également que ces prix constituent en fait le niveau concurrentiel. Dans cette



différents produits se fonde sur les changements dans la demande (c.-à-d. la substitution par l'acheteur) à la suite de changements dans les prix. Les changements dans l'offre (c.-à-d. la capacité de concurrents éventuels de commencer à approvisionner le marché pertinent à la suite d'une augmentation des prix) sont importants au moment d'évaluer le risque de puissance commerciale, mais ne sont pas pris en compte pour définir les marchés pertinents.

Une méthode qui tient compte du changement de fournisseur par l'acheteur en réponse à des changements modestes mais sensibles des prix a été acceptée par le Tribunal dans les affaires *Laidlaw*¹⁷ puis *Nielsen*¹⁸, où le Tribunal a établi son approche de base face à la définition du marché de produits :

Un élément de preuve directe du passage d'un produit à l'autre à la suite d'une légère modification du prix relatif établirait la substituabilité. Lorsque [...] aucune modification du prix et de la quantité n'est mise en preuve, il faut répondre à la question de façon moins directe en examinant le témoignage des acheteurs et des fournisseurs concernant les caractéristiques, l'utilisation prévue et le prix des [produits en cause]¹⁹.

Idéalement, une preuve directe de changement du comportement de l'acheteur (c.-à-d. changement des quantités achetées) en réponse à des changements du prix relatif peut démontrer la substituabilité dans l'optique de la définition du marché²⁰. En pratique, une telle preuve directe peut être difficile à obtenir. Avec ou sans preuve directe toutefois, le Bureau examine aussi divers facteurs qualitatifs pour déterminer la substituabilité au sens des dispositions sur l'abus de position dominante. Parmi eux figurent les éléments suivants :

- **Les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs.** Le fait de savoir si les acheteurs ont acheté dans le passé des

éventualité, s'il semble que l'entreprise ou le groupe ne serait pas en mesure de soutenir une augmentation des prix au-delà du niveau concurrentiel, le Bureau ne considérera pas que l'entreprise ou le groupe détient une puissance commerciale. S'il y a puissance commerciale, toutefois, le contrôle à l'égard d'une catégorie ou espèce d'entreprises est établi en fonction des prix qui auraient existé en l'absence de l'agissement anticoncurrentiel.

¹⁷ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3^e) 289 (Trib. conc.) [*Laidlaw*].

¹⁸ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The D&B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3^e) 216 (Trib. conc.) [*Nielsen*].

¹⁹ *Nielsen, ibid.*, p. 241.

²⁰ La principale technique quantitative pertinente est la mesure des valeurs de l'élasticité et de l'élasticité croisée de la demande puis, au besoin, la comparaison de ces données à celles des valeurs calculées des élasticités critiques. L'élasticité indique la façon dont les acheteurs modifient leur consommation d'un produit en réponse à l'évolution de son prix; l'élasticité croisée de la demande, elle, s'entend des changements dans les choix de consommation en réaction à l'évolution des prix d'autres produits. Bien que cette dernière ne permette pas de mesurer directement la capacité d'une entreprise de majorer ses prix, elle est utile pour déterminer si des produits différenciés sont de proches substituts lorsqu'il faut définir le marché de produit pertinent.



produits de substitution et s'ils ont l'intention de le faire à l'avenir peut indiquer si une augmentation de prix est soutenable.

- **Les opinions, les stratégies et le comportement au sein du milieu commercial.** Des sondages auprès de l'industrie, des acteurs de l'industrie et des spécialistes de l'industrie peuvent fournir des renseignements utiles sur le passé et l'avenir probable de l'industrie en ce qui concerne les produits dont on soutient qu'ils sont la source d'une importante contrainte. Des documents que les entreprises qui se livreraient à un abus de position dominante ont établis dans le cours normal des affaires peuvent aussi être utiles.
- **L'utilisation finale.** L'interchangeabilité fonctionnelle est généralement une condition nécessaire mais non suffisante pour que deux produits soient regroupés dans le même marché pertinent.
- **Les caractéristiques physiques et techniques.** En général, plus les acheteurs accordent de l'importance aux caractéristiques physiques ou techniques particulières réelles ou perçues d'un produit, plus il est probable d'arriver à la conclusion que le produit appartient à un marché pertinent distinct.
- **Les coûts de changement de fournisseur.** L'importance des coûts que les acheteurs auraient à assumer, en l'absence de la pratique alléguée d'agissements anticoncurrentiels, par exemple pour modifier leurs outils et leurs emballages, adapter leur mise en marché, résilier un contrat d'approvisionnement ou s'habituer à de nouvelles méthodes peut suffire à rendre improbable un changement de fournisseur en réaction à une augmentation de prix même importante et non transitoire.
- **Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs.** L'absence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix de deux produits au cours d'une période relativement importante peut indiquer que les produits ne font pas partie du même marché pertinent.

3.2.1(b) « À la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » – Définition du marché géographique

Une analyse de l'univers des concurrents en place comporte également une dimension géographique. Le Bureau estime que décider si une situation donnée existe « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » équivaut à définir le marché géographique pertinent²¹. Comme dans le cas de la définition d'un marché de produits pertinent, le Bureau examinera la mesure dans laquelle il y a changement de fournisseur

²¹ Malgré l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », le marché géographique pertinent peut, d'un point de vue antitrust, inclure un territoire à l'extérieur du Canada.



par l'acheteur, selon le lieu, en réponse à une augmentation modeste mais significative et non transitoire des prix, en appliquant le critère du monopoleur hypothétique décrit plus haut. Un marché géographique pertinent comprendra tous les lieux ou points d'approvisionnement considérés par les acheteurs comme étant des proches substituts. Cette position est compatible avec la jurisprudence²².

En plus de tirer parti des techniques quantitatives qui servent à la définition du marché de produits, le Bureau tient également compte de certains facteurs qualitatifs pour définir le marché géographique aux fins des dispositions sur l'abus de position dominante :

- **Les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs.** Des facteurs liés à l'aspect pratique ou aux caractéristiques particulières du produit (p. ex. la fragilité, la nature périssable) peuvent influencer le choix de fournisseur en cas d'augmentation de prix. Le Bureau examinera ce que les acheteurs ont fait dans le passé et ce qu'ils sont susceptibles de faire à l'avenir à la faveur de nouvelles options issues par exemple de progrès dans la technologie.
- **Les opinions, les stratégies et le comportement au sein du milieu commercial.** Des tierces parties qui connaissent l'industrie en cause peuvent fournir des renseignements utiles sur le passé et l'avenir probable de l'industrie qui aideront à définir le marché pertinent. La mesure dans laquelle des acheteurs éloignés sont pris en compte dans les plans d'entreprise, les plans de commercialisation et d'autres documents de l'entreprise qui abuserait d'une position dominante peuvent aussi être des indicateurs utiles à la définition du marché géographique.
- **Les coûts de changement de fournisseur.** La mesure dans laquelle les coûts que les acheteurs auraient à assumer en l'absence de la pratique alléguée d'agissements anticoncurrentiels afin d'adapter leurs activités pour se procurer le produit auprès d'une autre source peuvent suffire à rendre improbable un changement de fournisseur en réaction à une augmentation de prix importante et non transitoire.
- **Les coûts de transport.** En général, le fait que les prix en vigueur dans une région éloignée aient toujours été supérieurs aux prix pratiqués dans la région géographique pertinente dans une mesure supérieure aux coûts de transport est une indication que la région éloignée est dans un marché pertinent distinct. Cependant, ce facteur peut ne pas être probant parce que l'hypothétique augmentation significative et non transitoire des prix au-delà du niveau qui aurait cours en l'absence des présumés agissements

²² Dans *NutraSweet*, le Tribunal a souligné que le marché géographique pertinent englobe « une région [qui] est suffisamment à l'abri des tensions suscitées par les prix émanant d'autres régions pour que ses caractéristiques particulières permettent d'imposer des prix qui diffèrent sensiblement pendant une période donnée de ceux des autres régions ». Voir *supra* note 3, p. 20-21.



anticoncurrentiels peut amener les prix à un niveau supérieur au prix éloigné majoré des coûts de transport. Lorsqu'il est rentable pour des vendeurs éloignés d'expédier leur produit dans le marché pertinent, on suppose en général qu'ils seraient susceptibles de le faire.

- **Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs.** D'importantes différences de prix ou l'absence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix entre deux régions au cours d'une période importante peut indiquer que les régions ne font pas partie du même marché pertinent.
- **Les tendances liées à l'expédition.** Le fait que d'importantes quantités du produit en cause soient expédiées depuis une région éloignée vers une région touchée par une augmentation de prix peut indiquer que la région éloignée fait partie du marché géographique. Toutefois, les habitudes passées en matière d'expédition peuvent être un mauvais indicateur de la mesure dans laquelle les vendeurs d'une région imposent des contraintes aux vendeurs d'une autre région, surtout là où il n'y a pas d'expédition. Dans les cas où il y a eu des expéditions, une analyse plus poussée peut être nécessaire pour déterminer si les expéditions en provenance de la région éloignée peuvent empêcher de rentabiliser une augmentation de prix modeste mais significative.
- **La concurrence étrangère.** Même si les principes évoqués plus haut s'appliquent tout autant aux sources de concurrence nationales et internationales, d'autres facteurs peuvent s'ajouter lorsqu'il est question de l'influence des fournisseurs étrangers, y compris les tarifs douaniers, les quotas à l'importation, la réglementation, les plaintes pour dumping, les politiques gouvernementales en matière d'approvisionnement, les lois sur la propriété intellectuelle, les fluctuations des taux de change et la normalisation internationale des produits.

3.2.1(c) « Contrôlent sensiblement ou complètement » – Puissance commerciale

Une fois que l'univers des concurrents existant est délimité, il s'agit d'évaluer la mesure dans laquelle ces rivaux restreignent la puissance commerciale que pourrait autrement exercer une entreprise dominante. Le Bureau considère que « contrôler » est synonyme de puissance commerciale²³. Étant donné que le Bureau s'intéresse généralement à l'augmentation ou à la préservation de la puissance commerciale à la suite d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels (il considère que la préservation ou l'augmentation de la puissance commerciale peut comprendre la création d'une puissance commerciale si le « contrôle » dont il est question à l'alinéa 79(1)a) est établi en conséquence du comportement anticoncurrentiel allégué), dans le contexte de l'alinéa 79(1)a), le degré pertinent de puissance commerciale comprend à la fois la

²³ C'est là l'interprétation que le Tribunal a retenue dans les affaires *NutraSweet*, *supra* note 3, *Laidlaw*, *supra* note 17 et *Nielsen*, *supra* note 18. Voir aussi en note 1 les dimensions de la concurrence englobées dans le terme « prix ».



puissance qu'exerçait déjà l'entreprise sur le marché et celle qu'elle acquiert en raison de l'agissement anticoncurrentiel. Le Bureau considère normalement qu'une période « importante », aux fins de l'évaluation de la puissance commerciale, correspond à un an. Cela ne signifie pas que le Bureau n'interviendrait pas dans un cas d'abus de position dominante si la puissance commerciale existe depuis moins d'un an. Dans ce cas, le Bureau examine la probabilité que cette puissance commerciale continuerait d'exister ou s'amplifierait en l'absence d'intervention du Bureau.

La puissance commerciale peut être mesurée directement et indirectement. Les indicateurs directs de la puissance commerciale, comme la rentabilité ou l'imposition de prix supraconcurrentiels, ne sont pas toujours probants : il peut être difficile de déterminer le niveau de prix qui aurait eu cours en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués, et donc si les prix sont sensiblement supérieurs à ce niveau, et il peut aussi être difficile de définir la mesure pertinente des coûts auxquels les prix devraient être comparés. Néanmoins, le Tribunal a accepté en preuve certains indicateurs directs quand ils étaient disponibles. Dans l'affaire *Télé-Direct* par exemple, le Tribunal a admis que la forte marge bénéficiaire pratiquée par Télé-Direct en regard de ses coûts moyens – produisant un bénéfice comptable d'environ 40 p. 100 – témoignait de rentes économiques élevées et constituait ainsi un indicateur direct de la puissance commerciale de Télé-Direct. Dans l'affaire *Tuyauteries Canada*, le Tribunal a accepté des preuves d'importantes variations de prix selon la région comme indication de prix supraconcurrentiels (du moins dans les régions où les prix étaient les plus élevés), bien que ces indicateurs en soi ne suffisent pas à démontrer une puissance commerciale. Dans les deux cas, l'existence d'une puissance commerciale a aussi été démontrée au moyen d'indicateurs indirects.

Le Bureau utilise une variété d'indicateurs indirects qualitatifs et quantitatifs pour évaluer la puissance commerciale. Ces indicateurs comprennent, entre autres, les éléments suivants :

- les parts de marché, y compris leur stabilité et leur répartition;
- les obstacles à l'entrée dans le marché, y compris le comportement reproché aux entreprises dominantes;
- d'autres caractéristiques du marché, y compris l'ampleur des changements technologiques et le pouvoir compensateur des clients ou des fournisseurs.

3.2.1(c)(i) Parts de marché

Selon la jurisprudence, un des facteurs les plus importants de la puissance commerciale, outre les obstacles à l'entrée, est la part de marché²⁴. Il n'existe toutefois

²⁴ Dans l'affaire *NutraSweet*, *supra* note 3, p. 28, le Tribunal s'exprime comme suit : « Cette approche théorique [la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels] est valable, mais elle n'est pas facilement applicable; il faut habituellement tenir compte des indicateurs de la puissance commerciale, comme la part de marché et les obstacles posés à l'accès au marché. Les facteurs particuliers qui devront être pris en compte pour évaluer le contrôle ou la puissance commerciale varieront dans chaque cas. »



pas un seuil numérique donné qui permette de conclure qu'une entreprise possède une puissance commerciale. Le Bureau estime qu'une forte part de marché est habituellement une condition nécessaire mais non suffisante pour établir l'existence d'une puissance commerciale.

Toutes autres choses étant égales par ailleurs, plus est grande la part de marché détenue par les autres concurrents, moins il est probable que les entreprises en cause pourraient exercer une puissance commerciale. Lorsque les autres concurrents ont une forte présence dans le marché, les clients ont plusieurs options concurrentielles si une entreprise ou un groupe d'entreprises tente d'augmenter les prix. Le cas échéant, la défection d'une importante partie de la clientèle d'une entreprise peut suffire à empêcher la rentabilité d'une augmentation de prix²⁵.

En plus de considérer les vendeurs établis des produits pertinents comme des concurrents, le Bureau tient aussi compte des variations de l'offre, c.-à-d. des vendeurs éventuels qui pourraient détourner des ventes ou utiliser une capacité excédentaire pour commencer à approvisionner le marché si les prix augmentent de 5 p. 100. En l'occurrence, une entreprise serait considérée comme un acteur du marché pertinent si elle n'a pas besoin d'effectuer de grands investissements irrécupérables pour entrer sur le marché et qu'elle pourrait le faire dans un délai d'un an. Dans le cas d'entreprises qui entrent dans un marché en misant sur la variation de l'offre, seuls les produits ou la capacité qui seraient vraisemblablement offerts sur le marché pertinent sans nécessiter des investissements notables seraient inclus dans le calcul des parts de marché. Les situations où l'entrée dans le marché exigerait d'importants investissements irrécupérables ou un délai de plus d'un an sont prises en compte dans l'analyse de l'entrée, décrite dans la section suivante sur les obstacles à l'entrée.

Les parts de marché peuvent être mesurées selon les revenus (chiffre d'affaires), les unités (ventes unitaires), la capacité (de produire ou de vendre) ou, dans certaines industries des ressources naturelles, les réserves. Si les produits du marché pertinent sont homogènes et que les entreprises fonctionnent toutes à pleine capacité, les parts de marché relatives des entreprises devraient être relativement semblables, qu'elles soient mesurées selon le chiffre d'affaires, les ventes unitaires ou la capacité. Lorsque les entreprises produisant des produits homogènes ont une capacité excédentaire, les parts de marché mesurées selon la capacité peuvent être plus pertinentes à la force relative d'une entreprise sur le marché et à son influence sur la concurrence. Si les concurrents peuvent aisément augmenter l'offre à la suite d'une augmentation des prix, ils peuvent être en mesure de limiter la capacité d'une entreprise d'augmenter ses prix au-delà des niveaux concurrentiels. Cependant, lorsque les produits sont plus différenciés, les parts de marché mesurées selon le chiffre d'affaires, les ventes unitaires ou la capacité peuvent amener à des conclusions différentes sur la force concurrentielle relative des entreprises. Lorsque les marchés sont fortement différenciés, la capacité totale peut être un indicateur

²⁵ La capacité de migration peut être limitée à cause de la vitesse et de la facilité avec lesquelles les entreprises concurrentes peuvent répondre à une demande croissante de leurs produits à la suite d'une augmentation des prix du marché.



trompeur de la situation du marché; les parts de marché mesurées selon le chiffre d'affaires ou les ventes unitaires peuvent être plus probantes.

Dans les affaires contestées d'abus de position dominante qui ont été entendues jusqu'à présent²⁶, les parts de marché des entreprises qui ont été jugées être dominantes étaient très élevées. On peut en déduire que dans ces cas, les clients avaient peu d'options si l'entreprise dominante augmentait les prix ou réduisait sensiblement la concurrence par d'autres moyens²⁷. Dans l'affaire *Télé-Direct*, le Tribunal a affirmé qu'il faudrait une preuve de « facteurs atténuants, le plus courant étant la facilité d'accès » pour réfuter une conclusion *prima facie* de contrôle fondée sur des parts de marché de 80 p. 100 ou plus dans des marchés locaux de publicité dans les annuaires téléphoniques. Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a affirmé qu'une part de marché inférieure à 50 p. 100 ne mènerait pas à une conclusion *prima facie* d'abus de position dominante, mais que cela ne signifiait pas qu'il ne pouvait jamais y avoir puissance commerciale à moins de 50 p. 100.

Le Bureau considère qu'une part de marché inférieure à 35 p. 100 ne susciterait habituellement pas de préoccupations en matière de puissance commerciale ou d'abus de position dominante. Si une entreprise possède une part de marché de 35 p. 100 ou plus, le Bureau poursuivra habituellement son enquête. Dans les cas d'abus conjoint de position dominante, le Bureau estime qu'une part de marché de l'ensemble du groupe d'entreprises en cause inférieure à 65 p. 100 ne donnerait habituellement pas lieu à des préoccupations²⁸. La façon dont le Bureau évalue la dominance conjointe est examinée ci-dessous en plus ample détail.

3.2.1(c)(ii) Obstacles à l'entrée

Comme on l'a vu plus haut, une forte part de marché ne suffit pas en soi à prouver une puissance commerciale. La tentative d'une entreprise d'exercer un pouvoir commercial peut être entravée par l'entrée de nouveaux concurrents ou l'expansion de concurrents en place ayant une envergure et une gamme suffisante, si on peut prévoir que l'entrée ou l'expansion seront rentables. Les facteurs qui peuvent réduire la perspective de rentabilité sont appelés obstacles à l'entrée. Ceux-ci peuvent prendre diverses formes,

²⁶ Les affaires sont les suivantes : *NutraSweet*, supra note 3; *Laidlaw*, supra note 17; *Nielsen*, supra note 18; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, (1997), 73 C.P.R. (3^e) 1 (Trib. conc.) [*Télé-Direct*]; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada* (2003), 26 C.P.R. (4^e) 476 (Trib. conc.) [*Air Canada*]; et *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada* (2005) 40 C.P.R. (4^e) 453 (Trib. conc.).

²⁷ Par exemple, *NutraSweet* fournissait 95 p. 100 du marché de l'aspartame au Canada; *Laidlaw* possédait des parts de marché oscillant entre 87 p. 100 et 100 p. 100 dans différents marchés de collecte des déchets commerciaux; *Nielsen* avait 100 p. 100 du marché de suivi des données du marché prélevées par balayage électronique. Ces données indiquaient à première vue que les entreprises exerçaient une puissance commerciale (ou un contrôle), laquelle conclusion ne pouvait être réfutée qu'au moyen d'une preuve de l'absence d'obstacles à l'entrée.

²⁸ Les deux affaires de dominance conjointe ont été réglées par la voie de consentements, et la position dominante a été admise comme une donnée. Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Banque de Montréal* [1996], 68 C.P.R. (3^e) 527 (Trib. conc.) [*Interac*] et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. AGT Directory Ltd et al.* [1994], C.C.T.D. n° 24 déc. n° CT9402/19 [*CANYPS*].



depuis les éléments dissuasifs liés à une augmentation des coûts jusqu'aux éléments qui constituent un obstacle absolu à l'entrée. Il peut s'agir de coûts irrécupérables, d'obstacles réglementaires, d'économies d'échelle et de gamme, de maturité du marché, d'effets de réseau, de l'accès à des intrants rares ou non reproductibles ou de l'existence de contrats à long terme²⁹. Si dans certains cas chaque obstacle pris individuellement peut être insuffisant pour entraver l'entrée, le Bureau tient compte de l'effet collectif de tous les obstacles qui, ensemble, peuvent effectivement dissuader l'entrée.

Comme le Tribunal l'a affirmé dans l'affaire *Laidlaw*, l'expression « obstacles à l'entrée » évoque la question de la viabilité³⁰. Un nouveau venu doit non seulement pouvoir entrer sur le marché, mais y devenir un concurrent viable. Par conséquent, en examinant les obstacles à l'entrée, le Bureau évalue la possibilité que l'entrée soit opportune, probable et suffisante dans son envergure et sa portée pour empêcher qu'une augmentation de la puissance commerciale d'une entreprise dominante soit soutenable. Une entrée opportune en est une qui se produit relativement rapidement³¹; la probabilité d'une entrée dépend du fait qu'on puisse prévoir qu'elle sera rentable; et une entrée suffisante en est une qui dissuaderait les entreprises dominantes d'augmenter sensiblement leur puissance commerciale.

3.2.1(c)(iii) Autres facteurs

En évaluant la puissance commerciale, le Bureau tient aussi compte d'autres facteurs outre la part de marché et les obstacles à l'entrée. Il examine ainsi, notamment, le pouvoir compensateur, le changement technologique et l'innovation.

Pour déterminer si une entreprise a la capacité d'exercer une puissance commerciale, le Bureau évalue la possibilité qu'un ou plusieurs clients disposent d'un pouvoir compensateur permettant de restreindre l'exercice d'une puissance commerciale. Par exemple, un client peut être en mesure de restreindre la tentative d'une entreprise dominante d'exercer une puissance commerciale s'il lui est possible d'opter pour d'autres vendeurs dans un délai raisonnable, de procéder à une intégration verticale de ses propres activités ou d'encourager des concurrents existants ou éventuels à entrer sur le marché ou à y développer leurs activités.

²⁹ Les coûts irrécupérables sont des dépenses qu'une entreprise ne peut pas recouvrer si elle quitte le marché. Une industrie en réseau est une industrie où la valeur que représente pour une personne le fait d'être reliée au réseau augmente avec le nombre de personnes qui se joignent au réseau en question. Les économies d'échelle se matérialisent si le coût moyen total baisse lorsque la production dépasse un certain niveau. Si une entreprise produit divers extrants, la définition s'applique si la proportion de biens ou services produits par l'entreprise est constante. Les économies de gamme se matérialisent lorsque le coût de la production simultanée de deux produits est inférieur aux coûts combinés de la production des deux produits séparément.

³⁰ *Laidlaw*, *supra* note 17, par. 74. Dans ce cas, la position dominante de *Laidlaw* était en fait la conséquence des obstacles créés par son comportement anticoncurrentiel.

³¹ Dans l'analyse du Bureau, les effets bienfaits de l'entrée sur les prix dans un marché doivent normalement se produire dans un délai de deux ans.



Le Bureau tient aussi compte de la nature et de l'ampleur des changements et de l'innovation dans un marché pertinent pour jauger la puissance commerciale. Une entreprise peut ne pas avoir de puissance commerciale, ou sa puissance commerciale peut être éphémère en présence de changements rapides dans les technologies servant à produire les biens ou services pertinents, ou s'il y a une évolution rapide du genre de services offerts. Une situation où la technologie change rapidement et où les entreprises peuvent envisager, en innovant ou en adoptant une solution plus avancée, de passer outre une position apparemment ferme d'une entreprise en place est un facteur important. De plus, il est aussi important de considérer les changements et l'innovation en matière de distribution, de service, de ventes, de marketing, d'emballage, de préférences des acheteurs, de tendances dans les achats, de structures d'entreprise et de cadre de réglementation.

3.2.1(d) « Une ou plusieurs personnes » – Dominance conjointe

Le libellé de la *Loi* indique clairement qu'il peut y avoir des cas où un groupe d'entreprises non affiliées peut posséder une puissance commerciale même si aucun membre du groupe n'est en soi dominant. Dans les cas de dominance conjointe, trois sources de concurrence peuvent faire obstacle à la rentabilité d'une augmentation de prix : les rivaux en place qui ne font pas partie du groupe visé par une allégation de dominance conjointe; des rivaux éventuels (c.-à-d. des nouveaux venus) qui ne feraient pas partie du groupe en cause; et des membres du groupe en cause.

Le Bureau évalue la dominance conjointe de la même façon que la dominance exercée par une seule entreprise : il définit un marché pertinent et détermine la capacité d'une entreprise ou de plusieurs entreprises d'y exercer une puissance commerciale. Dans le cas de dominance conjointe, il faut déterminer quelles entreprises présentes dans le marché devraient, chacune individuellement, adopter un comportement susceptible d'être anticoncurrentiel pour posséder globalement une puissance commerciale³². Si chacune ne se livre pas à un comportement susceptible d'être anticoncurrentiel, le Bureau ne considérera pas qu'il y a dominance conjointe dans ce marché. Cependant, lorsque chaque entreprise adopte des pratiques similaires supposément anticoncurrentielles et qu'elles semblent détenir une puissance commerciale d'après leur part de marché collective, les obstacles à l'entrée ou à l'expansion et d'autres facteurs examinés plus haut, le Bureau considérera que ces entreprises occupent conjointement une position dominante.

³² Comme pour la dominance par une seule entreprise, le Bureau tiendra compte des preuves montrant que les entreprises qui exercent supposément une dominance conjointe ne possèdent pas de puissance commerciale et n'exerceront vraisemblablement pas une telle puissance à l'intérieur d'une année. Il se peut, par exemple, que la concurrence au sein du groupe qui exerce présumément une dominance conjointe est telle que les prix se situent à des niveaux concurrentiels (c.-à-d. que les prix ne dénotent pas une puissance commerciale). Dans ce cas, le Bureau n'évoquera pas l'abus de position dominante. Toutefois, s'il constate une puissance commerciale sur le marché, étant donné que le Bureau s'intéresse à la création, à la préservation ou à l'augmentation de la puissance commerciale, le contrôle d'une catégorie ou espèce d'entreprises est établi en fonction des prix qui auraient existé n'eût été de l'agissement anticoncurrentiel allégué.



Comme dans le cas de dominance par une seule entreprise toutefois, le simple fait d'exercer une puissance commerciale de façon collective ne suffit pas en soi à soulever un problème en vertu des dispositions de la *Loi* relatives à l'abus de position dominante. Même si un groupe d'entreprises exerce collectivement une puissance commerciale, il faut encore constater une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui constitue un abus de cette puissance commerciale.

3.2.2 « Se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels »

Dans le deuxième élément de l'article 79, il s'agit de savoir si « cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Comme on l'a vu plus haut, la *Loi* n'implique pas que la simple existence d'une puissance commerciale justifiera une ordonnance corrective du Tribunal. Plutôt, l'alinéa 79(1)*b*) exige en outre une forme de comportement anticoncurrentiel. Selon la Cour d'appel fédérale, un agissement anticoncurrentiel « est un comportement qui vise à produire à l'égard d'un concurrent un effet négatif dans le but de l'exclure, de le mettre au pas ou de l'évincer »³³. Le Bureau estime que cela comprend aussi bien les concurrents existants que les concurrents éventuels.

Il peut être utile de scinder l'alinéa 79(1)*b*) en deux éléments. Le premier concerne la preuve qu'il y a ou qu'il y a eu une « pratique ». Le deuxième exige la preuve que cette pratique a ou avait un but anticoncurrentiel. À titre d'illustration, des exemples de pratiques commerciales qui pourraient constituer des agissements anticoncurrentiels sont présentés à l'article 78 (voir l'annexe I).

3.2.2(a) Pratique

Dans l'affaire *NutraSweet*, le mot « pratique » a été examiné dans le contexte de la dominance par une seule entreprise, et le Tribunal a adopté une interprétation large du mot et décidé que différents agissements anticoncurrentiels isolés peuvent, ensemble, constituer une pratique³⁴.

Même si le Bureau estime qu'une pratique ne se limite normalement pas à un agissement isolé, il peut aussi s'agir d'un seul agissement qui est prolongé et systématique ou qui a produit ou produit un effet durable sur les concurrents. Par exemple, un contrat d'exclusivité à long terme peut effectivement empêcher l'entrée ou l'expansion de concurrents même si le contrat lui-même constitue un seul acte.

³³ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, par. 77 [*Tuyauteries Canada*]. Bien que l'objet de l'alinéa 79(1)*b*), selon la Cour d'appel fédérale, consiste à évaluer les effets négatifs sur les concurrents, le Bureau, comme il est précisé ci-dessus, s'attarde au préjudice causé à la concurrence. Une fois qu'il est déterminé qu'une pratique a un effet négatif sur les concurrents, il reste à savoir si elle empêche ou diminue sensiblement la concurrence au sens de l'alinéa 79(1)*c*).

³⁴ *NutraSweet*, *supra* note 3, p. 23.



3.2.2(b) Agissements anticoncurrentiels

L'article 78 de la *Loi* présente une liste non exhaustive d'exemples d'agissements anticoncurrentiels. Le Tribunal a reconnu le caractère général de l'article 78 et désigné un certain nombre d'autres agissements anticoncurrentiels qui ne figurent pas dans l'article³⁵. Cependant, ce que les agissements énumérés à l'article 78 et les autres agissements anticoncurrentiels possibles ont en commun est qu'ils doivent avoir un but anticoncurrentiel, c.-à-d. qui vise à produire à l'égard d'un concurrent un effet négatif dans le but de l'exclure, de le mettre au pas ou de l'évincer³⁶.

Le but ou l'intention d'un agissement peut être prouvé directement en démontrant l'intention subjective, ou avec une intention objective d'après les circonstances pertinentes et les conséquences raisonnablement prévisibles du comportement en cause. Les déclarations verbales ou écrites du personnel d'une entreprise peuvent démontrer une intention subjective, mais une telle preuve n'est pas strictement nécessaire parce que les personnes sont présumées vouloir les conséquences raisonnablement prévisibles de leurs agissements³⁷. Comme le Tribunal l'a fait remarquer dans l'affaire *NutraSweet*³⁸, l'objet d'une pratique, doit dans la plupart des cas, être déduit à partir des circonstances.

Dans certains cas, les entreprises en cause peuvent avoir une justification commerciale valable pour le comportement susceptible d'être anticoncurrentiel. Une telle justification peut l'emporter sur l'intention présumée de produire les effets raisonnablement prévisibles si les entreprises en cause peuvent démontrer que les effets anticoncurrentiels n'étaient en fait pas le but prédominant du comportement. La Cour d'appel fédérale a statué que « la justification commerciale doit être une raison fondée sur l'efficacité ou un raisonnement pro concurrentiel du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anticoncurrentiels et/ou à l'intention subjective de ce comportement et qui leur fait contrepoids »³⁹. En d'autres termes, une justification commerciale constitue non pas une défense absolue pour un comportement anticoncurrentiel, mais plutôt un autre facteur pris en compte pour déterminer si la conduite reprochée avait un objet anticoncurrentiel, car elle met en lumière un motif, favorable à la concurrence, sous-tendant la conduite en question. Comme le Tribunal l'a déclaré dans l'affaire *Nielsen*, « tous les facteurs connus doivent être pris en considération pour déterminer la nature et la fin des agissements que l'on prétend être anticoncurrentiels⁴⁰ ». Le Tribunal a aussi affirmé dans *Nielsen* que ni l'intérêt propre ni la volonté de conserver ou d'obtenir une position dominante afin de se protéger contre une autre entreprise qui ferait de même ne constituerait une justification légitime.

³⁵ *NutraSweet*, supra note 3, p. 34; voir aussi *Laidlaw*, supra note 17, par. 331 et 332; *Nielsen*, supra note 18, par. 257; *Télé-Direct*, supra note 26, par. 180.

³⁶ *NutraSweet*, supra note 3, p. 34. Le Tribunal a fait remarquer que l'alinéa 78(1)f) est une exception du fait qu'il ne fait pas explicitement référence à un but ou un objet de l'agissement en cause.

³⁷ *Tuyauteries Canada*, supra note 33, par. 72.

³⁸ *NutraSweet*, supra note 3, p. 35.

³⁹ *Tuyauteries Canada*, supra note 33, par. 73.

⁴⁰ *Nielsen*, supra note 18, par. 265.



Selon le Bureau, « un motif crédible lié à l'efficacité ou visant à favoriser la concurrence » comprendra souvent, sans s'y limiter, des activités qui minimisent les coûts de production ou de fonctionnement indépendamment de l'élimination ou de la mise au pas d'un rival, ou des activités qui améliorent le produit d'une entreprise, le service qu'elle offre ou quelque autre aspect de ses activités⁴¹.

Il y a divers moyens par lesquels une entreprise peut augmenter sa capacité de production au même coût ou à un coût inférieur. Elle peut réaliser des gains en efficacité de production en prenant de l'expansion pour obtenir des économies d'échelle ou de gamme, rationaliser sa production en passant d'installations coûteuses à des installations plus économiques, ou chercher d'autres moyens de réduire ses coûts de production ou de distribution. Si ces efforts ont aussi des effets sur les concurrents dans un but d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas, le Bureau examinera d'abord à quel point les gains en efficacité sont plausibles et réalisables avant d'évaluer le but global des activités en cause. Par exemple, si une entreprise possède au préalable une grande puissance commerciale, il est moins probable qu'elle puisse obtenir des économies d'échelle en prenant encore de l'expansion. Le Bureau examinera aussi la nécessité du comportement mis en cause pour l'obtention des gains en efficacité; si les économies de coûts auraient pu être réalisées d'une autre façon tout aussi efficace, que le comportement incriminé comme étant anticoncurrentiel, le Bureau ne considérera pas que le comportement avait une justification commerciale valable⁴².

Certaines activités peuvent engendrer des améliorations dans la technologie ou les procédés de production qui permettront de nouveaux produits innovateurs ou des améliorations dans la qualité du produit ou dans le service. Cet effet peut transformer la courbe de la demande des consommateurs, permettant à l'entreprise de vendre ses produits de qualité supérieure en plus grandes quantités ou à des prix plus élevés. Encore une fois, si les efforts déployés en ce sens nuisent aussi aux concurrents, le Bureau examinera d'abord leur plausibilité, puis leur but général. Comme toute justification commerciale visant à rehausser la demande doit aussi être attribuable à l'entreprise en cause et dépasser le cadre de l'intérêt propre, le Bureau tentera de déterminer si le

⁴¹ Au-delà de cette définition, il peut y avoir des justifications commerciales d'ordre général qui ne sont pas à proprement parler des justifications crédibles au titre de l'efficacité ou de la concurrence mais qui peuvent néanmoins être acceptées par le Tribunal. Dans le contexte de l'article 75 par exemple, le Tribunal a accepté des obligations imposées par la *Loi* ou la réglementation et des impératifs liés à la sécurité comme étant des justifications commerciales objectivement acceptables d'un refus de vendre. Voir *B-Filer et al. c. La Banque de Nouvelle-Écosse* (2005) 44 C.P.R. (4^e) 214 [*B-Filer*], par. 161 et 172.

⁴² Lorsqu'il évalue une justification commerciale ayant trait aux coûts, le Bureau examine tout spécialement les gains en efficacité vérifiés qui ne découlent pas de réductions anticoncurrentielles de la production ou du service. Les réductions de coûts découlant d'une production réduite ou de l'élimination de rivaux ne seront pas reconnues comme des gains en efficacité réduisant les coûts. Par exemple, une entreprise se proposant simplement de dépenser moins pour l'acquisition de clients, la publicité, le service ou toute autre mesure de la qualité en conséquence du comportement mis en cause ne sera pas considérée comme ayant une justification commerciale valable pour ce comportement. Au contraire, de telles intentions pourraient davantage témoigner d'un but anticoncurrentiel.



comportement en cause modifie soit la demande ou les actifs de base de l'entreprise plutôt que simplement le niveau de production ou les prix de l'entreprise⁴³.

Si le Bureau estime que l'entreprise en cause s'est livrée à un comportement en vertu d'une justification commerciale valable et s'il est clair que l'objectif de l'entreprise était autre que l'exclusion, la mise au pas ou l'éviction d'un concurrent, le Bureau déciderait vraisemblablement de ne pas faire une enquête plus approfondie. Cependant, s'il semble y avoir un but anticoncurrentiel, le Bureau continuera d'enquêter.

Les agissements anticoncurrentiels et la théorie économique en vertu de laquelle le Bureau analyse de tels agissements sont examinés en plus ample détail à la partie 4.

3.2.3 « La pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché »

Si l'alinéa 79(1)b) met l'accent sur le but générale de la pratique, l'expression « empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » vise en dernier ressort l'effet sur la concurrence elle-même. Autrement dit, après avoir déterminé que la pratique vise à produire à l'égard d'un concurrent un effet négatif dans le but de l'exclure, de le mettre au pas ou de l'évincer, il reste nécessaire d'établir si elle entraîne aussi un préjudice important sur la concurrence.

La Cour d'appel fédérale a statué qu'en évaluant un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence, « [l']évaluation prescrite revêt donc un caractère relatif : ce n'est pas le niveau absolu de la concurrence sur un marché qui doit être sensible, mais plutôt la mesure dans laquelle la concurrence est empêchée ou diminuée par suite de la pratique attaquée »⁴⁴. Le Bureau évalue un cas éventuel d'empêchement ou de diminution sensible de la concurrence en utilisant le critère « en l'absence de » : la pratique en question est-elle un facteur déterminant en l'absence duquel la concurrence aurait été, serait aujourd'hui ou serait dans l'avenir sensiblement plus grande⁴⁵?

De façon générale, un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence est un effet qui crée, augmente ou préserve une puissance commerciale. Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a affirmé qu'« essentiellement, il faut déterminer si les agissements anticoncurrentiels auxquels se livre NSC [NutraSweet] préservent ou augmentent son emprise sur le marché⁴⁶ ». Le Bureau considère que le fait de préserver ou augmenter la puissance commerciale peut comprendre la création d'une puissance commerciale, si le « contrôle » dont il s'agit à l'alinéa 79(1)a) est établi en conséquence de l'agissement anticoncurrentiel mis en cause. Comme le Tribunal l'a affirmé dans

⁴³ Dans certains cas, les activités visant à rehausser la demande peuvent comprendre un comportement nécessaire pour assurer la viabilité dans une industrie en déclin, ou encore une industrie touchée par des effets de réseau (par exemple, élaboration d'une norme universelle).

⁴⁴ *Tuyauteries Canada*, *supra* note 33, par. 36.

⁴⁵ Ce critère a aussi été approuvé par la Cour d'appel fédérale, *ibid.*, par. 38. La Cour d'appel fédérale a toutefois affirmé qu'en comparant le niveau de concurrence en présence de la pratique incriminée et le niveau qui existerait en l'absence de la pratique, d'autres critères pourraient aussi être opportuns.

⁴⁶ *NutraSweet*, *supra* note 3, p. 47.



l'affaire *NutraSweet*, la situation initiale aussi bien que le changement dans la puissance commerciale provoqué par une pratique donnée doivent être pris en compte dans l'évaluation de la pratique⁴⁷.

Une entreprise peut créer, préserver ou augmenter une puissance commerciale en érigeant ou en renforçant des obstacles à l'entrée⁴⁸, dissuadant ainsi les concurrents éventuels de contester la puissance commerciale de l'entreprise dominante. En examinant des agissements anticoncurrentiels visant la création, la préservation ou l'augmentation d'obstacles à l'entrée, le Bureau s'efforce dans son analyse de déterminer l'état de la concurrence qui se trouverait sur le marché en l'absence de ces agissements⁴⁹. S'il peut être démontré qu'en l'absence des agissements anticoncurrentiels, il se trouverait dans un délai raisonnable un concurrent efficace ou un ensemble de concurrents efficaces pour contester la dominance des entreprises mises en cause, le Bureau tirera la conclusion que les agissements en cause entraînent un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. En évaluant la possibilité d'une concurrence efficace en l'absence des agissements anticoncurrentiels, le Bureau considère qu'un délai raisonnable est une période de deux ans, ce qui équivaut au délai jugé acceptable pour l'entrée dans un marché.

Outre les effets sur l'entrée ou l'expansion sur un marché, une variété d'autres facteurs sont pertinents pour déterminer s'il y a eu ou non empêchement ou diminution sensible de la concurrence. Le Bureau examinera des facteurs tels que le fait que les prix aux consommateurs puissent être sensiblement plus bas, ou que la qualité des produits, l'innovation ou le choix puissent être sensiblement plus grands, ou encore que les consommateurs puissent changer de produits ou de fournisseurs de façon sensiblement plus fréquente en l'absence de la pratique en cause.

Partie 4 : Agissements anticoncurrentiels

4.1 Aspects économiques des agissements anticoncurrentiels

Lorsqu'il doit déterminer si un agissement donné aura vraisemblablement un effet anticoncurrentiel sur un concurrent et, en retour, sur la concurrence, le Bureau analyse la situation en considérant qu'un comportement anticoncurrentiel relève en général d'une de

⁴⁷ *NutraSweet*, *supra* note 3, p. 88.

⁴⁸ Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a conclu que l'acquisition par Laidlaw de 100 p. 100 du marché dans certains cas, en même temps que les dispositions sur l'exclusivité et les menaces de poursuites qui créaient des obstacles à l'entrée ont diminué sensiblement la concurrence. Dans l'affaire *Nielsen*, le Tribunal a fait remarquer que les contrats passés par Nielsen avec ses clients étaient à long terme et que leurs dates de renouvellement étaient décalées. Ainsi, un nouveau concurrent ne pouvait pas obtenir l'accès à la vaste quantité de données nécessaire à une entrée efficace. Le Tribunal a jugé que les pratiques en cause diminuaient sensiblement la concurrence.

⁴⁹ Cette démarche pourrait comprendre l'examen des conditions qui régnaient sur le marché avant la pratique d'agissements anticoncurrentiels ou, lorsque la pratique d'agissements anticoncurrentiels a empêché l'arrivée de concurrents, elle pourrait viser à déterminer à titre hypothétique les conditions qui régneraient sur le marché en l'absence de cette pratique.



ces deux catégories : (i) comportement d'exclusion qui augmente artificiellement les coûts d'un rival ou réduit les revenus d'un rival; ou (ii) comportement d'éviction⁵⁰.

De façon générale, un comportement d'exclusion vise soit à rendre un rival actuel ou éventuel moins efficace face à l'exercice de la puissance commerciale d'une entreprise, soit à éliminer complètement un rival du marché. Cela peut se faire en provoquant une augmentation des coûts du rival, par exemple en interdisant l'accès à des intrants nécessaires pour concurrencer, en réduisant artificiellement ses revenus ou en se livrant à tout autre comportement visant à en faire un concurrent moins efficace. En revanche, une conduite d'éviction consiste surtout à offrir, à perte pour l'entreprise, des rabais aux clients de sorte que des concurrents par ailleurs efficaces mais incapables d'offrir les mêmes rabais seront mis au pas, éliminés ou dissuadés d'entrer dans le marché et ne pourront pas limiter la capacité de l'entreprise d'exercer sa puissance commerciale et d'augmenter ses prix par la suite.

En pratique, certains comportements peuvent avoir à la fois un effet d'exclusion et d'éviction sur les concurrents. Par exemple, une entreprise peut offrir aux détaillants qui revendent ses produits exclusivement un programme de rabais ayant pour effet de lier un certain nombre de détaillants. Il peut s'agir d'un comportement d'exclusion s'il augmente les coûts de concurrents par ailleurs efficaces en les contraignant soit à traiter avec des détaillants inférieurs, soit à créer leur propre réseau de vente au détail. Si les concurrents sont entravés parce que les rabais offerts par l'entreprise permettent en fait aux détaillants d'obtenir ses produits à un prix inférieur à ses coûts, il peut s'agir en même temps d'un comportement d'éviction. En pareil cas, il peut être pertinent de déterminer si l'effet premier du comportement en cause est l'exclusion de concurrents ou si les rabais ont surtout servi à faire augmenter les coûts des rivaux (par exemple en augmentant leurs frais de distribution)⁵¹.

4.2 Augmentation des coûts des concurrents

Une entreprise peut recourir à diverses stratégies qui font augmenter les coûts d'un rival par ailleurs efficace de sorte à en faire un concurrent moins efficace. Une entreprise peut ainsi contraindre le rival à augmenter ses prix, lui permettant d'augmenter les siens de façon rentable. Cette stratégie sera rentable si l'augmentation finale des prix est suffisante pour compenser les coûts de la stratégie. De la même façon, une entreprise peut recourir à diverses stratégies qui font augmenter les coûts des rivaux au point d'éliminer des concurrents du marché ou de dissuader de nouveaux concurrents. Il peut s'agir de faire augmenter les coûts d'un rival jusqu'au point où le rival ne peut plus demeurer sur le marché, ou de bloquer l'accès à des installations indispensables, afin de dissuader de nouveaux concurrents d'entrer dans le marché. Encore une fois, une telle stratégie sera rentable pour une entreprise à condition que les coûts de sa stratégie soient

⁵⁰ Le Bureau considère qu'un comportement de « mise au pas » relève en général d'une de ces deux grandes catégories.

⁵¹ Dans les cas où le marché de produits est défini à juste titre en fonction d'un seul produit (ou un seul groupe de produits) plutôt que de produits distincts, le Bureau examinera un tel comportement sous l'angle de l'éviction. Voir l'annexe III.



compensés par l'augmentation finale de ses revenus ou du fait d'éviter la perte de revenus qu'entraînerait l'arrivée d'un nouveau concurrent.

L'article 78 décrit divers moyens qu'une entreprise peut utiliser pour augmenter les coûts de ses rivaux, dont les suivants : compression par un fournisseur intégré verticalement de la marge bénéficiaire d'un concurrent en aval; acquisition d'un client ou d'un fournisseur; préemption d'installations ou de ressources rares; achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des prix. Toutes ces méthodes peuvent servir à faire augmenter le prix qu'un concurrent par ailleurs efficace doit payer pour un intrant, une installation, un service ou une ressource nécessaires, ce qui peut affaiblir le concurrent ou l'exclure du marché.

La compression se produit lorsque le fournisseur augmente le prix de gros par rapport au prix de détail, ce qui réduit la marge bénéficiaire entre les deux prix. Elle peut aussi se produire lorsque le fournisseur réduit le prix de détail par rapport au prix de gros, contraignant son client-concurrent à emboîter le pas. Le but de la compression consiste à dissuader ou empêcher l'entrée dans le marché en aval, de confiner les entreprises en aval à de modestes créneaux du marché ou de contraindre des concurrents en aval à quitter le marché. Lorsque la compression consiste à augmenter les prix de gros, le Bureau cherche à déterminer dans quelle mesure l'entreprise qui pratiquerait la compression peut exclure des rivaux en faisant augmenter leurs coûts⁵².

L'exclusivité est une méthode souvent utilisée par une entreprise pour faire augmenter les coûts d'un rival ou l'exclure complètement du marché⁵³. Des contrats d'exclusivité ou des pratiques contractuelles qui créent une exclusivité peuvent être efficaces pour mener à l'exclusion. De la même façon, une entente d'exclusivité visant même seulement une partie des consommateurs peut faire obstacle à l'entrée d'un nouveau concurrent si elle ne laisse pas suffisamment de consommateurs pour justifier l'entrée ou pour qu'un nouveau concurrent puisse accéder à des économies d'échelle qui lui permettraient d'être un concurrent efficace⁵⁴.

⁵² Lorsque la compression des prix implique la baisse des prix au détail seulement, le Bureau s'y attardera selon le critère du comportement d'éviction.

⁵³ L'affaire *Nielsen*, par exemple, mettait en cause l'exclusivité. Les détaillants acceptaient de vendre uniquement à Nielsen des données recueillies par balayage, ce qui, en combinaison avec divers autres facteurs, empêchait les nouveaux concurrents de participer au marché des services de suivi des données par balayage électronique.

⁵⁴ Dans l'affaire *NutraSweet*, le commissaire soutenait que l'entreprise s'était livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels en utilisant son brevet américain de l'aspartame pour exclure des rivaux au Canada. Le Tribunal a jugé que NutraSweet avait convaincu un acheteur canadien d'aspartame de renoncer à acheter d'un rival, Tosoh, en faveur de NutraSweet en lui offrant des rabais tenant compte d'aspartame utilisée dans des produits fabriqués aux États-Unis et importés au Canada. Le rabais était fonction de la différence entre les prix aux États-Unis et au Canada. Le Tribunal a jugé entre autres que la disposition de NutraSweet à offrir le rabais indépendamment de l'importance de la différence de prix entre les États-Unis et le Canada témoignait d'une intention de limiter l'expansion de ses concurrents. Il a soutenu que l'exploitation à des fins anticoncurrentielles du monopole conféré par le brevet américain constituait un agissement anticoncurrentiel. Ce cas illustre comment un rabais qui serait en général proconcurrentiel a aussi pu servir à empêcher l'expansion des rivaux de NutraSweet.



D'autres pratiques peuvent effectivement créer une exclusivité, comme les contrats énonçant qu'une partie doit acheter d'un vendeur donné tous les produits dont elle a besoin. Une clause dite « de l'offre concurrente » peut aussi dissuader un fournisseur potentiel de tenter de convaincre un acheteur parce qu'il prévoit que le fournisseur préalable alignera son prix sur le sien. Une clause « de la nation la plus favorisée » exigeant qu'un vendeur accorde à l'acheteur le meilleur prix qu'il propose à tout autre client peut aussi créer une exclusivité⁵⁵. De telles pratiques contractuelles peuvent aussi aider une entreprise dominante à exclure des concurrents en faisant en sorte qu'elle soit informée de toute tentative d'entrée sur le marché ou de toute initiative de ses rivaux. Pour un examen plus approfondi de l'exclusivité, voir l'annexe II.

Un autre programme qui peut avoir l'effet de limiter le nombre de clients accessibles aux rivaux est la pratique des ventes liées. Il y a ventes liées lorsqu'une entreprise qui produit au moins deux produits exige qu'un acheteur achète plus d'un produit comme condition de la vente. En d'autres termes, l'entreprise refuse de vendre le produit A à un acheteur à moins que celui-ci achète aussi le produit B (et éventuellement les produits C, D et ainsi de suite) de l'entreprise. Les ventes liées sont en général combinées avec une exclusivité contractuelle ou induite, de sorte que l'acheteur doit acheter toutes les quantités du produit B dont il a besoin (dans le présent et éventuellement à l'avenir) pour pouvoir acheter le produit A, et non seulement une quantité minimale⁵⁶. Les ventes liées peuvent aussi s'appuyer sur des bases technologiques si une entreprise utilise, pour imposer les ventes liées, des dispositifs de contrôle opérationnel ou des exigences en matière de compatibilité – par exemple de logiciel et de matériel informatique.

Les offres groupées sont semblables aux ventes liées. Elles peuvent prendre deux formes : le groupage exclusif ou le groupage mixte. Dans le groupage exclusif, une entreprise exige qu'un acheteur achète divers produits en proportions fixes (par exemple, chaque unité de A est groupée avec une unité de B). Dans le cas du groupage mixte, les acheteurs peuvent acheter des produits individuels séparément, mais ils peuvent aussi les acheter ensemble à des conditions plus favorables. Le groupage se distingue des ventes liées parce qu'il suppose des proportions fixes alors que les ventes liées visent habituellement la totalité ou la plus grande partie des quantités d'un produit ou de divers produits dont un client a besoin.

⁵⁵ Par exemple dans l'affaire *Nielsen*, les vendeurs de données recueillies par balayage ont souscrit à une clause de la nation la plus favorisée par laquelle ils s'engageaient effectivement à ne vendre les données à aucun autre acheteur étant donné qu'une autre entreprise (dans le cadre d'un duopole) n'aurait pas pu payer autant que Nielsen (en tant que monopoleur).

⁵⁶ Les ventes liées ont été traitées explicitement en vertu des articles 77 et 79 dans l'affaire *Télé-Direct*, où l'entreprise liait les ventes de publicité dans les annuaires Pages Jaunes – un marché dans lequel elle occupait une position dominante – à la vente de services publicitaires. La pratique a été considérée comme diminuant sensiblement la concurrence en créant des obstacles à l'entrée dans le marché des services publicitaires. Comme le Tribunal l'a reconnu, tout examen d'un cas de ventes liées doit d'abord viser à préciser la définition du marché pertinent et à déterminer s'il s'agit en fait d'une situation où deux produits distincts sont liés ou d'une situation où il n'y a qu'un seul produit.



Les ventes liées et les offres groupées peuvent être anticoncurrentielles de deux façons. D’abord, dans la mesure où les ventes liées et les offres groupées peuvent faire augmenter les coûts de rivaux qui ne pratiquent pas les offres groupées, ils peuvent faire en sorte qu’il devient plus difficile de faire concurrence sur le marché des produits vendus seuls et ainsi mener à l’exclusion ou à la mise au pas de concurrents par ailleurs efficaces. Deuxièmement, en vendant un ensemble de produits à prix réduit, les ventes liées ou les offres groupées peuvent constituer un comportement d’éviction. Les ventes liées et les offres groupées sont abordées en plus ample détail à l’annexe III.

Le refus à un concurrent de l’accès aux installations ou au service d’une entreprise établie – ou l’imposition de conditions d’accès restrictives – peut constituer un agissement anticoncurrentiel. Dans ce contexte, le refus peut viser une installation ou un service auxquels une entreprise avait accès auparavant, ou auxquels une entreprise n’avait jamais eu accès. Dans un tel cas, le Bureau détermine si l’entreprise qui fournit l’installation ou le service possède une puissance commerciale dans le marché en aval où l’installation ou le service sont utilisés, en cas de refus d’accès. En l’occurrence, de même que dans les pratiques auparavant décrites, le Bureau déterminera alors si le refus vise à empêcher des concurrents d’entrer dans ce marché en aval de sorte que la concurrence soit empêchée ou sensiblement diminuée. Un examen complet du cadre d’analyse du Bureau est présenté à l’annexe IV.

4.2.1 Réduction des revenus des entreprises rivales

En plus de produire un effet d’exclusion des rivaux en augmentant leurs coûts, une entreprise peut se livrer à des activités qui limitent la capacité de ses rivaux ou des éventuels nouveaux concurrents d’attirer certains acheteurs de façon rentable. Une entreprise peut recourir à de la technologie, des contrats ou d’autres pratiques faisant en sorte qu’il est coûteux pour un client d’opter pour un fournisseur différent. Un rival ou un nouveau concurrent devrait ainsi, pour attirer des clients, compenser les coûts que devraient assumer les clients en changeant de fournisseur. Cette compensation réduirait effectivement les revenus du rival ou du nouveau concurrent. En créant de tels coûts de changement de fournisseur qui réduiraient les revenus de ses rivaux, une entreprise peut parer à l’entrée de nouveaux concurrents ou limiter l’expansion d’un concurrent par ailleurs efficace.

Autre possibilité, les clients peuvent être exposés à des pénalités explicites ou implicites en cas de résiliation d’un accord d’approvisionnement – par exemple des frais d’enlèvement d’équipement. Un rival voulant attirer un client devrait assumer ce coût pour le convaincre de changer de fournisseur. Dans l’affaire *Laidlaw*, l’utilisation abusive des recours en justice était une forme de pénalité. *Laidlaw* menaçait ses clients autant que ses rivaux de recours pour violation de contrat si un client envisageait de changer de fournisseur ou si un rival posait des gestes pour inciter à un tel changement. Le Tribunal a jugé que ce comportement constituait une pratique d’agissements anticoncurrentiels.

De même, certains programmes de rabais, comme ceux récompensant la fidélité ou la loyauté ou les rabais pour offres groupées, peuvent contraindre un rival à baisser ses prix



pour inciter un client à changer de fournisseur de façon à compenser la perte de rabais sur des produits qu'il ne vend pas. Par exemple, une entreprise peut vendre sous forme d'offre groupée une unité du produit A et une unité du produit B de telle sorte qu'un rabais offert à l'égard de A n'est pas disponible si B n'est pas acheté aussi. Si un rival produit uniquement le produit A, pour inciter un acheteur à renoncer à l'offre groupée, celui-ci doit non seulement offrir un rabais sur le prix de A équivalant à celui offert par la première entreprise, mais aussi compenser à l'acheteur le rabais qu'il aurait aussi obtenu sur le prix du produit B. Ainsi, alors qu'en l'absence de l'offre groupée, le rival aurait pu être un concurrent efficace sur le marché de A, le rabais supplémentaire qu'il doit offrir peut réduire ses revenus au point d'avoir un effet d'exclusion. En d'autres termes, de telles pénalités, si elles sont suffisamment importantes et si elles touchent une partie suffisamment importante de la demande, peuvent entraver l'entrée ou l'expansion. Les rabais pour achats groupés sont traités en plus ample détail à l'annexe III.

4.3 Conduite d'éviction

Une entreprise qui vend des produits à des prix inférieurs à ses coûts pour tenter de nuire à ses rivaux pratique ce qu'on appelle un comportement d'éviction. Le comportement peut être implicite (les prix réduits étant proposés par exemple dans le cadre de groupages ou de rabais) ou explicite. Le Bureau considère que des prix relèvent d'un comportement d'éviction lorsqu'une entreprise les fixe sciemment de façon à occasionner des pertes pendant une période suffisamment longue pour éliminer, mettre au pas ou dissuader un concurrent ou un concurrent éventuel, prévoyant pouvoir ensuite récupérer ses pertes en imposant des prix plus élevés que le niveau auquel ils se seraient établis en l'absence du comportement mis en cause, le tout ayant l'effet d'empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence.

Il est difficile de faire la distinction entre des prix d'éviction et des prix concurrentiels parce que dans les deux cas, du moins à court terme, les prix sont réduits. Par contre les prix d'éviction engendrent la capacité d'augmenter les prix à long terme, une fois que les rivaux ont été mis au pas ou ont quitté le marché, ce qui peut signifier un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Règle générale, le Bureau adopte une attitude prudente dans ses interventions au titre des prix d'éviction, pour éviter de conclure faussement à un problème et de dissuader la concurrence légitime par les prix. Les prix bas sont en général le signe d'une saine concurrence et un bienfait pour les consommateurs. Le Bureau examine donc d'abord le rapport prix-coûts et le recouvrement des coûts pour éviter de créer un effet dissuasif inutile. C'est dans ce contexte que le Bureau a fait enquête et continuera d'enquêter sur les allégations de prix d'éviction qui semblent réunir les conditions de l'article 79.

Dans le cas d'un comportement d'éviction allégué de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, le fait d'établir que les entreprises en cause possèdent une puissance commerciale suffit pour établir qu'elles pourront vraisemblablement récupérer leurs pertes après une période où elles ont pratiqué des prix d'éviction. Comme lorsqu'il s'agit d'évaluer la puissance commerciale en soi, la présence d'importants obstacles à l'entrée et l'absence de concurrence subsistante sont habituellement des indices suffisants



pour conclure qu'une entreprise a ou aura probablement la puissance commerciale voulue pour assurer le recouvrement des pertes. Le Bureau tient aussi compte de la mesure dans laquelle le comportement d'éviction dissuadera l'entrée de nouveaux concurrents en créant une réputation d'entreprise qui adopte des comportements d'éviction.

Une fois que le Bureau a déterminé qu'une entreprise ou un groupe d'entreprises occupe une position dominante, il cherche à établir si l'entreprise ou le groupe pratique des prix inférieurs à une certaine mesure de ses coûts. Le Tribunal a insisté sur l'importance d'une comparaison entre les prix et les coûts dans l'affaire *NutraSweet*⁵⁷. Dans une telle comparaison, le Bureau estime que les coûts évitables moyens constituent le meilleur indicateur pour reconnaître des prix d'éviction. Les coûts évitables sont ceux qu'une entreprise aurait évités si elle avait choisi de ne pas vendre les produits en cause pendant la période où les prix bas étaient offerts⁵⁸. En plus de déterminer si les prix pratiqués par l'entreprise dominante sont inférieurs à ses coûts évitables moyens, le Bureau tente aussi de déterminer si les activités de la victime présumée dans le marché pertinent sont ou deviendront probablement non rentables en conséquence du comportement d'éviction allégué. À cette fin, le Bureau demande aux victimes présumées des renseignements sur leurs résultats d'exploitation dans le ou les marchés pertinents pendant la période où la politique alléguée de prix d'éviction était en vigueur et pendant les périodes précédentes⁵⁹.

Partie 5 : Mesures correctives

5.1 Règlement des cas

Lorsque le commissaire est convaincu que la preuve justifie la présentation d'une demande au Tribunal, il existe diverses options pour corriger la situation. Au cours d'un examen ou d'une enquête, le commissaire fait connaître aux parties toute préoccupation que semblent soulever les allégations de contravention à la *Loi*. Les parties ont la possibilité de proposer, en tout temps au cours d'un examen ou d'une enquête, un moyen de pallier les préoccupations du commissaire. Lorsqu'une partie dont le comportement fait l'objet d'un examen ou d'une enquête modifie de son propre chef ses pratiques commerciales d'une façon qui pallie les préoccupations du commissaire, le commissaire préconise toujours que les parties s'entendent sur une solution proposée et que cet accord soit consigné dans un consentement qui sera enregistré par le Tribunal en vertu de l'article 105⁶⁰.

⁵⁷ *NutraSweet*, *supra* note 3, p. 43.

⁵⁸ Le Tribunal a défini les coûts évitables comme suit : « Tous les coûts pouvant être évités en cessant d'offrir le bien ou le service en cause. En général, les coûts évitables de la prestation d'un service seront constitués des coûts variables et des coûts fixes spécifiques récupérables. » *Air Canada*, *supra* note 26, par. 76.

⁵⁹ Ces facteurs et la façon dont le Bureau aborde les prix d'éviction sont examinés en plus ample détail dans le document du Bureau *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Prix d'éviction* (Ottawa, Industrie Canada, 2008); en ligne : Bureau de la concurrence, www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

⁶⁰ Le lecteur trouvera un exposé de l'approche générale suivie par le Bureau dans l'administration et l'application de la *Loi*, notamment des modes possibles de règlement des cas d'inobservation, dans le



Lorsqu'une autre solution (qu'un consentement ou un litige) a été adoptée pour régler les questions touchant la concurrence, le commissaire la fera habituellement connaître publiquement de sorte que le processus demeure transparent et que toutes les parties intéressées sachent que l'affaire a été réglée, et de quelle façon.

5.2 Ordonnances du Tribunal de la concurrence

Les dispositions sur l'abus de position dominante confèrent certains pouvoirs réparateurs au Tribunal. Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut que les conditions de l'article 79 sont réunies, il peut en vertu du paragraphe 79(1) rendre une ordonnance interdisant à toute entreprise intimée de se livrer à la pratique d'agissements anticoncurrentiels en cause. De plus, si le Tribunal conclut qu'une ordonnance interdisant de poursuivre les pratiques anticoncurrentielles ne rétablira vraisemblablement pas la concurrence dans le marché en cause, il peut en vertu du paragraphe 79(2) rendre une ordonnance exigeant de prendre des mesures raisonnables et nécessaires pour enrayer les effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels, y compris le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions.

5.3 Restrictions et exceptions

Bien que le Tribunal dispose d'une latitude quant aux mesures correctives qu'il peut appliquer en vertu du paragraphe 79(2), les paragraphes 79(3) à 79(7) énoncent un certain nombre de restrictions, d'exceptions et de précisions quant aux ordonnances que le Tribunal peut rendre et à la portée de la conduite pouvant légitimement être sujette à une ordonnance en vertu du paragraphe 79(1). Ces dispositions sont résumées ci-dessous.

5.3.1 Paragraphe 79(3) – « *Droits de la personne visée* »

Le paragraphe 79(3) limite la portée que peut prendre une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 79(2) de façon à assurer une protection supplémentaire des droits de toute personne visée par une ordonnance. Le but est de faire en sorte qu'une ordonnance rétablisse la concurrence, sans plus. Une ordonnance devrait donc être corrective et non punitive. Le paragraphe 79(3) précise qu'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 79(2) doit respecter des conditions qui ne portent pas atteinte aux droits de la personne visée, sinon dans la mesure qui est nécessaire au rétablissement de la concurrence. Cette restriction a pour but de protéger les liens contractuels existants entre des personnes ainsi que d'autres éléments de propriété exclusive, comme des secrets commerciaux, à moins que la rupture de contrats ou la divulgation de secrets ne soit nécessaire pour rétablir la concurrence.



5.3.2 Paragraphe 79(4) – « Rendement concurrentiel supérieur »

Le paragraphe 79(4) exige que le Tribunal détermine si la diminution de la concurrence est attribuable au rendement concurrentiel supérieur de l'entreprise dominante ou des entreprises dominantes. Il n'oblige pas le Tribunal à mettre en balance un rendement concurrentiel supérieur et les effets d'agissements anticoncurrentiels⁶¹. Un rendement concurrentiel supérieur n'est qu'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la cause de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, et non un objectif qui permettrait de justifier des agissements anticoncurrentiels. Dans la mesure où une entreprise a une raison valable de se livrer à un comportement qui pourrait être anticoncurrentiel, le Bureau en tiendra compte au titre de l'analyse fondée sur la justification commerciale au sens de l'alinéa 79(1)b). En revanche, le rendement concurrentiel supérieur est un facteur direct dans l'évaluation de tout empêchement ou diminution sensible de la concurrence en vertu de l'alinéa 79(1)c). Le fait d'avoir des coûts inférieurs, de meilleures méthodes de distribution ou de production ou une plus vaste gamme de produits peut conférer à une entreprise un avantage concurrentiel qui, lorsqu'il est mis à profit, réduira la concurrence en éliminant ou en limitant des concurrents inférieurs. C'est là le genre de dynamique concurrentielle que la *Loi* veut préserver et, dans la mesure du possible, favoriser puisqu'elle mène en dernier ressort à une affectation plus efficace des ressources.

5.3.3 Paragraphe 79(5) – « Exercice des droits de propriété intellectuelle »

Le fait qu'une entreprise dominante se prévale des droits d'exclusivité que lui confèrent les lois sur la propriété intellectuelle ne constitue pas en soi un comportement abusif. Le paragraphe 79(5) vise à préciser que l'exercice légitime des droits de propriété intellectuelle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel. Cependant, un comportement qui irait au-delà du simple exercice de tels droits pourrait contrevenir à l'article 79 s'il crée, préserve ou augmente une puissance commerciale⁶².

Conformément au paragraphe 79(4), le Bureau ne considère pas qu'un propriétaire de droits de propriété intellectuelle a contrevenu à la *Loi* s'il a acquis une puissance commerciale du seul fait de posséder un produit ou une méthode de qualité supérieure, d'avoir adopté une pratique commerciale innovatrice ou en vertu d'autres motifs de rendement d'exception.

⁶¹ Cette disposition est différente de l'article 96 visant les fusions, qui exige que soient contrebalancés les gains en efficacité et tout empêchement ou diminution sensible de la concurrence découlant d'une fusion.

⁶² Dans les rares cas où le simple exercice des droits de propriété intellectuelle peut limiter ou diminuer indûment la concurrence, le Bureau peut demander une mesure corrective en vertu de l'article 32 de la *Loi*. Les circonstances dans lesquelles ce recours peut se produire sont décrites dans le document du Bureau *Propriété intellectuelle – Lignes directrices pour l'application de la Loi* (Ottawa, Industrie Canada, 2000); en ligne : Bureau de la concurrence, www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.



5.3.4 Paragraphe 79(6) – Prescription de trois ans

Le paragraphe 79(6) précise que le commissaire ne peut prendre aucune mesure à l'encontre de l'agissement anticoncurrentiel d'une entreprise dominante ou d'un groupe d'entreprises dominant si la pratique incriminée a cessé depuis plus de trois ans.

5.3.5 Paragraphe 79(7) – Agissements survenant alors que des procédures sont en instance en vertu de l'article 45 ou de l'article 92

Le paragraphe 79(7) exige que le commissaire choisisse entre les dispositions sur les complots, les fusions ou l'abus de position dominante lorsqu'il décide de présenter soit une recommandation au directeur des poursuites pénales (allégation de complot criminel), soit une demande au tribunal (en vertu des dispositions civiles). Le paragraphe codifie à l'égard des dispositions sur les fusions, les complots et l'abus de position dominante le principe selon lequel aucune personne ne devrait être poursuivie deux fois pour des faits qui sont en substance les mêmes. Le choix des dispositions que le Bureau invoquera dépendra des faits relatifs à chaque cas et de la nature de la mesure corrective recherchée pour régler le problème de concurrence⁶³.

5.3.6 Conduite réglementée

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exception prévue par la *Loi*, le Bureau tiendra aussi compte de la possibilité que le comportement anticoncurrentiel incriminé soit prévu ou autorisé par une autre loi fédérale, provinciale ou municipale ou un autre régime législatif. La *Loi* est une loi cadre d'application générale qui, appliquée à tous les types de comportement risquant d'être anticoncurrentiel, peut dans certains cas être en conflit avec des lois plus spécifiques⁶⁴.

⁶³ L'article 45 est la disposition criminelle sur les complots, et l'article 92 est la disposition civile sur les fusions.

⁶⁴ La façon dont le Bureau aborde la conduite réglementée est traitée en plus ample détail dans le document du Bureau *Bulletin technique sur les activités « réglementées »* (Ottawa, Industrie Canada, 2006); en ligne : Bureau de la concurrence, www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.



Annexe I : Dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives à l'abus de position dominante (articles 78 et 79)

78. (1) Pour l'application de l'article 79, « agissement anticoncurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :

- a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;
- b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;
- c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;
- d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;
- e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;
- f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;
- g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;
- h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;
- i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent;
- j) à l'égard des exploitants d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l'alinéa (2)a);
- k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.⁶⁵

⁶⁵ Voir note 2.



(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre et du ministre des Transports :

- a) préciser des agissements pour l'application de l'alinéa (1)j);
- b) préciser des installations ou services essentiels pour l'application de l'alinéa (1)k).

L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 2000, ch. 15, art. 13.

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anticoncurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(3.1) Si l'entité qui fait l'objet d'une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) exploite un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, le Tribunal peut aussi prononcer à son égard une sanction administrative pécuniaire maximale de 15 000 000 \$, à payer selon les modalités qu'il peut préciser.

(3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants :



- a) la fréquence et la durée du comportement;
- b) la vulnérabilité des catégories de personnes qui souffrent du comportement;
- c) le tort causé à la concurrence sur le marché pertinent;
- d) le comportement antérieur de l'entité, en ce qui a trait au respect de la présente loi;
- e) toute autre circonstance pertinente.

(3.3) La sanction prévue au paragraphe (3.1) vise à encourager l'entité à adopter un comportement compatible avec les objectifs du présent article et non à la punir.

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

- a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;
- b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.

L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4.

79.1 Les sanctions administratives pécuniaires imposées au titre du paragraphe 79(3.1) constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent.

2002, ch. 16, art. 11.5.



Annexe II : Exclusivité

Il y a exclusivité lorsqu'une entreprise fournit ses produits à un client – soit un consommateur, soit une entreprise qui peut être un détaillant, un distributeur ou un revendeur – sous la condition que le client achète et vende uniquement ces versions des produits ou qu'il n'achète ni ne vende pas de produits de concurrents. L'exclusivité peut aussi consister à ce qu'une entreprise exige que ses propres fournisseurs traitent uniquement avec l'entreprise et non avec les concurrents de l'entreprise. L'exclusivité peut être régie par un contrat précis ou s'imposer en conséquence d'autres conditions, comme des incompatibilités technologiques, des exigences contractuelles, des clauses de l'offre concurrente, des clauses de la nation la plus favorisée ou d'autres pratiques contractuelles.

L'exclusivité est explicitement mentionnée à l'article 78 de la *Loi*⁶⁶. L'alinéa 78(1)h évoque « le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché ». Il s'agit ici d'exclusivité dans le contexte des achats. Dans l'affaire *Nielsen* par exemple, Nielsen était l'acheteur exclusif de données recueillies par balayage électronique. Cependant, puisque l'article 78 est une liste non exhaustive des agissements qui peuvent être jugés anticoncurrentiels en vertu de l'article 79, rien n'empêche le Bureau d'intervenir face à une forme d'exclusivité dans les ventes aussi bien que dans les achats.

L'exclusivité, non plus qu'aucun autre agissement, n'est *per se* un abus au sens de l'article 79. Elle l'est seulement s'il y a l'intention d'un effet d'exclusion d'un concurrent et par conséquent elle a ou aura vraisemblablement un effet d'empêchement ou de diminution sensible de la concurrence. Dans la mesure où des ententes telles que contrats à long terme, clauses de reconduction tacite (ou de renouvellement automatique), clauses de la nation la plus favorisée ou droits de premier refus participent à produire un effet anticoncurrentiel en maintenant ou en rehaussant des obstacles à l'entrée ou à l'expansion (augmentant de ce fait les coûts des rivaux), elles peuvent mener à une conclusion que la pratique d'exclusivité d'une entreprise contrevient à l'article 79. Dans l'affaire *Laidlaw* par exemple, les contrats exclusifs à long terme (trois ans ou plus) de Laidlaw visant des services d'élimination des déchets comprenaient des clauses de reconduction tacite, des pénalités en cas de résiliation, des clauses de l'offre concurrente et des dispositions prévoyant l'établissement de prix par défaut. Des clauses de l'offre concurrente et des clauses de la nation la plus favorisée ont été prises en considération dans l'affaire *NutraSweet*, en même temps que d'autres incitatifs à l'exclusivité tels que remises promotionnelles et des dispositions sur l'utilisation de marques de commerce et de logos. Dans l'affaire *Nielsen*, le Tribunal a jugé anticoncurrentiel de prévoir des contrats

⁶⁶ L'exclusivité peut aussi faire l'objet d'une intervention en vertu de l'article 77, qui la définit d'une façon très semblable à l'alinéa 78(1)h). La Cour d'appel fédérale a noté qu'il existe « un parallélisme évident de structure et de logique entre les conditions auxquelles sont subordonnés l'établissement d'une pratique d'exclusivité sous le régime du paragraphe 77(2) et l'établissement d'un abus de position dominante dans le cadre du paragraphe 79(1) ». *Tuyauteries Canada, supra* note 33, par. 21.



contenant des clauses de la nation la plus favorisée et des conditions onéreuses de résiliation en même temps qu'un étalement des renouvellements de contrats qui entravait sensiblement l'entrée de concurrents. Dans chacun des cas ci-dessus, le Tribunal a pris en compte l'effet combiné de diverses clauses d'exclusivité pour déterminer si ces dispositions avaient un effet d'exclusion d'un concurrent ou rehaussaient des obstacles à l'entrée ou à l'expansion de façon à diminuer sensiblement la concurrence dans le marché pertinent.

L'exclusivité en soi ne soulève des questions en matière de concurrence que dans certaines circonstances. Les entreprises la pratiquent souvent pour des raisons tout autres que l'exclusion de concurrents. Par exemple, l'exclusivité peut régler les problèmes de « resquilleur », où une entreprise fournissant un produit à un détaillant en aval vend également des services connexes, de l'information technologique ou un soutien après vente qui améliore le rendement du produit pour les concurrents. Si le détaillant peut par exemple utiliser cette information pour améliorer aussi les produits de fournisseurs rivaux, l'entreprise n'aurait guère intérêt à fournir ces suppléments à moins de s'assurer une protection contractuelle. L'exclusivité peut préserver l'intérêt d'offrir de tels suppléments, ce qui peut être bénéfique aux consommateurs. L'exclusivité peut aussi aider à garantir que le détaillant en aval déploie des efforts de promotion pour les produits du fournisseur. À cet égard, l'exclusivité est souvent utilisée pour assurer l'efficacité de la distribution, surtout au niveau de marques de commerce individuelles. Par ailleurs, les clients peuvent aussi proposer d'être des acheteurs exclusifs en vue d'obtenir des soumissions compétitives de différentes entreprises et non comme moyen de favoriser expressément une entreprise au détriment des autres⁶⁷.

Cependant, il y a des situations où l'exclusivité peut aller au-delà de la préservation de ces incitatifs au niveau du détail, et jusqu'à produire un éventuel effet anticoncurrentiel. Par exemple, l'exclusivité dans les marchés en aval réduit les options de concurrents pour la distribution ou la vente au détail de leurs produits respectifs. Dans la mesure où il peut en découler une augmentation des coûts des concurrents dans le marché de la distribution ou de la vente au détail – par exemple du fait de devoir utiliser des distributeurs ou des détaillants moins efficaces, de ne pas pouvoir accéder à une échelle efficace ou d'être contraint à intégrer la distribution ou la vente au détail –, l'exclusivité peut ainsi rendre les concurrents moins efficaces. Une entreprise possédant une puissance commerciale pourrait alors augmenter ses prix. Des clauses restrictives comme celles mentionnées plus haut peuvent accentuer cet effet en augmentant le coût de changement de fournisseur pour les distributeurs ou les détaillants, ou en augmentant les obstacles à l'entrée ou à l'expansion sur ces marchés.

⁶⁷ Il faut noter que l'exclusivité ne soulève en général pas de problèmes lorsqu'elle vise des produits ou services qui ne correspondraient pas normalement à un marché de produits pertinent. Par exemple, un organisme de réglementation ou un ordre professionnel peut établir une exclusivité à l'égard d'un produit ou service connexe qui ne serait pas offert sinon sur son initiative (p. ex. des cours de formation continue). Si le produit ou service n'existait pas autrement dans un marché concurrentiel bien défini, une exclusivité qui « crée » effectivement le marché ne soulèverait habituellement pas de questions en vertu de la *Loi*.



Dans la mesure où une entreprise capture une part de marché en aval (distributeurs, détaillants ou autres clients) en recourant à l'exclusivité, elle peut créer des obstacles à l'entrée en laissant une partie réduite de ce marché accessible à la concurrence. De ce fait, elle peut obtenir une puissance commerciale dans ce marché, ou la possibilité d'exercer une plus grande puissance commerciale qu'elle ne le pourrait si elle ne recourait pas à l'exclusivité. Dans certains cas, une entreprise peut offrir des prix réduits ou d'autres incitatifs aux distributeurs ou aux détaillants pour qu'ils acceptent l'exclusivité, et les distributeurs ou détaillants peuvent en conséquence offrir des prix moindres aux consommateurs finaux. En l'occurrence, l'évaluation que fait le Bureau en fonction du critère du « facteur déterminant » pour déterminer s'il y a empêchement ou diminution sensible de la concurrence portera surtout sur la possibilité que l'exclusivité pratiquée augmente les obstacles à l'entrée ou à l'expansion de sorte que si ce n'était de ce facteur déterminant, les prix dans le marché seraient plus bas, ou le choix s'offrant aux consommateurs ou la qualité des produits seraient plus grands.

De la même façon, une entreprise pratiquant l'exclusivité en amont à l'égard des fabricants d'intrants nécessaires peuvent avoir des motifs valables de le faire. Par exemple, il peut s'agir d'une forme contractuelle d'intégration verticale qui réduit les frais de transaction de l'entreprise et qui en fait un concurrent plus efficace en aval. Cependant, il peut aussi s'agir d'une forme de mainmise verticale qui prive les concurrents de l'accès à des intrants, de sorte qu'ils soient contraints d'opter pour des solutions inférieures ou de fournir leurs propres intrants, ce qui peut faire augmenter leurs coûts et en faire des concurrents moins efficaces dans un marché en aval.

Lorsqu'une entreprise ayant une puissance commerciale en aval pratique l'exclusivité à l'égard d'un intrant en amont, la question est le degré auquel cette exclusivité préserve ou rehausse la puissance commerciale dans le marché en aval en faisant augmenter les coûts des rivaux en aval, en réduisant leurs revenus et, en somme, en les rendant moins efficaces comme concurrents dans le marché en aval. Dans de tels cas, l'analyse du Bureau visera surtout la possibilité que la puissance commerciale de l'entreprise dans le marché en aval soit entièrement ou partiellement attribuable à une exclusivité en amont à l'égard d'un intrant (c.-à-d. que la pratique en amont serve à créer des obstacles à l'entrée en aval).

Enfin, il est utile d'examiner de plus près les éventuelles justifications commerciales d'une pratique d'exclusivité de la part d'une entreprise. Comme on l'a vu, l'exclusivité peut permettre à une entreprise d'augmenter la distribution de ses produits ou de protéger son intérêt à offrir du service ou un appui aux détaillants ou aux consommateurs. Dans certaines circonstances, l'exclusivité peut aussi se justifier par l'impératif de la viabilité, par exemple dans une industrie en déclin qui peut seulement soutenir une seule entreprise, ou dans une industrie en réseau cherchant à établir une norme efficace unique. L'exclusivité peut être utile pour permettre à une entreprise d'atteindre une échelle efficace – bien que s'il est nécessaire de contrôler la plus grande partie ou la totalité d'un marché pertinent, la situation peut témoigner d'un problème de monopole naturel et de la nécessité d'une réglementation dépassant la portée du droit de la concurrence. En dernier ressort, toute justification commerciale éventuelle doit être



jugée selon les faits en cause. Dans tous les cas, le Bureau cherche à déterminer si l'exclusivité produira vraisemblablement un gain en efficacité et, lorsque l'exclusivité a aussi un effet raisonnablement prévisible d'exclusion de concurrents, si elle est en fait la seule façon de réaliser les gains en efficacité souhaités. Il faut à cette fin déterminer d'une part si les gains peuvent ou non être réalisés en l'absence de l'exclusivité et d'autre part si ces gains sont, somme toute, la raison prédominante de cette conduite.

De la même façon, si l'exclusivité est combinée avec des conditions contractuelles restrictives comme des clauses de reconduction tacite ou les clauses de la nation la plus favorisée, dont il a été question plus haut, il est peu probable que ces clauses contribuent à une justification commerciale globale de l'exclusivité; et il est plus probable qu'elles incitent à conclure que le but global de la pratique est de nuire à un ou plusieurs concurrents.



Annexe III : Ventes liées, offres groupées et rabais pour achats groupés

Il y a divers moyens par lesquels des produits peuvent être vendus ensemble par une même entreprise. Les combinaisons possibles sont habituellement classées soit comme des ventes liées, soit comme des offres groupées. Dans les ventes liées, une entreprise qui a au moins deux produits exige qu'un acheteur achète plus d'un produit à titre de condition de la vente. En d'autres termes, l'entreprise refuse de vendre le produit A à un acheteur à moins que cet acheteur n'achète aussi le produit B de l'entreprise (et éventuellement les produits C, D et ainsi de suite)⁶⁸. Une offre groupée est habituellement une situation où des produits sont vendus ensemble dans des proportions fixes. Ainsi le produit A est vendu avec le produit B (et éventuellement les produits C, D et ainsi de suite)⁶⁹.

Les ventes liées et les offres groupées sont répandues dans la plupart, sinon la totalité, des marchés. Par exemple, les voitures sont habituellement vendues avec quatre pneus (un groupe comprenant l'auto et les pneus) et avec l'exigence que l'entretien effectué dans le cadre de la garantie le soit par le même fabricant (il y a un lien entre un produit et un service). De façon générale, d'importants gains d'efficacité motivent les ventes liées et les offres groupées. Il peut être moins coûteux pour les entreprises de produire ou offrir des produits ensemble, et il peut être plus pratique pour les consommateurs d'acheter l'ensemble que de chercher chaque produit individuel. Cet aspect pratique peut aussi stimuler la demande des consommateurs qui préfèrent acheter les produits ensemble. Les ventes liées et les offres groupées peuvent aider les entreprises à réaliser des économies de gamme, ce qui mène souvent à des produits de plus grande qualité ou à un prix total inférieur que si chaque produit devait être vendu séparément. Elles peuvent aussi inciter les entreprises à élargir leur offre pour pouvoir proposer un ensemble de produits aussi complet que celui de leurs concurrents. En outre, les ventes liées servent souvent, comme l'exclusivité, à assurer la qualité du produit et les niveaux de service, surtout dans les marchés secondaires.

Dans certains cas, la demande à l'égard d'un ensemble de produits peut être suffisante pour que les ventes liées ou l'offre groupée ne correspondent plus à une combinaison de produits individuels mais à un marché de produits en soi. Le Tribunal a reconnu dans l'affaire *Télé-Direct* que les ventes liées (et par conséquent les offres

⁶⁸ Les ventes liées sont souvent combinées avec une exclusivité contractuelle ou induite, de sorte que pour pouvoir acheter le produit A, l'acheteur doit acheter auprès de la même entreprise toutes les quantités – et non seulement une quantité symbolique – du produit B dont il a besoin, au moment et éventuellement à l'avenir. Les ventes liées peuvent aussi s'appuyer sur une dimension technologique si une entreprise peut utiliser des contraintes en matière de dispositifs de contrôle ou de compatibilité pour imposer les ventes liées, comme cela peut se faire dans le cas de logiciels et d'équipement informatique.

⁶⁹ Les produits A et B peuvent ou non être vendus séparément. Lorsque les produits A et B ne sont pas proposés autrement qu'en groupe (p. ex. des souliers et des lacets), on peut parler de groupage exclusif. Lorsqu'ils sont vendus séparément mais que le groupe est proposé à des conditions plus favorables que la somme des produits individuels (p. ex. des menus dans la restauration rapide), on peut parler de groupage mixte.



groupées) exigent d'abord de déterminer s'il y a en fait deux produits distincts ou un seul⁷⁰.

Les ventes liées et les offres groupées peuvent aussi permettre à des entreprises de se livrer à diverses formes de discrimination par les prix. La modulation de la demande peut en être une justification, par exemple quand une entreprise lie ou groupe des produits d'après-vente avec le produit principal. Ainsi, une entreprise qui vend une imprimante peut exiger que les consommateurs utilisent aussi les cartouches d'encre de l'entreprise, soit en créant des contraintes technologiques ou en prévoyant des dispositions d'approvisionnement exclusif. Le résultat final est que l'entreprise peut exiger un prix supérieur des grands consommateurs qui utilisent davantage l'imprimante (donc qui ont davantage besoin de cartouches d'encre). Dans certains cas, la capacité de moduler la demande peut faire en sorte qu'aussi bien les petits consommateurs que les grands consommateurs puissent acheter le produit principal; si l'entreprise peut demander un seul prix pour son produit et est incapable de moduler la demande au moyen des ventes liées, le prix auquel elle maximiserait les bénéfices peut exclure les petits consommateurs. Si par contre elle peut moduler la demande, elle peut exiger un prix moindre pour le produit principal⁷¹.

Les ventes liées visant des services d'après-vente et qui créent une exclusivité – comme dans les exemples ci-dessus d'une voiture exigeant un entretien sous garantie exécuté par le fabricant et des imprimantes exigeant des cartouches d'encre de la même entreprise – sont une des formes les plus répandues de ventes liées dans les marchés de consommation. En règle générale, les ventes liées visant des services d'après-vente soulèvent des problèmes de concurrence uniquement dans des circonstances très précises. Alors que la pratique peut limiter l'accès de tierces parties au marché de l'entretien des produits d'une marque donnée, une marque en soi ne constitue pas nécessairement un marché de produits pertinent si les consommateurs considèrent d'autres marques et d'autres produits comme des substituts, de sorte que l'entreprise propriétaire d'une marque donnée n'occupera pas nécessairement une position dominante. Lorsque les ventes liées visant des services d'après-vente sont répandues parmi les marques d'un marché de produits donné – c.-à-d. que presque toutes les entreprises dans un marché les pratiquent –, le Bureau examinera la mesure dans laquelle les entreprises se font initialement concurrence pour attirer les clients. Si les clients peuvent choisir entre des entreprises concurrentes au moment d'acheter le produit initial et sont pleinement conscients d'être ensuite tenus d'acheter d'autres produits ou services, le Bureau considérera que les clients tiennent compte de cette condition au moment de l'achat

⁷⁰ *Télé-Direct*, supra note 26, par. 161.

⁷¹ Si la modulation peut éventuellement rehausser les incitatifs d'une entreprise à augmenter la production et l'offre de produits, au contraire des raisons liées à l'efficacité évoquées plus haut, la motivation des ventes liées dans ce cas n'est pas la réduction des coûts mais plutôt la capacité de capturer efficacement le surplus du consommateur au niveau marginal. Cela peut supposer des prix plus élevés au moins pour un certain sous-ensemble des consommateurs. Néanmoins, comme la *Loi* ne se soucie pas du simple exercice d'une puissance commerciale, si les ventes liées visant à pratiquer une discrimination par le prix ne produisent pas un effet d'exclusion, de mise au pas ou d'éviction d'un concurrent, le Bureau n'examinera pas la question plus avant.



initial et que les entreprises se font concurrence sur diverses dimensions, y compris les aspects de l'après-vente, lorsqu'ils tentent d'attirer les clients⁷².

Cependant, il y a des circonstances où les ventes liées et les offres groupées peuvent être anticoncurrentielles si elles peuvent faire en sorte qu'il soit plus difficile pour des rivaux ne pratiquant pas les ventes liées ou les offres groupées de faire concurrence. En théorie, les ventes liées et les offres groupées peuvent être anticoncurrentielles de deux façons. Premièrement, dans la mesure où elles peuvent faire augmenter les coûts (ou réduire les revenus) des autres rivaux, il peut devenir plus difficile de faire concurrence dans le ou les marchés des produits autonomes au point de mener à une exclusion ou une mise au pas de concurrents par ailleurs efficaces. Deuxièmement, en réduisant le prix d'un ensemble de produits, les ventes liées ou l'offre groupée peuvent constituer un comportement d'éviction. Lorsque l'ensemble de produits en cause est en soi classé à juste titre comme un marché de produits distinct (c.-à-d. que l'ensemble est considéré comme un seul produit et non comme un groupement de produits distincts), le Bureau analysera la situation sous l'angle du comportement d'éviction pour déterminer si l'ensemble, en tant que produit en soi, est vendu à un prix inférieur à ses coûts évitables moyens.

Les ventes liées (et parfois les offres groupées) soulèvent souvent une possibilité d'« exploitation d'un monopole », où une entreprise possédant une puissance commerciale dans un marché tente de s'assurer une position semblable dans un deuxième marché par ailleurs concurrentiel, en liant les ventes entre les deux marchés. Cette pratique sera seulement considérée comme susceptible d'être anticoncurrentielle si elle peut dissuader des rivaux d'entrer sur le deuxième marché⁷³ ou d'y prendre de l'expansion. L'« exploitation » d'un monopole sera anticoncurrentielle seulement à certaines conditions; comme il est indiqué plus haut, il faut notamment qu'elle ait pour effet de hausser artificiellement les coûts ou de réduire les revenus des rivaux. Par exemple, si les ventes liées capturent par exemple suffisamment de clients souhaitant les deux produits pour empêcher les rivaux d'atteindre une échelle efficace ou de récupérer les coûts fixes de l'approvisionnement des clients achetant des produits autonomes, ou si elles font augmenter les coûts des rivaux ou réduisent leurs revenus en faisant augmenter les coûts pour les consommateurs d'un changement de fournisseur qu'il faudra compenser, cette théorie peut être valable. Dans les industries où les coûts fixes de production sont significatifs, ce problème peut surgir au fil du temps si les ventes liées dissuadent les concurrents d'investir dans la recherche-développement ou découragent autrement d'éventuelles innovations dynamiques qui ne seraient rentables pour les concurrents que si une plus grande part du marché était accessible. Lorsqu'il semble qu'une entreprise possédant une puissance commerciale pratique des ventes liées dans le but de nuire à un ou plusieurs concurrents sans justification commerciale valide, comme il en est question plus haut, le Bureau examinera la mesure dans laquelle la pratique peut

⁷² Il faut noter que si les consommateurs ne sont pas au courant d'un lien ultérieur touchant le secteur après-vente, il peut y avoir un problème en vertu des dispositions de la *Loi* concernant les pratiques trompeuses.

⁷³ L'exploitation d'un monopole est souvent également rentable uniquement si elle a cet effet d'exclusion.



faire augmenter les coûts des concurrents ou réduire leurs revenus de sorte qu'il y ait empêchement ou diminution sensible de la concurrence dans un marché.

Les ventes liées et, surtout, les offres groupées peuvent aussi être considérées comme une concurrence directe par les prix. Lorsqu'il semble qu'une entreprise vend un ensemble de produits groupés surtout comme moyen d'offrir des rabais aux acheteurs, le Bureau peut choisir d'étudier la situation selon le critère du comportement d'éviction afin d'éviter de dissuader la concurrence légitime par les prix. Dans ce cas, la question centrale est de savoir si la définition convenable du marché pertinent doit être fondée sur l'ensemble de produits ou si les divers produits individuels correspondent à autant de marchés de produits pertinents distincts. Lorsque l'ensemble est jugé correspondre à un seul marché de produits, le Bureau cherchera à déterminer si le prix de l'ensemble complet, par opposition à la somme des prix des produits individuels compris dans l'ensemble, est inférieur aux coûts évitables moyens. Le cas échéant, le Bureau examinera ensuite la possibilité qu'il en découle un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence, c'est-à-dire si l'entreprise pratiquant les offres groupées est en mesure de récupérer la réduction des prix en augmentant le prix de son ensemble une fois que les concurrents offrant des produits autonomes ont été mis au pas ou éliminés. Lorsque la définition de marché retenue est celle de produits distincts (par exemple, il y a des groupes distincts de consommateurs qui achètent l'ensemble ou qui achètent les composantes comme produits autonomes), il peut être plus opportun d'évaluer la mesure dans laquelle l'entreprise pratiquant les offres groupées peut faire augmenter les coûts des rivaux offrant des produits autonomes, comme on l'a vu plus haut.

Rabais pour achats groupés

L'offre de rabais pour achats groupés est une forme précise de comportement qui relève de la catégorie des ventes groupées. L'offre d'un rabais pour achats groupés est une pratique selon laquelle une entreprise offre à l'acheteur une réduction de prix à l'égard d'un produit à condition qu'il achète aussi un deuxième produit (ou plusieurs) de l'entreprise. Par exemple, un acheteur peut recevoir une réduction de 15 p. 100 sur le produit A s'il achète aussi le produit B de la même entreprise⁷⁴.

Le Tribunal a examiné la question des rabais pour achats groupés dans l'affaire *Tuyauteries Canada*. Il a été jugé que Tuyauteries Canada occupait une position dominante dans les marchés de tuyaux, raccords et accouplements en fonte grise. Elle offrait un programme de distributeurs stockistes (PDS) prévoyant un système de rabais fondé sur l'achat des trois types de produits exclusivement de Tuyauteries Canada. Le Bureau a soutenu que le PDS faisait obstacle à l'entrée en empêchant les éventuels nouveaux concurrents et les concurrents en place d'avoir accès aux distributeurs, de sorte que la concurrence était sensiblement diminuée dans les marchés de ces produits. Le Tribunal a toutefois jugé que les coûts de changement de fournisseur (sous forme de rabais perdus) que devaient assumer les distributeurs qui voulaient passer de Tuyauteries

⁷⁴ Le rabais de fidélité est une forme particulière de rabais pour achats groupés. L'acheteur bénéficie d'un rabais sur un produit s'il achète de la même entreprise un certain pourcentage (souvent la totalité) de la quantité dont il a besoin.



Canada à des concurrents n'étaient pas suffisamment importants pour que cet obstacle soit significatif. En dernier ressort, la Cour d'appel fédérale a statué que le Tribunal avait erré en droit en appliquant les alinéas 79(1)b) et 79(1)c) aux faits en cause; l'affaire a en fin de compte été réglée par voie d'un consentement enregistré entre le Bureau et Tuyauteries Canada.

Comme d'autres formes de ventes liées et d'offres groupées, les rabais pour achats groupés peuvent être considérés comme un comportement relevant soit de l'exclusion, soit de l'éviction. Par exemple, les rabais pour achats groupés offerts à des détaillants ou à des distributeurs peuvent avoir un effet d'exclusion des concurrents en faisant augmenter les coûts qu'ils doivent assumer pour livrer leurs produits aux consommateurs finaux (ou réduire leurs revenus en les obligeant à offrir un rabais équivalent), de la même façon que le feraient des contrats d'exclusivité. Comme les contrats d'exclusivité, les rabais pour achats groupés peuvent réduire la part du marché qui est accessible si la nécessité pour un distributeur ou un détaillant de renoncer au rabais produit un effet suffisant pour inciter à l'exclusivité ou par d'autres moyens à faire augmenter les coûts des rivaux ou réduire leurs revenus au point où ils seraient des concurrents moins efficaces⁷⁵. Dans tous les cas, les rabais pour offres groupées peuvent rehausser les obstacles à l'entrée dans tout marché de produits où les rabais sont offerts.

En même temps, les rabais pour offres groupées peuvent être une forme de concurrence par le prix, surtout lorsqu'ils sont offerts aux acheteurs finaux. Dans ce cas, les rabais pour offres groupées peuvent être évalués sous l'angle du comportement d'éviction conformément à la démarche du Bureau à l'égard de l'éviction décrite dans les présentes lignes directrices. Lorsqu'un rabais pour offre groupée vise un marché de produits pertinent distinct (c.-à-d. l'ensemble est à juste titre considéré comme un seul produit plutôt que comme un ensemble de produits autonome), le Bureau évaluera la situation sous l'angle du comportement d'éviction. Le Bureau reconnaît que les programmes de rabais pour offres groupées sont souvent complexes et peuvent prévoir différents pourcentages pour chaque produit; il peut être de mise de les combiner pour déterminer les prix réels des produits dans toute analyse prix-coûts.

⁷⁵ Dans le cas de l'exclusivité, les acheteurs qui changent de fournisseur sont contraints de payer un montant pour violation de contrat. Dans le cas des rabais pour achats groupés, les acheteurs qui changent de fournisseur renoncent aux rabais sur d'autres produits faisant partie du groupe. Pour illustrer les coûts de changement de fournisseur qui devraient être compensés pour le consommateur, supposons que les prix de A et B sont tous deux de 8 \$. Supposons aussi que la demande est parfaitement inélastique et s'établit à 10 unités de A et 5 unités de B. Supposons maintenant qu'une entreprise dominante, l'Entreprise 1, fournit A en offrant un rabais de 10 p. 100 si A et le bien B faisant l'objet d'une concurrence sont achetés ensemble. Le prix de l'ensemble est ainsi de $8 \$ \times 10 + 8 \$ \times 5 = 120 \$ - 10 \% = 108 \$$. Supposons ensuite que le concurrent vendant B, l'Entreprise 2, offre aussi un rabais de 10 p. 100. Le consommateur achetant 5 unités de B de l'Entreprise 2 paiera $8 \$ \times 5 = 40 \$ - 10 \% = 36 \$$. Le prix total que paie le consommateur achetant l'ensemble, 108 \$, est à comparer au prix total de l'achat de A auprès de l'Entreprise 1 et de B auprès de l'Entreprise 2 : $8 \$ \times 10 + 36 \$ = 116 \$$. Par conséquent, pour inciter au changement de fournisseur, l'Entreprise 2 devrait offrir un rabais supplémentaire de 8 \$ pour compenser les consommateurs. Le rabais total s'élèverait alors à 30 % ($12 \$ / (8 \$ \times 5)$).



Annexe IV : Refus d'accès à une installation ou à un service

Dans une allégation d'abus de position dominante fondée sur un refus d'accès⁷⁶ à une installation, le comportement en cause serait un refus réel ou implicite d'accès⁷⁷ opposé à un concurrent. Dans ce contexte, le refus peut viser une installation à laquelle un concurrent avait accès auparavant ou une installation à laquelle il n'avait jamais eu accès. De façon générale, le refus d'accès à une installation, qui est une pratique courante, soulèvera un problème au regard de la *Loi* seulement dans des circonstances limitées. Les conditions suivantes doivent être réunies :

- (i) une entreprise intégrée verticalement a une puissance commerciale dans le marché en aval (ou le marché au détail) pour le marché dans lequel l'installation est utilisée comme un intrant, dans la période suivant le refus;
- (ii) le refus d'accès vise à empêcher des concurrents d'entrer ou de prendre de l'expansion dans le marché en aval ou à nuire à leur capacité de livrer concurrence;
- (iii) le refus a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché en aval.

L'analyse du Bureau commence par une évaluation de la puissance commerciale en aval une fois que le refus s'est produit. Lorsque les entreprises en aval n'ont pas présentement l'accès, la capacité de l'entreprise soi-disant dominante d'imposer une augmentation non transitoire modeste mais significative et son intérêt à le faire dépendront de l'importance des obstacles à l'entrée, qui dépend elle-même en partie de l'importance de la puissance commerciale en amont. Par exemple, s'il existe une puissance commerciale en amont et qu'il est très difficile ou impossible aux concurrents en aval de reproduire l'installation ou de trouver l'équivalent auprès d'autres sources, un refus d'accès à cette installation créerait un très grand obstacle à l'entrée sur le marché en aval, et donc une puissance commerciale en aval. Une évaluation de la puissance commerciale en aval doit aussi tenir compte de la disposition et de la capacité des consommateurs à obtenir le produit ou le service en cause auprès d'autres fournisseurs en aval qui ne comptent pas sur l'installation en cause.

En l'absence d'intégration verticale, le simple fait d'exiger un prix de monopole pour permettre l'accès à une installation, d'assujettir l'accès à des conditions⁷⁸ ou de n'offrir l'accès à aucun prix à des acheteurs en aval ne susciterait, en soi, aucune interrogation. Si le propriétaire d'une installation n'est pas un concurrent sur le marché en

⁷⁶ Le terme « installation » peut aussi désigner un intrant ou un service nécessaire.

⁷⁷ Le refus implicite est une pratique qui produit un effet équivalant à celui d'un refus réel, par exemple en imposant un prix excessivement élevé pour l'accès ou en offrant une qualité de service excessivement mauvaise.

⁷⁸ Il peut s'agir de territoires exclusifs ou de restrictions applicables au domaine d'utilisation qui limitent le marché géographique ou le marché de produits dans lesquels les acheteurs en aval peuvent utiliser l'installation.



aval où est utilisée l'installation, le Bureau ne considérera pas que ce fournisseur a une raison d'influer sur la concurrence en aval et ne conclura pas qu'il exerce une puissance commerciale sur ce marché. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui contrôle l'installation soit explicitement intégrée verticalement; elle peut arriver au même résultat par voie de contrat, par exemple en désignant une entreprise en aval comme son détaillant exclusif. De même, une entreprise peut indirectement agir dans le marché de gros en vendant l'accès à une installation à un autre grossiste qui approvisionne ensuite le marché de détail.

En cas de conclusion à l'existence d'une puissance commerciale, un refus d'accès est un agissement anticoncurrentiel lorsqu'il vise à exclure ou entraver des concurrents actuels ou éventuels. Pour qu'un tel but puisse être déduit, il doit être difficile ou impossible aux concurrents de recourir à des intrants de substitution ou, de façon pratique et raisonnable, de reproduire l'installation. Il est impossible, de façon pratique et raisonnable, de reproduire l'installation s'il n'est pas viable pour un concurrent d'entrer sur le marché, d'y prendre de l'expansion ou d'y livrer une concurrence efficace s'il doit fournir ses propres installations. Pour autant, le but ne serait pas anticoncurrentiel s'il y a une justification commerciale crédible et valable du refus, par exemple si l'accès est refusé parce que les coûts de la capacité nécessaire à l'approvisionnement des concurrents seraient prohibitifs. La création ou la préservation d'efficacités verticales pourrait aussi être une justification commerciale valable.

Avant que le Tribunal puisse rendre une ordonnance corrective en vertu de l'article 79, il faut d'abord démontrer que la pratique d'agissements anticoncurrentiels a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché en aval. En conséquence, si le contrôle de l'installation est une source de puissance commerciale dans un marché en aval et que le refus d'accès visait un but anticoncurrentiel, l'analyse du Bureau fondée sur le facteur déterminant devrait alors servir à établir si le refus d'accès mènera vraisemblablement à une concurrence sensiblement moindre, en aval, que ce ne serait le cas en l'absence du refus.

Si l'entreprise dominante, advenant qu'il n'y ait pas de refus d'accès, vendait l'accès à l'installation parce qu'elle ne peut invoquer aucune justification commerciale crédible et valide de refuser cet accès, l'analyse fondée sur le « facteur déterminant » nécessiterait alors l'évaluation des conditions de concurrence qui existeraient si l'entreprise dominante exigeait des concurrents en aval un prix d'accès maximisant ses bénéfices⁷⁹. Cette analyse établit la valeur repère correspondant à ce prix d'accès pour les marchés pertinents d'une portée donnée où évoluent l'entreprise dominante et ses acheteurs. Si le propriétaire dominant d'une installation a intérêt, afin de maximiser ses bénéfices, à majorer son prix d'accès par rapport à cette valeur repère ou bien à refuser l'accès, peu importe le prix – souvent à cause d'un changement dans la portée des marchés pertinents sur lesquels les entreprises se font concurrence – le refus peut avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

⁷⁹ Ce prix d'accès serait celui qui est pratiqué au moment du refus (c.-à-d. d'après la structure du marché en aval indépendamment du refus).



En règle générale, le refus d'accès sera discutable en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante à la condition qu'il ait pour but d'empêcher la mise en place d'une structure de marché où la concurrence horizontale est plus intense. Par exemple, le propriétaire dominant d'une installation pourrait empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence sur un marché en aval si, après qu'une fusion lui a permis d'entrer sur le marché par une intégration verticale, l'entité issue de la fusion refuse de continuer à offrir aux concurrents l'accès au prix maximisant les bénéfices qui se pratiquait avant la fusion pour les forcer à quitter le marché en aval⁸⁰. Dans une telle éventualité, le prix antérieur à la fusion représente la valeur repère « déterminante » maximisant les bénéfices. Si la fusion donnait à l'entreprise dominante une raison de majorer le prix des intrants au-dessus de cette valeur repère pour entraver ou empêcher la concurrence de la part des rivaux non intégrés, elle pourrait amener à conclure qu'il y a abus de position dominante⁸¹.

Il y a le cas aussi de l'entreprise dominante qui donne l'accès à une installation à ses concurrents offrant un seul produit aux consommateurs en aval. Supposons qu'une entreprise fait concurrence ou cherche à faire concurrence à l'entreprise dominante dans un deuxième marché et demande d'avoir accès à l'installation de l'entreprise dominante sur le premier marché afin de produire le premier produit et de l'offrir sur un marché distinct aux consommateurs qui souhaitent acheter des produits sur les deux marchés. Cette situation pourrait englober l'achat par « guichet unique », dans le cas entre autres d'un client qui aurait besoin de se procurer un produit ou un service à plusieurs endroits auprès de fournisseurs. Le cas échéant, l'entreprise dominante aurait sans doute intérêt à pratiquer des prix plus élevés ou à refuser entièrement l'accès à l'installation sur un marché de manière à entraver ou à empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché à guichet unique⁸². Si le concurrent pouvait faire concurrence sur ce marché en l'absence du refus, ce dernier pourrait entraîner un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Comme il est indiqué ci-dessus, toutefois, l'analyse ici présume qu'il serait irréaliste pour ce nouveau concurrent d'entrer sur le marché, d'y prendre de l'expansion ou d'y faire concurrence véritablement s'il doit se procurer lui-même l'intrant dont il a besoin⁸³.

⁸⁰ La même logique s'appliquerait dans le cas où, au lieu d'une fusion, il y aurait eu un changement exogène sur le plan technologique ou des coûts qui permettrait à un fournisseur en amont d'entrer sur le marché en aval alors qu'il était jusqu'à ce moment-là incapable de faire concurrence sur ce marché.

⁸¹ Si une acquisition avait cette conséquence, il pourrait être approprié d'examiner les effets sur la concurrence à la lumière des dispositions de la *Loi sur les fusionnements*.

⁸² En théorie, même si l'entreprise supposément dominante n'a pas mis cet intrant à la disposition de ses concurrents dans le passé, il existe un prix maximisant ses bénéfices auquel elle pourrait approvisionner ses concurrents qui offrent aux consommateurs en aval un seul produit. En pratique, toutefois, il peut être difficile de fixer ce prix dans les cas où l'intrant n'a pas été fourni auparavant au moyen d'un échange volontaire.

⁸³ Si le nouveau concurrent peut entrer sur le marché, y prendre de l'expansion ou y faire concurrence véritablement en effectuant ses propres investissements, une ordonnance d'accès pourrait en fait être anticoncurrentielle en dissuadant la concurrence fondée sur les installations.



Annexe V : Résumé des décisions rendues par le Tribunal de la concurrence

Introduction

La présente annexe présente un résumé des décisions rendues par le Tribunal depuis l'ajout des dispositions sur l'abus de position dominante dans la *Loi* en 1986. Ce résumé illustre la position du Tribunal sur les principaux éléments de l'article 79. Il présente aussi des exemples précis des types de comportement que le Bureau, à la lumière des circonstances en cause, a reconnus et désignés comme étant anticoncurrentiels. Enfin, il indique la nature et la portée des mesures correctives imposées en application de l'article 79.

NutraSweet

Principaux faits

Marché de produits : L'aspartame, édulcorant artificiel

Marché géographique : Canada

Part de marché : 95 p. 100

Date du dépôt de la demande : Juin 1989

Date de l'ordonnance du Tribunal : Octobre 1990

Agissements anticoncurrentiels

- Clauses contractuelles imposées par NutraSweet exigeant ou entraînant l'exclusivité
 - Clauses obligeant les clients à acheter de NutraSweet la totalité de leur aspartame
 - Réductions de prix et remises accordées aux clients pour l'utilisation du logo et du nom de NutraSweet
 - Remises promotionnelles accordées pour utilisation exclusive du produit NutraSweet
 - Clauses de l'offre concurrente et de la nation la plus favorisée

« Diminution sensible de la concurrence »

- Forte part de marché détenue par NutraSweet
- Contrats couvrant 90 p. 100 du marché
- Exclusivité contractuelle empêchant l'entrée de concurrents
- Obstacles à l'entrée, y compris coûts élevés de changement de fournisseur, coûts irrécupérables, délai d'entrée de deux ans et économies d'échelle

Ordonnance

- Interdiction à NutraSweet d'appliquer les clauses contractuelles exigeant ou entraînant l'exclusivité



ÉBAUCHE POUR CONSULTATIONS PUBLIQUES – JANVIER 2009

- Interdiction à NutraSweet de conclure de nouveaux contrats comportant les clauses en question

Autres questions

- Le Tribunal n'a pas retenu l'argument voulant que les avantages découlant du non-paiement d'impôts sur le revenu et de l'application de prix d'éviction étaient anticoncurrentiels.
- Aucune ordonnance n'a été rendue au sujet des allégations de vente à un prix inférieur aux coûts et d'octroi de rabais à une partie pour tenir compte de différences dans le taux de change.
- Le Tribunal a rejeté les moyens de défense de NutraSweet fondés sur un rendement concurrentiel supérieur, sur l'effet de parasitisme (c.-à-d. le fait que d'autres parties auraient profité de l'investissement de NutraSweet) ainsi que sur l'efficacité et les justifications commerciales.

Laidlaw

Principaux faits

Marché de produits : Services de cueillette et d'élimination de déchets commerciaux

Marché géographique : Quatre collectivités de l'île de Vancouver

Part de marché : 87 p. 100

Date du dépôt de la demande : Mars 1991

Date de l'ordonnance du Tribunal : Janvier 1992

Agissements anticoncurrentiels

- Acquisition de concurrents
- Contrats d'achat de concurrents assortis de clauses de non-concurrence sur une période prolongée
- Pratiques contractuelles
 - Contrats à long terme avec les clients se renouvelant automatiquement
 - Dommages-intérêts prédéterminés d'un montant excessif
 - Droit de premier refus
 - Intimidation sous forme de poursuites ou menaces de poursuites visant à dissuader les clients de changer de fournisseur

« Diminution sensible de la concurrence »

- Existence de prix élevés et majorations de ces prix indiquant que Laidlaw possédait une puissance commerciale
- Contrats entre Laidlaw et ses clients limitant la concurrence



ÉBAUCHE POUR CONSULTATIONS PUBLIQUES – JANVIER 2009

- Importants obstacles à l'entrée, y compris les pratiques contractuelles de Laidlaw qui créaient des obstacles à la constitution par un nouveau concurrent d'une clientèle suffisante
- Acquisition de concurrents ayant créé un monopole local

Ordonnance

- Interdiction à Laidlaw de faire d'autres acquisitions dans trois marchés désignés pendant trois ans
- Modification et suppression de dispositions aux contrats de Laidlaw concernant le droit de premier refus, la non-concurrence, l'exclusivité et les dommages-intérêts prédéterminés pour résiliation prématurée
- Suppression de l'obligation des clients de divulguer les offres présentées par des concurrents
- Période initiale et périodes de renouvellement des contrats réduites à un an
- Possibilité de résiliation d'un contrat sur préavis de 30 jours
- Imposition à Laidlaw d'obligations en matière d'avis et d'information
 - Obligation d'informer les clients que les clauses contractuelles visées par l'ordonnance ne seraient plus appliquées
 - Obligation d'expliquer aux clients toute modification aux contrats
 - Obligation d'informer les clients et les gestionnaires de l'existence de l'ordonnance
 - Obligation d'informer par écrit les employés que l'entreprise a comme politique de respecter la *Loi*
 - Remise au Bureau de copies des contrats existants et futurs

Autres questions

- Laidlaw a invoqué pour plusieurs des clauses contractuelles en cause des justifications économiques et commerciales fondées sur ses investissements. Le Tribunal a jugé que ces clauses ne pouvaient pas être justifiées au nom de l'efficience ou des avantages pour les consommateurs. Le seul effet des clauses était de garantir que les clients restent fidèles à Laidlaw, ce qui créait un obstacle à l'entrée.
- Laidlaw a soutenu que les fusions étaient visées par l'article 91 de la *Loi* et ne pouvaient donc pas être anticoncurrentielles en vertu de l'article 78. Le Tribunal a rejeté cet argument.
- Le Tribunal a condamné l'utilisation par Laidlaw de poursuites ou de menaces de poursuites comme étant un comportement anticoncurrentiel répréhensible.



Nielsen

Principaux faits

Marché de produits : Services de suivi des données du marché par balayage électronique

Marché géographique : Canada

Part de marché : 100 p. 100

Date du dépôt de la demande : Avril 1994

Date de l'ordonnance du Tribunal : Août 1995

Agissements anticoncurrentiels

- Utilisation de contrats exclusifs pour refuser aux concurrents l'accès à des données recueillies par balayage électronique
 - Contrats à long terme (trois ans ou plus)
 - Clause de la nation la plus favorisée garantissant qu'aucun concurrent ne reçoive moins pour des données que Nielsen
 - Conditions de résiliation onéreuses, y compris long préavis et pénalités financières pour résiliation prématurée
 - Dates de renouvellement décalées de façon à limiter les sources de données disponibles, ce qui constituait un obstacle à l'entrée
 - Paiement pour l'accès exclusif aux données ou application de pénalités financières si un détaillant fournissait des données à un concurrent

« Diminution sensible de la concurrence »

- Contrôle complet exercé par Nielsen, combiné à des pratiques visant à faire obstacle à l'entrée, permettant à Nielsen de préserver et rehausser sa puissance commerciale
- Pratiques de Nielsen ayant créé des obstacles là où il n'en existait pas
- Nature de l'industrie ne permettant pas une entrée graduelle au fil du temps puisque les données nécessaires à des comparaisons sont nécessaires d'emblée
- But et effets anticoncurrentiels des contrats

Ordonnance

- Modifications imposées aux contrats de Nielsen
 - Invalidation des dispositions empêchant ou limitant la fourniture de données à tout demandeur
 - Inapplicabilité des clauses favorisant l'exclusivité des données recueillies par balayage
 - Interdiction des incitatifs visant à limiter la fourniture de données
 - Interdiction du recours à une clause de la nation la plus favorisée pendant 24 mois après la délivrance de l'ordonnance



ÉBAUCHE POUR CONSULTATIONS PUBLIQUES – JANVIER 2009

- Imposition d'une même échéance à tous les futurs contrats signés dans les 18 mois suivant la date de l'ordonnance
- Réduction de la durée des contrats à long terme visant les services de Nielsen
- Obligation faite à Nielsen de fournir les données prélevées pendant les 15 mois précédant la date de la demande d'un nouveau concurrent sur le marché, Information Resources Inc.

Autres questions

- Le Tribunal a examiné plusieurs arguments voulant justifier les pratiques de Nielsen mais a conclu que le refus d'accès ne pouvait pas être justifié pour des raisons commerciales ou d'efficience.
- En jugeant que les agissements étaient anticoncurrentiels, le Tribunal a statué que l'existence d'une justification commerciale valable n'était pas un facteur atténuant à l'égard du comportement.
- Nielsen a soutenu que ses contrats étaient nécessaires pour empêcher un concurrent de « parasiter » son investissement. Le Tribunal a rejeté cet argument.

Télé-Direct

Principaux faits

Marché de produits : Publicité dans les annuaires téléphoniques

Marché géographique : Marchés locaux dans toutes les régions du Canada

Part de marché : 96 p. 100 de l'espace publicitaire, 25 p. 100 des services publicitaires

Date du dépôt de la demande : Décembre 1994

Date de l'ordonnance du Tribunal : Février 1997

Agissements anticoncurrentiels

- Vente d'espace dans les annuaires des Pages Jaunes liée à la vente de services y compris conseils, conception et administration
- Discrimination à l'encontre d'éditeurs d'annuaires, d'agences de publicité et de conseillers indépendants en ce qui a trait aux comptes clients et aux commissions
- Réductions de prix ciblées et autres stratégies concurrentielles à l'encontre d'annuaires concurrents
- Refus d'accorder des licences pour des marques de commerce

« Diminution sensible de la concurrence »

- Absence de proches substituts faisant de la publicité dans les annuaires de téléphone un marché distinct



ÉBAUCHE POUR CONSULTATIONS PUBLIQUES – JANVIER 2009

- Détention par Télé-Direct d'une part écrasante du marché de produits
- Difficulté de l'entrée sur le marché

Ordonnance

- Obligation faite à Télé-Direct de cesser la pratique de ventes liées d'espace et de services
- Obligation faite à Télé-Direct de fixer des prix distincts pour l'espace et les services ou d'offrir une commission raisonnable pour la fonction service
- Obligation faite à Télé-Direct de cesser la discrimination à l'endroit des conseillers et des clients qui utilisent des conseillers

Autres Questions

- Le Tribunal a rejeté les allégations concernant :
 - les agissements anticoncurrentiels visant des éditeurs, que le Tribunal a considérés comme des réactions concurrentielles légitimes à l'entrée de nouveaux concurrents;
 - les agissements anticoncurrentiels visant des agences de publicité, au motif que Télé-Direct n'occupait pas une position dominante dans ce secteur du marché et qu'il n'y avait pas empêchement ou diminution sensible de la concurrence;
 - le refus d'autoriser l'utilisation par d'autres parties de la marque Pages Jaunes et du logo des doigts qui marchent, que le Tribunal a considéré comme un exercice légitime des droits en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*.

Air Canada

Principaux faits

Marché de produits : Services de transport aérien de voyageurs

Marché géographique : Sept routes reliant des villes dans le Canada atlantique et le Canada central

Part de marché : 80 à 100 p. 100 selon la route

Date du dépôt de la demande : Mars 2001

Décision du Tribunal : Juillet 2003, phase I de l'affaire

Agissements anticoncurrentiels

- Augmentation de la capacité ou réduction des tarifs par Air Canada en réaction à l'arrivée de WestJet et CanJet sur certaines routes
- Mesures faisant que les coûts évitables de l'exploitation de vols sur ces routes n'étaient pas couverts, en contravention des alinéas 1a) et 1b) du Règlement concernant les transporteurs aériens



« Diminution sensible de la concurrence »

- L'alinéa 79(1)c) n'a pas été pris en considération dans la phase I de l'affaire.

Décision

- Le Tribunal a défini le critère des coûts évitables pour l'éviction.
- Le Tribunal a conclu que sur deux routes différentes, Air Canada a exploité sa capacité ou l'a augmentée à des tarifs qui ne couvraient pas les coûts évitables du service.
- Le Tribunal a fait remarquer que même si Air Canada était en défaut du critère des coûts évitables, il n'en découlait pas nécessairement qu'Air Canada avait abusé de sa position dominante au sens de l'article 79 de la *Loi*. L'élément de la « pratique d'agissements anticoncurrentiels » et les autres éléments énoncés à l'article 79 restaient à évaluer dans la phase II de l'affaire.

Autres questions

- En mai 2001, le Tribunal a ordonné que l'affaire soit instruite en deux phases. La phase I concernait l'application du critère des coûts évitables à deux routes sélectionnées comme échantillon. La phase II viserait le reste de la demande. L'audience de la phase I a été ajournée deux fois à la suite des événements du 11 septembre 2001.
- En avril 2003, Air Canada a demandé la protection prévue par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* de sorte que l'audience de la phase II a dû être ajournée. En octobre 2004, la commissaire a retiré la demande qui avait été déposée sous le régime de l'article 79, étant donné qu'Air Canada a décidé de ne pas contester la décision rendue par le Tribunal de la concurrence dans la phase I et que le secteur canadien du transport aérien a connu de grands changements depuis le début du litige en 2001.



Tuyauteries Canada

Principaux faits

Marchés de produits : Tuyaux, raccords et accouplements en fonte grise pour les drains, renvois et événements

Marché géographique : Colombie-Britannique, Alberta, les Prairies, Ontario, Québec, les provinces de l'Atlantique

Part de marché : 80 à 90 p. 100

Date du dépôt de la demande : Octobre 2002

Décision du Tribunal : Février 2005

Demande auprès de la Cour d'appel fédérale : Mars 2005

Décision de la Cour d'appel fédérale : Juin 2006

Décision de la Cour suprême du Canada sur la demande de pourvoi : Mai 2007

Consentement enregistré : Décembre 2007

Agissements anticoncurrentiels

- Tuyauteries Canada offrait aux distributeurs qui achetaient exclusivement ses tuyaux, raccords et accouplements d'importantes remises annuelles et trimestrielles ainsi que des prix sensiblement réduits par le recours à un taux d'abattement et de ristourne. Ce régime s'appelait « programme des distributeurs stockistes » (PDS).
- Le Tribunal a conclu que le PDS n'était pas anticoncurrentiel en raison des éléments suivants :
 - absence de coûts importants de changement de fournisseur;
 - absence de pénalités si un distributeur quittait le PDS;
 - absence d'effet d'exclusion;
 - durée de l'engagement, c'est-à-dire un an;
 - absence d'empêchement à l'entrée ou à la concurrence dans certaines régions.
- Le Tribunal a accepté comme justification commerciale le fait que les grandes quantités vendues grâce au PDS permettaient à Bibby (une division de Tuyauteries Canada) de stocker une gamme complète de produits, ce qui profitait aux consommateurs.

Empêchement ou diminution sensible de la concurrence

- Le Tribunal a conclu que le PDS n'était pas la cause d'un empêchement ou d'une diminution sensible de la concurrence.



La décision de la Cour d'appel fédérale

- La Cour fédérale d'appel a statué que le Tribunal avait erré en droit en appliquant les alinéas 79(1)b) et 79(1)c) aux faits en cause.

Alinéa 79(1)b)

- La Cour d'appel fédérale a affirmé que le Tribunal avait erré en droit en jugeant qu'un lien entre la pratique mise en cause et une diminution de la concurrence était nécessaire aux fins de l'alinéa 79(1)b).
- En ce qui concerne l'alinéa 79(1)b), la Cour d'appel fédérale a statué que « [l'] agissement anticoncurrentiel est défini par rapport à un but » et qu'il vise à produire à l'égard d'un concurrent un effet négatif dans le but de l'exclure, de le mettre au pas ou de l'évincer.
- La Cour d'appel fédérale a statué qu'une justification commerciale doit être attribuable à l'intimé et doit servir à compenser toute intention négative en jugeant de l'objet général d'une pratique.

Alinéa 79(1)c)

- La Cour d'appel fédérale a statué que le Tribunal aurait dû déterminer si dans chacun des marchés pertinents, la concurrence avait été sensiblement réduite en présence du PDS par rapport à ce qu'elle aurait vraisemblablement été en l'absence du PDS. La Cour d'appel fédérale a ajouté que le fait d'une entrée ou l'évocation d'une concurrence subsistant malgré la pratique ne suffisent pas.
- La Cour d'appel fédérale a aussi déclaré que l'examen convenable de la question aurait dû comprendre une analyse des facteurs suivants :
 - la possibilité que l'entrée ou l'expansion puissent se produire sensiblement plus vite ou plus souvent ou atteindre un niveau plus important en l'absence du PDS;
 - la possibilité que les clients changeraient de produits et de fournisseurs sensiblement plus souvent;
 - la possibilité que les prix seraient sensiblement inférieurs;
 - la possibilité que la qualité des produits serait sensiblement plus grande.

Consentement

Le consentement auquel Tuyauteries Canada a souscrit exige que l'entreprise applique un nouveau programme de rabais qui n'exige pas des distributeurs qu'ils achètent leurs produits de fonte grise pour les drains, renvois et événements exclusivement de Tuyauteries Canada afin d'obtenir des rabais et remises.



Interac

Principaux faits

Marché de produits : Services de réseau de commerce bancaire électronique permettant des transactions par l'entremise de guichets automatiques et de cartes de débit

Marché géographique : Canada

Part de marché : 100 p. 100

Date du dépôt de la demande : Décembre 1995

Date de l'ordonnance du Tribunal : Juin 1996

Agissements anticoncurrentiels

- Interdiction de nouveaux membres
- Droits d'adhésion plus élevés pour les fournisseurs de services financiers concurrents
- Frais de service imposés aux entités n'ayant pas un branchement direct au réseau et devant passer par un autre membre
- Restrictions à la concurrence par le prix et les services

« Diminution sensible de la concurrence »

- Importants obstacles à l'entrée et absence d'autres réseaux
- Accès limité au système principal
- Concurrence limitée en matière de service et de prix

Consentement

- Les parties intimées ont été tenues de modifier le règlement d'Interac de façon à :
 - éliminer les restrictions à l'adhésion d'autres institutions financières;
 - permettre l'accès indirect à d'autres entités commerciales;
 - modifier la régie d'Interac en ce qui a trait à la composition de son conseil d'administration;
 - modifier les pratiques d'établissement des prix et les modalités d'approbation de nouveaux services de réseau.



CANYPS (Pages Jaunes canadiennes)

Principaux faits

Marché de produits : Publicité nationale dans les Pages Jaunes

Marché géographique : Canada

Part de marché : 90 p. 100

Date du dépôt de la demande : Septembre 1994

Date de l'ordonnance du Tribunal : Novembre 1994

Agissements anticoncurrentiels

- Restrictions imposées à la vente de publicité nationale exigeant que, pour toute leur publicité nationale dans les Pages Jaunes, les clients traitent avec l'éditeur desservant la province de leur siège social (« règle du siège social »)

« Diminution sensible de la concurrence »

- Ententes entre les membres de CANYPS empêchant selon le Bureau la concurrence entre eux ainsi que l'entrée sur le marché d'agents indépendants
- Marché contrôlé à 90 p. 100 par les parties intimées

Consentement

- Les parties intimées ont été tenues de renoncer à :
 - maintenir la règle du siège social;
 - maintenir les ententes de ventes exclusives;
 - refuser de traiter avec des sociétés vendeuses;
 - pratiquer de la discrimination entre les sociétés vendeuses;
 - refuser d'accorder des licences permettant à des sociétés vendeuses d'utiliser les marques de commerce des Pages Jaunes;
 - s'entendre sur les commissions ou les critères d'admissibilité s'y rapportant;
 - refuser aux sociétés vendeuses l'accès aux tarifs et autres données publiées par CANYPS.
- Les parties intimées ont été tenues de fournir au Bureau les procès-verbaux de toutes les réunions de CANYPS jusqu'en juillet 2008 ainsi qu'un accord type d'utilisation sous licence des marques de commerce.



Enbridge

Principaux faits

Marché de produits : Chauffe-eau au gaz naturel et services connexes

Marché géographique : Marchés locaux dans l'Est ontarien (sauf Kingston), la région du Grand Toronto et une partie de la péninsule du Niagara

Part de marché : 65 p. 100 des ventes de nouveaux chauffe-eau, 86 p. 100 des services

Date du dépôt de la demande : Décembre 2001

Date de l'ordonnance du Tribunal : Février 2002

Agissements anticoncurrentiels

- Frais et conditions de résiliation imposés
- Interdiction faite à des tiers de débrancher et d'enlever les chauffe-eau loués
- Imposition de frais de remboursement de l'installation du chauffe-eau loué sur une période de 11 ans après l'installation
- Plan de rachat du chauffe-eau loué et garantie du meilleur prix permettant à la partie intimée de rajuster de façon sélective le prix de rachat en fonction d'un prix plus bas d'un concurrent

« Diminution sensible de la concurrence »

- Forte part de marché dans les ventes et les services
- Pratique d'agissements anticoncurrentiels :
 - préservant ou rehaussant des obstacles à l'entrée en créant ou en maintenant des coûts s'imposant aux clients voulant opter pour des concurrents;
 - empêchant des concurrents d'entrer sur le marché ou d'y prendre de l'expansion, en faisant augmenter leurs coûts;
 - protégeant la part de marché de la partie intimée.

Consentement

- La partie intimée a dû renoncer à :
 - empêcher le débranchement et l'enlèvement des chauffe-eau loués par des tiers qualifiés;
 - imposer des frais de résiliation aux clients voulant abandonner son programme de location après que leur chauffe-eau avait 5 ans;
 - offrir des taux de location et des prix de rachat différents pour le même chauffe-eau loué (âge et modèle) sauf dans la mesure où les coûts du service le justifient.
- La partie intimée a été tenue de :
 - proposer des endroits accessibles où rendre les chauffe-eau;



ÉBAUCHE POUR CONSULTATIONS PUBLIQUES – JANVIER 2009

- fournir à tous ses clients un plan de rachat prédéterminé, en fonction du prix du chauffe-eau loué au moment de l'installation;
- informer tous les clients de changements aux conditions de location.



Canada 

