

Emma Beauchamp

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec) H3B 4M4
Ligne directe : 514 871-8977
Adresse électronique : ebeauchamp@lavery.qc.ca

Montréal, le 25 janvier 2008

PAR COURRIEL
PAR TÉLÉCOPIEUR

Rachel Lavallée
BUREAU DE LA CONCURRENCE
500, rue Victoria
Gatineau (Québec) K1A 0C9

Objet : Commentaires sur les Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de prix d'éviction

Chère Mme Lavallée,

Les commentaires suivants sont soumis par LAVERY, DE BILLY. Nous sommes heureux d'avoir l'opportunité de fournir des commentaires quant aux Lignes directrices du Bureau de la concurrence en matière de prix d'éviction (les « Lignes directrices »).

D'emblée, nous remercions le Bureau de la concurrence pour son initiative. En effet, celle-ci participe de sa politique de transparence dans l'accomplissement de son mandat et favorise la mise en application de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »).

En outre, nous sommes d'avis que le projet de Lignes directrices sera d'une pertinence certaine dans l'évaluation par les praticiens des situations de fait qui pourraient constituer une infraction aux dispositions de la loi en matière de prix d'éviction.

Nos commentaires porteront sur la puissance commerciale et la rentabilité, la comparaison des prix et des coûts, le critère de la concurrence, et enfin, sur les mesures correctives.

Montréal
Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec) H3B 4M4
Téléphone : 514 871-1522
Télécopieur : 514 871-8977

Montréal
Bureau 2400
600, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 4L8
Téléphone : 514 871-1522
Télécopieur : 514 871-8977

Québec
Bureau 500
925, Grande Allée Ouest
Québec (Québec) G1S 1C1
Téléphone : 418 688-5000
Télécopieur : 418 688-3458

Laval
Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec) H7T 2R5
Téléphone : 450 978-8100
Télécopieur : 450 978-8111

Ottawa
Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario) K1R 7X7
Téléphone : 613 594-4936
Télécopieur : 613 594-8783

LA PREMIÈRE ÉTAPE – PUISSANCE COMMERCIALE ET RENTABILITÉ

En premier lieu, nous tenons à souligner que l'analyse plus exhaustive des critères relatifs à la puissance commerciale dans les Lignes directrices, lesquels étaient auparavant intégrés par référence aux Lignes directrices applicables aux fusionnements, facilitent de loin l'utilisation de cet outil de travail.

Par ailleurs, l'étude par le Bureau du comportement d'éviction en deux étapes, soit la puissance commerciale et la comparaison des prix et des coûts, crée, en quelque sorte, un système de *check's and balance* qui permet d'éviter des accusations précipitées et coûteuses pour les parties visées.

Cependant, il convient de noter que la pratique d'éviction de prix est courante, fait partie de nombreuses stratégies commerciales, a des effets dévastateurs et rapides pour les nouveaux entrants dans un marché ou pour la petite entreprise qui s'y trouve déjà mais que la plus puissante veut déloger. Le combat ou l'attaque est rapide et la victime est rapidement mise K.O., tandis que l'analyse en deux étapes prévue par la politique du Bureau peut-être longue: le marché, les coûts actuels et prospectifs des entreprises, la puissance commerciale, l'état de la concurrence, etc. Cette approche, quoique valide, peut avoir des conséquences fâcheuses pour la victime de la pratique qui court le risque de disparaître du marché entre-temps ou d'être achetée par le dominant.

Par ailleurs, la récupération du profit perdu lors du comportement d'éviction (ou « *recoupment* ») en tant que critère afin de confirmer qu'il s'agit réellement d'un comportement d'une entité ayant une puissance commerciale peut sembler opportun, cependant, son application risque d'être tardive puisque le recoupment suppose, par définition, l'absence de concurrence dans le marché et le « succès » du comportement d'éviction.

Nonobstant, nous sommes d'avis que le fait pour une entreprise d'avoir une puissance commerciale, ou position dominante, dans un marché donné n'est pas de nature à justifier, à elle seule, une ordonnance corrective de la part du Tribunal.

La définition du marché

En ce qui a trait plus particulièrement à la définition de marché, le commentaire à la note 21 des Lignes directrices nous apparaît particulièrement pertinent compte tenu de la nature de l'infraction. La notion du « sophisme de la cellophane » mérite, croyons nous, plus d'attention surtout quant à la façon dont le Bureau remédie cette problématique lorsque confronté à un comportement d'éviction.

Les obstacles à l'entrée

Il va de soi que lorsque les obstacles à l'entrée sont réduits, voir absents, un comportement d'éviction est généralement insoutenable même pour une entreprise ayant une puissance commerciale ou part de marché importante. Or, l'absence d'obstacles à l'entrée étant une situation plutôt rare, l'étude fait par le Bureau des différents types d'obstacles à l'entrée est particulièrement pertinente.

Par ailleurs, lorsque le Bureau discute de la notion d'obstacles stratégiques, nous estimons qu'une nuance devrait être apportée entre la notion de réputation de comportement d'éviction et la notion de puissance commerciale. À titre d'exemple, le premier critère employé pour établir si une entreprise donnée a une réputation d'éviction, c'est-à-dire si l'entreprise en question est en concurrence avec de plus petites entités sur plusieurs marchés géographiques ou de produit, peut simplement être symptomatique de la puissance commerciale de celle-ci, et non due à sa réputation.

Le critère de la rentabilité

Nous souhaitons émettre une certaine réserve quant au critère de la rentabilité énoncé dans les Lignes directrices. En effet, nous nous questionnons quant à la fiabilité des données fournies par un concurrent « lésé ». Cependant, nous comprenons qu'il s'agit d'un critère qui s'insère dans une étude généralisée de tous les facteurs entrant en ligne de compte dans une enquête sur un comportement d'éviction.

LA DEUXIÈME ÉTAPE – LA COMPARAISON DES PRIX ET DES COÛTS

Étant donné l'importance que joue le rapport prix/coûts dans l'évaluation d'un comportement d'éviction, nous apprécions grandement le travail fait par le Bureau dans ces Lignes directrices, lequel permet d'éclaircir cette deuxième étape.

L'explication des concepts compris dans le calcul des coûts évitables nous semblent opportune, à savoir que dans les coûts évitables incluent : les **coûts variables**, c'est-à-dire tous les coûts que varient en fonction de la quantité des extrants; les **coûts fixes**, c'est-à-dire les coûts qui ne varient pas en fonction de la quantité des extrants, par exemple, les coûts de terrain, de construction et du matériel; ainsi que les **coûts irrécupérables** soient les coûts qu'une entreprise ne peut récupérer si elle cesse de produire.

Cependant, nous croyons qu'il est important d'éviter une application mécanique du test des coûts évitables, puisque qu'une telle pratique pourrait entraîner des erreurs, d'autant plus que le test prix/coûts évitables ne crée pas une présomption irréfragable. À cet égard, l'intentionnalité du comportement devrait jouer un rôle important dans la

détermination d'une infraction au comportement d'éviction et ce, en conjonction avec le test de prix/coûts. Au surplus, il nous semble important de rappeler que cette intentionnalité doit être démontrée par une documentation interne d'entreprise qui appuie les résultats de l'analyse des coûts évitables.

De plus, malgré l'objectif louable du Bureau d'offrir une méthode prévisible et transparente afin d'évaluer si un comportement a atteint un seuil « d'éviction », nous nous demandons si le test des coûts évitables moyens est, par ailleurs, fiable pour évaluer un comportement d'éviction dans tous les secteurs d'activités. Est-il opportun, par exemple, de l'employer dans des industries autres que celle de l'aviation?

LE CRITÈRE DE LA CONCURRENCE

Le Bureau de la concurrence reprend les principes énoncés dans la jurisprudence récente afin de mettre en contexte les critères qui servent à évaluer l'infraction de prix d'éviction. Cependant, la jurisprudence étant très limitée, nous croyons que se fier à celle-ci pour établir des principes pourrait s'avérer fort hasardeux.

Les Lignes directrices viennent apporter un éclairage pertinent sur certains aspects du texte de l'infraction de l'alinéa 50(1)c) et ce, particulièrement en mettant l'emphase sur l'importance d'établir le caractère délibéré d'une politique visant à réduire la concurrence ou à éliminer un concurrent.

Par ailleurs l'application de la politique manque un peu de vigueur. À titre d'exemple, pourquoi restreindre l'expression "tendance" à un test de "vraisemblance" et non de "possibilité". Si le Bureau veut faire de la répression de l'abus de position dominante, l'outil principal de son intervention en matière de protection de la concurrence, il faut qu'il soit "proactif" et d'attaque et ne pas paralyser son action par des analyses économiques trop longues et souvent académiques.

Soulignons aussi que le Bureau de la concurrence mentionne spécifiquement dans les Lignes directrices que la récupération des pertes peut non seulement se faire sur le marché où elles ont été subies mais aussi, lorsque l'entreprise contrevenante exerce une puissance commerciale sur plusieurs marchés géographiques ou de produits, dans ces autres marchés connexes. Nous croyons que cette précision est une initiative favorable pour éviter que l'inefficience engendrée par des politiques de prix d'éviction soit ressentie dans un autre marché que celui où elle a eu lieu.

Quant aux critères qui permettent d'évaluer si un concurrent est susceptible d'être éliminé par un comportement correspondant à un prix d'éviction, nous soulignons la pertinence du critère qui consiste à déterminer si les biens correspondant aux coûts irrécupérables du concurrent éliminé resteront vraisemblablement sur le marché

pertinent soit pour être vendus à un concurrent viable, soit pour être remis en service lorsque les prix se rétabliront. Cela aura pour effet d'éviter que les poursuites et les condamnations relatives aux prix d'éviction aient l'effet contraire à celui souhaité, soit de permettre à des concurrents et des produits non concurrentiels de demeurer sur le marché.

De plus, nous partageons le point de vue du Bureau quant au fait que la pratique de prix d'éviction doit être analysée dans le contexte de l'abus de position dominante. La sanction pénale étant trop aléatoire et la preuve du comportement quasi-impossible. D'ailleurs, l'approche européenne est, en ce sens, plus exécutoire. En effet, les prix d'évictions sont un type de comportement interdit par l'article 82 du Traité instituant la Communauté Européenne (le « TCE ») qui prohibe le fait pour une entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur. L'infraction n'étant pas une sanction criminelle et le standard de preuve du comportement d'éviction n'étant pas « hors de tout doute raisonnable » -donc moins exigeant-, les sanctions à niveau européen sont beaucoup plus fréquentes.

Enfin, nous retrouvons dans ce projet de politique, comme dans plusieurs autres, un "mantra" cher au Bureau : nous protégeons la concurrence, non les concurrents. Cette approche, louable en soi, est difficile à concevoir, en effet, pour qu'il y ait concurrence, il faut des concurrents. Il s'agit d'une condition *sine qua non*. Il faudrait, quant à nous, tempérer cette approche et se rappeler que l'un des objectifs de la Loi est de favoriser la petite entreprise, ce qui veut dire " la protéger", partiellement du moins.

LES MESURES CORRECTIVES

Les Lignes directrices publiées par le Bureau de la concurrence ne manquent pas de traiter de l'application des dispositions de la *Loi* en ce qui a trait aux mesures correctives disponibles pour solutionner les problématiques liées aux prix d'éviction.

Bien que se limitant essentiellement à décrire les mesures prévues par la *Loi*, les Lignes directrices telles qu'énoncées jouent un rôle important d'information sur les mesures disponibles mais surtout sur les conséquences réelles qui peuvent découler de l'application de ces dispositions.

Les voies non contentieuses de règlement des cas

Les Lignes directrices rappellent la possibilité pour la commissaire de garder un dossier de plainte sur la voie non contentieuse en offrant aux parties concernées la possibilité de présenter des observations et de proposer une solution non contentieuse à la problématique soulevée.

Rappelant les objectifs de souplesse et d'innovation qui s'imposent dans le contexte économique actuel, le texte des Lignes directrices ne manque pas de souligner que les plaintes qui suivent cette voie sont réglées au cas par cas. Cette façon de procéder a l'avantage d'offrir aux parties une solution négociée à la problématique. La certitude du résultat et les coûts relativement limités liés au traitement d'une telle affaire sont assurément au nombre des facteurs militant en faveur du traitement des plaintes selon ces dispositions dans une majorité des situations d'abus de position dominante et de pratique de prix d'éviction.

La confidentialité du traitement du dossier jusqu'à son issue s'avère par ailleurs un attrait certain pour les parties qui pourront bénéficier de ce mode alternatif de résolution de conflit. Seul un communiqué de presse annonçant l'existence d'une entente est publié sans toutefois que les détails du dossier ne soient communiqués au public.

Les ordonnances du Tribunal de la concurrence

Diamétralement opposées dans leur ampleur aux solutions non contentieuses discutées ci-haut, les ordonnances que peut rendre le Tribunal de la concurrence proposent des solutions particulièrement drastiques à la problématique du prix d'éviction. Ces remèdes larges vont de l'ordonnance d'interdiction simple, de la nature de l'émission d'une ordonnance d'injonction, à l'ordonnance enjoignant de prendre les moyens afin d'enrayer les effets d'une pratique de prix d'éviction.

De plus, les Lignes directrices ne manquent pas de souligner la large discrétion dont est nanti le Tribunal dans son choix d'ordonnance provisoire à rendre dans une situation donnée.

La jurisprudence ne regorge pas d'exemples où des ordonnances de ce type ont été rendues. Il est donc difficile d'évaluer dans quelle mesure le Tribunal appliquera dans le futur ces dispositions de la *Loi*. Le texte des Lignes directrices n'apporte par ailleurs pas d'éclairage à ce propos, se contentant uniquement de souligner l'existence des dispositions sur les ordonnances que peut rendre le Tribunal et ce, sans se prononcer sur leur caractère de régime exceptionnel.

Le droit d'action civile

Les Lignes directrices rappellent singulièrement la possibilité, sous l'égide de l'article 36 de la *Loi*, pour un demandeur de recouvrer des dommages-intérêts découlant d'une infraction aux dispositions pertinentes de la *Loi* ou du non-respect d'une ordonnance du Tribunal.

Bien qu'efficace en théorie, ce remède est coûteux et le choix de ce recours peut entraîner des délais qui cadrent parfois mal avec la problématique importante des prix d'éviction. En effet, la finalité du comportement d'éviction est nécessairement pour la

personne fautive l'élimination d'un concurrent. Il faut aussi mentionner que la jurisprudence n'est pas particulièrement développée en matière de recours civil dans des situations de prix d'éviction et que l'on dénote à cet égard la difficulté pour les demandeurs de se décharger de leur fardeau de prouver l'ensemble des composantes de la responsabilité du défendeur. Il est utile de noter que l'interprétation de la notion de « prix déraisonnablement bas » et la défense « d'alignement des prix » constitueront probablement une part importante des débats qu'auront à trancher les tribunaux en vertu de ce régime.

Enfin, il est utile de préciser que les dernières années ont été témoins de quelques recours collectifs en vertu de l'article 36 de la *Loi*. Il sera intéressant d'être attentif au possible dépôt d'un tel recours en matière de prix d'éviction. Il n'est en effet pas impensable qu'un groupe de consommateurs estimant avoir subi des dommages découlant d'une pratique de prix d'éviction – une hausse des prix suivant l'élimination d'un concurrent – décide d'avoir recours à ce remède actuellement fort populaire. Des doutes sérieux existent cependant quant aux chances de réussite d'un tel recours mais pas suffisamment pour occulter complètement cette possibilité de l'éventail des mesures correctives existantes.

Les avis écrits contraignants

Quant aux avis écrits contraignants en vertu de l'article 124.1 de la *Loi*, qu'il nous soit seulement permis de mentionner que ce régime figure au nombre des mesures alternatives de résolution des conflits que nous sommes d'avis d'encourager. Cette procédure permet à une partie de se procurer une certitude quant à l'activité projetée, de façon proactive, et d'obtenir une détermination contraignante de la conformité de sa démarche. Le seul risque de litige à cet égard découle de l'incertitude découlant de l'interprétation de la notion de divulgation complète et exacte de tous les faits pertinents.

Les défenses possibles

Nous croyons, enfin, qu'il serait peut-être opportun pour le Bureau de la concurrence d'inclure ou de discuter de façon plus exhaustive certaines défenses au comportement d'éviction, à savoir, par exemple :

- Le *meeting competition defence* (alignement des prix), c'est-à-dire que l'entreprise déjà présente sur le marché réduit ses prix au niveau des prix de l'entreprise entrante afin de prévenir une perte de marché;
- Le *efficiency defence* (défense de l'efficacité de l'entreprise), c'est-à-dire que des efficacités résulteront du comportement;
- les promotions de court terme lors d'introduction de nouveaux produits;

- les changements inattendus dans un marché, en effet un changement brusque dans la demande ou les coûts de matière première peuvent être à l'origine de baisses de prix;

Au surplus, nous nous demandons si en contrepartie du test des coûts évitables, la question symétrique¹ suivante ne devrait elle pas être posée : le surplus de profit obtenu en résultat du comportement d'éviction pourrait-il constituer une défense dudit comportement?

CONCLUSION

Enfin, nous souhaitons réitérer notre reconnaissance au Bureau pour nous avoir fourni l'opportunité d'apporter nos commentaires, nous espérons qu'ils seront utiles au Bureau dans la rédaction finale de ces Lignes directrices.

LAVERY, DE BILLY

EMB/isl

Emma Beauchamp

i:\txt\u01327\lignes directrices_2008-25-01.doc

¹

OECD, Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee. *Predatory Foreclosure*, UK National Contribution, DAF/COMP(2005)14, 15-Mar-2005