



Lignes directrices

Les dispositions sur l'abus de position dominante

Articles 78 et 79
de la *Loi sur la concurrence*

Cette publication n'est pas un document juridique. Elle renferme, à titre de référence et pour le bénéfice des lecteurs, des renseignements d'ordre général sur l'application de la *Loi sur la concurrence*.

Cette publication remplace les publications suivantes du Bureau de la concurrence :

Ébauche - Lignes directrices — [Lignes directrices pour l'application de la loi relative à l'abus de position dominante dans l'industrie du transport aérien](#), février 2001

Lignes directrices — [Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante \(articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence\)](#), juillet 2001

Lignes directrices — [L'application des dispositions sur l'abus de position dominante \(articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence\) dans le secteur canadien de l'alimentation](#), novembre 2002

Bulletin — [Bulletin d'information sur les dispositions en matière d'abus de position dominante dans l'industrie des télécommunications](#), juin 2008

Lignes directrices — [Lignes directrices pour l'application des dispositions relatives aux prix d'éviction](#), juillet 2008

Pour obtenir des renseignements sur les activités du Bureau de la concurrence, veuillez vous adresser au :

Centre des 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

Télécopieur : 819-997-0324

Site Web : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca

Pour obtenir cette publication sous une autre forme, veuillez communiquer avec le Centre des renseignements du Bureau de la concurrence aux numéros indiqués ci-dessus.

Cette publication est également offerte sur Internet en version HTML à l'adresse suivante :

www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03497.html

Autorisation de reproduire

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du Bureau de la concurrence, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le Bureau de la concurrence soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le Bureau de la concurrence ou avec son consentement. Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, veuillez faire parvenir un courriel à droitdauteur.copyright@tpsgc-pwgsc.gc.ca.

Dans cette publication, la forme masculine désigne tant les femmes que les hommes.

N° de catalogue lu54-43/2012F-PDF

ISBN 978-1-100-99745-2

2012-09-20

Also available in English under the title The Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act).

AVANT-PROPOS

Les présentes lignes directrices expliquent l'approche générale du Bureau de la concurrence (le « Bureau ») relativement à l'application de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »)¹. Ces lignes directrices remplacent les précédentes lignes directrices et les déclarations du commissaire de la concurrence (le « commissaire ») ou d'autres représentants du Bureau relativement à l'application ou au contrôle d'application de l'article 79.

Ces lignes directrices ne se veulent pas une analyse exhaustive de toutes les questions liées à la concurrence pouvant survenir à la suite du comportement d'une entreprise² et elles ne remplacent pas les avis de conseillers juridiques. En vertu de l'article 124.1 de la *Loi*³, les entreprises peuvent demander un avis écrit qui liera le commissaire au sujet de l'applicabilité de l'article 79 à un comportement commercial envisagé.

Ces lignes directrices ne visent pas à reformuler la *Loi* et ne contraignent pas le commissaire relativement à la façon d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée. Les décisions du commissaire en matière d'application de la *Loi* et la façon dont les questions sont en définitive réglées dépendront des circonstances particulières en cause. L'interprétation de la *Loi* appartient en dernier ressort au Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») et aux tribunaux judiciaires.

Le Bureau pourra reconsidérer certains aspects des présentes lignes directrices à la lumière de l'expérience, de l'évolution des circonstances et des décisions du Tribunal et des tribunaux judiciaires.

1 *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, dans sa version modifiée.

2 Dans les présentes lignes directrices, sauf indication contraire, le terme « entreprise » englobe toute entité pouvant être considérée comme une « personne » pour l'application de l'alinéa 79(1)a).

3 La façon dont le Bureau traite les demandes d'avis écrits est détaillée dans le [Guide du Bureau de la concurrence sur la tarification et les normes de service relatives aux avis écrits](#) (Ottawa : Industrie Canada, 2011).

TABLE DES MATIÈRES

■ 1. INTRODUCTION.....	1
■ 2. LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE — ALINÉA 79(1)A)	2
2.1 Une « catégorie ou espèce d'entreprises »	3
2.2 « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »	5
2.3 « contrôlent sensiblement ou complètement »	6
2.3.1 Part de marché	7
2.3.2 Barrières à l'entrée	9
2.3.3 Autres facteurs	10
2.4 « une ou plusieurs personnes » : dominance conjointe	10
■ 3. LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE — ALINÉA 79(1)B)	11
3.1 Une « pratique »	11
3.2 Agissements anticoncurrentiels	11
3.2.1 Pratiques d'exclusion	13
3.2.2 Pratiques d'éviction	13
■ 4. LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE — ALINÉA 79(1)C)	14
■ ANNEXE : LES DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA <i>LOI</i>	16
■ COMMENT COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA CONCURRENCE.....	19



I. INTRODUCTION

L'abus de position dominante survient lorsqu'une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises dominant dans un marché se livre à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ayant pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le paragraphe 79(1) de la *Loi* définit les éléments constituant un abus de position dominante, dont l'existence doit être établie pour que le Tribunal accorde une mesure corrective :

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 pratique⁴.

L'article 79 empêche les entreprises qui possèdent une puissance commerciale de se livrer à des agissements anticoncurrentiels et favorise des conditions dans lesquelles les entreprises se voient accorder une occasion de réussir ou d'échouer en fonction de leur capacité de faire concurrence. Cependant, il ne cherche pas à rendre égaux les concurrents. Par exemple, le fait qu'une entreprise possède une puissance commerciale n'est pas suffisant en soi pour justifier une intervention en vertu de l'article 79. Dans le même ordre d'idées, le fait pour une entreprise d'imposer des prix plus élevés à ses clients ou d'offrir des niveaux de service inférieurs à ce qui serait la norme dans un marché plus concurrentiel ne suffit pas en soi à constituer un abus de position dominante. Il faut plutôt que tous les éléments du paragraphe 79(1) soient présents pour qu'il y ait abus de position dominante.

L'alinéa 79(1)a) de la *Loi* met l'accent sur la puissance commerciale. Le Bureau considère que la puissance commerciale, dans son sens général, est la capacité de maintenir de manière rentable les prix au-delà de leur niveau concurrentiel (ou de restreindre de façon semblable d'autres aspects de la concurrence qui ne sont pas liés aux prix)⁵ pendant une période prolongée. La puissance commerciale peut aussi venir du côté des acheteurs, lorsqu'une

4 En plus d'ordonnances d'interdiction, le Tribunal peut aussi rendre des ordonnances pour forcer les parties à prendre des mesures jugées raisonnables et nécessaires pour enrayer les effets des agissements anticoncurrentiels, ainsi que le paiement de sanctions administratives pécuniaires.

5 Dans les présentes lignes directrices, sauf indication contraire, le terme « prix » englobe tous les aspects des mesures prises par une entreprise qui influent sur l'intérêt des acheteurs. On entend par augmentation de prix une augmentation du prix nominal, mais cela s'entend aussi d'une réduction de la qualité, du choix, du service et de l'innovation en lien avec les produits ou d'une réduction d'une autre dimension de la concurrence à laquelle les acheteurs attachent de l'importance.

entreprise ou un groupe d'entreprises a la capacité de faire baisser les prix payés aux vendeurs, tout en demeurant rentable, sous leur niveau concurrentiel pendant une période prolongée. L'évaluation de la puissance commerciale en vertu de l'alinéa 79(1)a) comprend non seulement la puissance commerciale préexistante, mais aussi la puissance commerciale obtenue à la suite d'agissements anticoncurrentiels présumés. Si une entreprise ne semble pas posséder pour le moment une puissance commerciale et qu'il est peu probable que la pratique alléguée lui permette d'acquérir une telle puissance dans un délai raisonnable⁶, le Bureau ne donnera généralement pas suite aux allégations d'abus de position dominante concernant le comportement en cause en application de l'article 79 de la *Loi*.

L'alinéa 79(1)b) vise à déterminer si le comportement contesté constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Des exemples de pratiques commerciales qui constituent des agissements anticoncurrentiels sont énumérés à l'article 78. Cette liste est détaillée, mais non exhaustive, ce qui donne au Tribunal la latitude voulue pour examiner des agissements anticoncurrentiels qui ne sont pas explicitement énumérés à l'article 78.

L'alinéa 79(1)c) exige de prouver que la pratique d'agissements anticoncurrentiels a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. L'analyse met l'accent sur les effets des agissements anticoncurrentiels sur la concurrence, plutôt que sur les concurrents eux-mêmes.

Au cours d'un examen ou d'une enquête, le commissaire donne généralement l'occasion aux parties de répondre aux préoccupations du Bureau concernant les présumées infractions à l'article 79 et d'y proposer une solution satisfaisante. Les entreprises qui proposent d'apporter volontairement des modifications à leurs pratiques commerciales en vigueur doivent savoir que, même si ces modifications seront dûment examinées par le Bureau, les modifications approuvées seront généralement consignées dans un consentement enregistré au Tribunal en application de l'article 105 de la *Loi*. Si on ne parvient pas à une solution consensuelle, le commissaire peut présenter une demande au Tribunal.

Lorsqu'il envisage des mesures d'application en vertu de l'article 79 de la *Loi*, le Bureau évalue les allégations d'abus de position dominante au cas par cas en fonction de la structure et des caractéristiques propres au marché en cause. Dans les prochaines parties, les présentes lignes directrices traiteront de la façon dont le Bureau aborde l'évaluation de chacun des éléments mentionnés au paragraphe 79(1) ainsi que les mesures correctives visées à l'article 79.

2. LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE — ALINÉA 79(1)A)

L'alinéa 79(1)a) de la *Loi* nécessite une évaluation pour déterminer si « 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 élément comprend les quatre facteurs

⁶ C'est-à-dire que les prix sont concurrentiels et qu'on ne s'attend pas à ce que l'entreprise acquière la capacité de les faire augmenter (voir la partie 2.3).

suivants : (i) une « catégorie ou espèce d'entreprises »; (ii) « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »; (iii) « contrôlent »; et (iv) « une ou plusieurs personnes ». Voici comment le Bureau les interprète :

2.1 Une « catégorie ou espèce d'entreprises »

Pour l'application de l'alinéa 79(1)a), le Tribunal a considéré que l'analyse de l'élément « catégorie ou espèce d'entreprises » équivaut à déterminer les marchés de produits pertinents⁷.

Pour définir les marchés de produits pertinents, il faut d'abord examiner le produit à l'égard duquel un abus de position dominante est allégué et déterminer s'il existe des substituts suffisamment proches pour ce produit⁸. Le Bureau se sert généralement du critère du « monopoleur hypothétique »⁹ pour conceptualiser au départ la substituabilité entre les produits en se demandant si un monopoleur hypothétique pourrait imposer et maintenir une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire pour le produit en question au-delà d'un certain seuil de référence¹⁰.

Dans les cas d'abus de position dominante, il est important de noter que le prix courant n'est généralement pas le seuil de référence approprié pour définir le marché pertinent, parce que certains produits qui semblent de bons substituts au prix courant ne le seraient pas au prix qui aurait cours en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués. La prise en compte de ces produits pourrait mener à une définition du marché de produits trop étendue, parce que ceux-ci n'affaiblissent pas la puissance commerciale de l'entreprise ou des entreprises dominantes. Ces produits sont donc considérés comme des substituts dans le marché uniquement au prix ayant déjà subi les effets de la puissance commerciale.

Le plus petit marché candidat au titre de marché pertinent envisagé correspond au produit de l'entreprise qui abuse prétendument de sa position dominante. Si un monopoleur hypothétique contrôlant ce produit n'imposait pas une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire au-delà du seuil de référence, en supposant que les conditions de vente de tous les autres produits demeurent stables, le candidat au titre de marché pertinent est agrandi de façon à englober le meilleur substitut. Ce substitut pourrait être le produit d'entreprises qui

7 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3^e) 1 (Trib. de la conc.), p. 9 [NutraSweet].

8 Même si cela se veut habituellement une étape pour déterminer la puissance commerciale, la définition du marché n'est pas une finalité en soi et est susceptible d'échapper à la précision. Le Bureau envisage la définition du marché comme une méthode de conceptualisation globale de la substituabilité.

9 Cette approche cadre avec l'approche utilisée pour définir les marchés dont il est question à la partie 4 de la publication du Bureau intitulée [Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi](#) (Ottawa : Industrie Canada, 2011).

10 Dans la majorité des cas, le Bureau estime qu'une augmentation est significative si elle dépasse de 5. p. 100 le prix qui aurait cours en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués et qu'une période d'un an est non transitoire. Pour déterminer le niveau de prix, le Bureau peut examiner le prix qui avait cours avant le début des agissements anticoncurrentiels allégués ou le prix dans des régions géographiques où on n'a pas recours aux agissements anticoncurrentiels. Les caractéristiques du marché peuvent être telles qu'il est nécessaire de considérer une hausse de prix ou une période différente.

continuent de vendre malgré les agissements anticoncurrentiels allégués, ainsi que les produits d'entreprises qui ont vraisemblablement été exclues. L'analyse se répète jusqu'à ce que le monopoleur hypothétique parvienne à imposer et à maintenir de manière rentable une hausse de prix pour les produits du marché candidat¹¹. En général, le marché de produits pertinent correspond à l'ensemble le plus restreint de produits pour lesquels une hausse de prix peut être maintenue.

Une telle approche sert à définir l'ensemble de produits sur lesquels une entreprise pourrait exercer sa puissance commerciale. L'accent est mis sur les changements dans la demande (c.-à-d. la substitution par l'acheteur) en fonction de la variation des prix relatifs¹².

Une preuve directe de changements dans le comportement de l'acheteur (c.-à-d. le changement des quantités achetées) en réponse à des variations du prix relatif peut démontrer la substituabilité aux fins de la définition du marché¹³. Par contre, en pratique, une telle preuve directe peut être difficile à obtenir. Avec ou sans preuve directe, le Bureau examine divers facteurs qualitatifs en vue de déterminer la substituabilité du produit dans le but de définir les marchés de produits pertinents. Parmi ces facteurs figurent :

- *Les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs* : Le fait de savoir si les acheteurs ont acheté, dans le passé, des produits de substitution et s'ils ont l'intention de le faire à l'avenir peut indiquer si une augmentation de prix est soutenable. 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 le futur développement potentiel de l'industrie en ce qui concerne les produits ayant un présumé effet limitatif important. Des documents que les entreprises en question ont créés dans le cours normal des affaires peuvent aussi être utiles à cet égard;
- *L'utilisation finale et les caractéristiques physiques* : L'interchangeabilité fonctionnelle est généralement une condition nécessaire mais non suffisante pour que deux produits soient regroupés dans le même marché pertinent. En général, plus les acheteurs accordent de l'importance aux caractéristiques physiques ou techniques particulières

11 Même si on tente ici de définir les marchés dans le contexte des ventes, un critère semblable à celui du « monopoleur hypothétique » peut être utilisé pour définir les prix d'entrée du point de vue d'un acheteur dominant et le changement de fournisseurs. Pour de plus amples renseignements, voir la partie 9 de *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*.

12 Les changements dans l'offre (c.-à-d. la capacité des concurrents potentiels de commencer à approvisionner le marché pertinent à la suite d'une augmentation des prix) sont également importants pour évaluer le risque qu'une puissance commerciale puisse être exercée, mais le Bureau examine ces réactions à un stade ultérieur de l'analyse, au moment d'identifier les intervenants sur le marché pertinent ou d'examiner l'entrée sur le marché pertinent. Se reporter aux parties 4.2 et 5.1 de *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*.

13 Lorsqu'il existe des données détaillées sur les prix, les quantités des produits pertinents et de leurs substituts, les marchés de produits pertinents peuvent être définis à l'aide de mesures statistiques. L'élasticité de la demande permet de déterminer comment les acheteurs modifient leur consommation d'un produit, en conséquence d'une variation du prix d'un produit (élasticité par rapport au prix) ou d'une variation du prix d'un autre produit donné (élasticité croisée des prix). L'élasticité croisée des prix ne permet pas de mesurer directement la capacité d'une entreprise de hausser les prix, mais elle est particulièrement utile pour déterminer si différents produits sont des substituts les uns des autres et si ces produits appartiennent au même marché pertinent.

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* : Les coûts de transaction que les acheteurs auraient à assumer, 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 peuvent suffire à rendre improbable un changement de fournisseur en réaction à une augmentation de prix modeste, mais significative 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.

2.2 « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »

Le Tribunal a estimé que l'analyse de l'élément « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » équivaut à définir le ou les marchés géographiques pertinents ¹⁴.

Encore une fois, le Bureau appliquera généralement le critère du monopoleur hypothétique pour examiner les dimensions concernant le changement par l'acheteur des fournisseurs d'une région par les fournisseurs d'une autre, en réponse à une augmentation modeste, mais significative et non transitoire des prix, en commençant par la région où l'entreprise qui abuserait de sa position dominante est située¹⁵. Le marché géographique pertinent comprendra tous les lieux ou points d'approvisionnement qui devraient être inclus pour qu'une telle augmentation des prix soit rentable.

Le Bureau tient compte de divers facteurs qualitatifs pour définir les marchés géographiques pertinents. En voici quelques-uns :

- *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 sur le choix du 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 dans l'avenir à la faveur de nouvelles options issues, par exemple, de progrès technologique. Des tierces parties qui connaissent l'industrie en question peuvent fournir des renseignements sur le passé et le futur développement potentiel de l'industrie qui permettront de définir le marché géographique pertinent. L'importance rattachée aux vendeurs éloignés dans les plans d'entreprise, les plans

¹⁴ *NutraSweet, supra*, note 7, p. 20. En dépit de l'élément « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », le marché géographique pertinent peut, du point de vue du consommateur, inclure un territoire à l'extérieur du Canada. Comme dans le cas de la définition du marché de produits pour déterminer la puissance commerciale, la définition du marché géographique n'est pas une finalité en soi et est susceptible d'échapper à la précision.

¹⁵ Comme dans le cas de la définition du marché de produits, les paramètres géographiques du marché peuvent être indûment élargis s'ils prennent en compte des régions qui ne seraient pas prises en compte aux prix qui auraient cours en l'absence des agissements anticoncurrentiels.

de commercialisation et certains documents des entreprises en cause ainsi que l'existence d'autres vendeurs peuvent aussi être des indicateurs utiles pour définir le marché géographique;

- *Les coûts de changement de fournisseur* : Les coûts de transaction que les acheteurs auraient à assumer pour adapter leurs activités et 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 modeste, mais significative et non transitoire;
- *Les coûts de transport et les tendances liées à l'expédition* : En général, si les prix en vigueur dans une région éloignée ont toujours été supérieurs, ou inférieurs, aux prix dans le marché géographique candidat, et ce, au-delà ou en-deçà des coûts de transport, cela indique peut-être que la région éloignée est dans un marché pertinent distinct pour des raisons qui dépassent les coûts de transport. Inversement, si l'expédition d'importantes quantités du produit en question à partir d'une région éloignée est vraisemblable à la suite d'une augmentation de prix, c'est peut-être une indication que la région éloignée fait partie du marché géographique. Dans tous les cas, le Bureau évaluera si une augmentation modeste, mais significative et non transitoire de prix dans le marché géographique candidat influencerait sur cette différence de prix à un tel point que les vendeurs éloignés puissent limiter cette augmentation en expédiant le produit vers le marché pertinent;
- *La concurrence étrangère* : Même si les principes évoqués plus haut s'appliquent aux sources de concurrence tant nationales qu'internationales, d'autres facteurs peuvent être pertinents dans l'évaluation de l'influence des fournisseurs étrangers. Parmi ces facteurs, on compte les tarifs douaniers, les quotas, les barrières réglementaires, les plaintes pour dumping et le droit antidumping, 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.

2.3 « contrôlent sensiblement ou complètement »

Le Tribunal a considéré que l'expression « contrôlent sensiblement ou complètement » est synonyme de puissance commerciale¹⁶. Comme on l'a vu plus haut, de manière générale, la puissance commerciale correspond à la capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de maintenir de manière rentable les prix au-delà de leur niveau concurrentiel ou de maintenir d'autres éléments liés à la concurrence en deçà de leur niveau concurrentiel, y compris la qualité, le choix, le service ou l'innovation, et ce, pendant une période prolongée¹⁷.

Dans son application de l'article 79, le Bureau s'intéresse à la création, à l'augmentation ou à la préservation de la puissance commerciale par le biais d'agissements anticoncurrentiels. Dans le contexte de l'alinéa 79(1)a), le niveau pertinent de puissance commerciale englobe

¹⁶ *NutraSweet*, *supra*, note 7, p. 28.

¹⁷ Le Bureau considère généralement qu'une période « prolongée » correspond à une période d'un an. Cependant, cela ne veut pas pour autant dire que le Bureau ne donnera pas suite aux cas où la puissance commerciale existe depuis moins d'un an. Dans ces cas, le Bureau examinera la probabilité que cette puissance commerciale sur le marché continue d'exister ou s'amplifie en l'absence de mesures d'application en vertu de l'article 79.

non seulement la puissance commerciale préexistante (toute puissance commerciale exercée par l'entreprise nonobstant la conduite anticoncurrentielle alléguée), mais aussi celle obtenue à la suite des agissements anticoncurrentiels allégués. Quoiqu'il ne présente pas de demande en vertu de l'article 79 de la *Loi* si une entreprise ne semble pas pour le moment détenir une puissance commerciale, le Bureau donne généralement suite aux allégations d'abus de position dominante s'il lui semble qu'une entreprise est susceptible d'acquérir une puissance commerciale en se livrant à des agissements anticoncurrentiels allégués pendant une période prolongée.

La puissance commerciale peut se mesurer directement et indirectement. Les indicateurs directs de la puissance commerciale, comme la rentabilité ou l'imposition de prix supraconcurrentiels, ne sont pas toujours probants; des difficultés d'ordre pratique peuvent surgir au moment de déterminer le prix « concurrentiel » et la mesure pertinente des coûts auxquels les prix devraient être comparés¹⁸.

Néanmoins, le Bureau examine divers indicateurs indirects, tant qualitatifs que quantitatifs, pour évaluer la puissance commerciale :

- les parts de marché, y compris leur stabilité et leur répartition;
- les barrières à l'entrée dans le marché, y compris les agissements allégués de l'entreprise ou des entreprises prétendument dominantes;
- d'autres caractéristiques du marché, y compris l'ampleur des changements technologiques et le pouvoir compensateur des clients ou des fournisseurs.

L'objectif de cette analyse est de déterminer la mesure dans laquelle une entreprise ou un groupe d'entreprises sont contraints d'augmenter les prix en raison de la présence d'une concurrence efficace ou de la probabilité de l'entrée de nouveaux concurrents dans le marché. L'approche analytique du Bureau en ce qui a trait à l'évaluation de ces divers indicateurs sera détaillée ci-après.

2.3.1 Part de marché

La jurisprudence a établi la part de marché comme l'un des indicateurs les plus importants d'une puissance commerciale. Même s'il n'existe toutefois pas un seuil numérique donné, le Bureau estime qu'une forte part de marché est une condition nécessaire, mais non suffisante pour établir l'existence d'une puissance commerciale.

Toutes autres choses étant égales, plus la part de marché détenue par les autres concurrents est grande, moins il est probable que les entreprises en cause puissent exercer une puissance commerciale. Lorsque les concurrents ont une forte présence dans le marché, les clients

¹⁸ Le Tribunal a accepté certains indicateurs directs comme preuves de puissance commerciale, notamment une forte marge bénéficiaire et l'état comptable de profits élevés correspondants. Dans le même ordre d'idées, d'importantes variations de prix selon la région, conjuguées à la capacité de réduire les prix à la suite de l'augmentation de la concurrence ou de l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, ont été acceptées par le Tribunal comme preuves de prix supraconcurrentiels dans les régions où les prix étaient plus élevés. Dans ces cas, les indicateurs directs ne suffisaient pas à démontrer la puissance commerciale, ce qui a été fait par l'entremise d'indicateurs indirects.

peuvent se tourner vers les produits des concurrents si une entreprise ou un groupe d'entreprises tentent d'augmenter les prix. Le cas échéant, le départ vers un concurrent d'une importante partie de la clientèle d'une entreprise peut suffire à empêcher la rentabilité d'une augmentation de prix¹⁹.

En plus de considérer les parts de marché des vendeurs actuels des produits pertinents, le Bureau tient aussi compte des parts potentielles des entreprises qui pourraient devenir des fournisseurs éventuels sur le marché pertinent s'il y a une augmentation modeste, mais significative et non transitoire des prix. 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 peut rapidement et rentablement détourner la capacité ou des ventes existantes pour commencer à approvisionner le marché à la suite d'une telle augmentation des prix. En ce qui concerne les entreprises qui entreraient dans un marché grâce à la variation de l'offre, seuls les produits ou la capacité qui seraient vraisemblablement offerts sur le marché pertinent sans nécessiter d'investissements considérables seraient inclus dans le calcul des parts de marché.

Les parts de marché peuvent être mesurées selon les revenus (chiffre d'affaires), les unités de demande (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 à plein rendement, les parts de marché relatives des entreprises devraient être relativement semblables, peu importe l'unité de mesure. Pour les entreprises qui ont une capacité excédentaire, les parts de marché mesurées selon la capacité peuvent refléter mieux leur position relative sur le marché, si elles peuvent facilement augmenter l'offre en réponse à une augmentation de prix. Lorsque les produits sont hétérogènes, les parts de marché mesurées selon le chiffre d'affaires, les ventes unitaires ou la capacité peuvent mener à des conclusions différentes sur la position concurrentielle relative des entreprises. Les parts de marché mesurées selon le chiffre d'affaires ou les ventes unitaires peuvent être plus probantes. Pour calculer les parts de marché, le Bureau se servira de la mesure qui reflète, selon son opinion, le mieux l'importance future des entreprises sur la concurrence.

Dans les affaires d'abus de position dominante qui ont été jugées jusqu'à présent, les parts de marché des entreprises reconnues comme ayant abusé de leur position dominante étaient très élevées. On peut en déduire que, dans ces cas, les clients avaient vraiment peu d'options pour répondre à une augmentation des prix ou à une diminution sensible de la concurrence par d'autres moyens²⁰. Voici l'approche générale qu'adopte le Bureau lorsqu'il enquête sur des allégations d'abus de position dominante :

19 La capacité de migration peut dépendre de la vitesse et de la facilité dont les entreprises concurrentes font preuve pour répondre à une demande croissante de leurs produits au fur et à mesure de l'augmentation des prix des fournisseurs concurrents, en plus des frais de changement additionnels.

20 Dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, (1997), 73 C.P.R. (3^e) 1 (Trib. de la conc.), [*Télé-Direct*], le Tribunal a souligné qu'il serait nécessaire de présenter une preuve de « facteurs atténuants », le plus courant étant la « facilité d'accès », pour infirmer une conclusion *prima facie* de contrôle fondé sur au moins 80 p. 100 des parts des marchés; dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, (1992), 40 C.P.R. (3^e) 289 (Trib. de la conc.), [*Laidlaw*], le Tribunal a fait remarquer

- Une part de marché de moins de 35 p. 100 ne donnera généralement pas lieu à de plus amples examens.
- Une part de marché située entre 35 et 50 p. 100 ne donnera lieu à un examen plus poussé que si l'entreprise semble apte à accroître sa part de marché grâce à des agissements anticoncurrentiels allégués au cours d'une période raisonnable.
- Une part de marché de 50 p. 100 et plus entraînera généralement d'autres examens.
- Dans le cas d'un groupe d'entreprises sur lequel pèse une allégation de dominance conjointe, une part de marché combinée de 65 p. 100 et plus entraînera généralement d'autres examens.

En plus de la part de marché de l'entreprise, la répartition du reste du marché entre les concurrents constitue également un élément pertinent. La capacité d'une entreprise de maintenir une hausse des prix augmente avec ses parts de marché, mais elle augmente aussi avec la disparité entre ses parts de marché et celles de ses concurrents. Une entreprise qui est en concurrence avec un groupe disparate de petits concurrents peut être en mesure d'exercer davantage une puissance commerciale unilatérale sur le marché qu'une entreprise qui n'a qu'un concurrent qui possède le reste des parts du marché.

Le Bureau examinera également la durabilité des parts dans un marché donné. Si ces parts fluctuent considérablement entre les concurrents dans le temps (par exemple parce que des entreprises conçoivent de nouvelles technologies pour devancer leurs concurrents), une grande part de marché actuelle peut ne pas dénoter une puissance commerciale.

2.3.2 Barrières à l'entrée

Comme on l'a vu à la partie 2.3.1, une forte part de marché ne suffit pas en soi à prouver l'existence d'une puissance commerciale. La tentative d'une entreprise d'exercer une puissance commerciale sera peut-être entravée par l'expansion de concurrents actuels ou l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents ayant une envergure et une portée suffisante pour qu'une telle entrée ou une telle expansion soient rentables.

On entend par « barrières à l'entrée » des facteurs qui peuvent réduire la perspective de rentabilité pour un nouveau concurrent ou un concurrent en expansion. Ces facteurs peuvent prendre diverses formes, y compris les coûts irrécupérables, les barrières réglementaires, les économies d'échelle et de gamme, la maturité du marché, les effets de réseau, l'accès à des intrants rares ou non reproductibles, ou l'existence de contrats à long terme. En examinant les barrières à l'entrée, le Bureau évaluera la possibilité que l'entrée se fasse en temps voulu et qu'elle soit probable et suffisante dans son envergure et sa portée pour rendre l'exercice d'une puissance commerciale insoutenable. Une entrée effectuée en temps voulu en est une qui se produit dans un laps de temps raisonnable; la probabilité d'une entrée dépend du fait qu'on puisse s'attendre à ce qu'elle se produise; et une entrée suffisante en est une d'une

qu'une part de marché inférieure à 50 p. 100 ne donnerait pas lieu à une conclusion *prima facie* de position dominante, ce qui ne signifie pas pour autant qu'aucune situation de puissance commerciale sur le marché ne pourrait exister si la part de marché se situe sous ce seuil.

envergure suffisante pour empêcher ou dissuader les entreprises d'exercer une puissance commerciale.

2.3.3 Autres facteurs

Le Bureau examinera d'autres indicateurs au cours de l'évaluation de la puissance commerciale, y compris :

- *Pouvoir compensateur* : Un client peut avoir la capacité et être incité à empêcher une entreprise d'essayer d'exercer une puissance commerciale en intégrant verticalement ses propres activités, en refusant d'acheter d'autres produits de l'entreprise localement ou dans d'autres marchés géographiques ou en encourageant l'expansion de concurrents actuels ou l'entrée de nouveaux concurrents potentiels;
- *Changements et innovations technologiques* : Le constat d'une évolution technologique rapide et l'éventualité que les entreprises puissent 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, tout comme l'évolution et l'innovation en matière de distribution, de services, de ventes, de commercialisation, d'emballage, de préférences des acheteurs, de tendances dans les achats, de structures d'entreprise et de cadres réglementaires.

2.4 « une ou plusieurs personnes » : dominance conjointe

L'article 79 indique clairement qu'un groupe d'entreprises peut posséder une puissance commerciale, même si aucun membre du groupe ne détient une puissance commerciale qui lui est propre. L'approche analytique générale du Bureau pour évaluer la dominance conjointe est semblable à celle utilisée pour évaluer la puissance commerciale exercée par une seule entreprise. Le Bureau définit un marché pertinent et détermine la capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'y exercer une puissance commerciale, en tenant compte des parts du marché, des obstacles à l'entrée et à l'expansion sur le marché et de tout autre facteur pertinent. Toutefois, dans le cas de dominance conjointe, il doit aussi évaluer si les entreprises visées par des allégations d'agissements anticoncurrentiels contrôlent conjointement une catégorie ou une espèce d'entreprises de manière à posséder ensemble une puissance commerciale.

Dans le cas de dominance conjointe comme dans le cas de dominance exercée par une seule entreprise, le Bureau évalue la mesure dans laquelle les concurrents en place et les concurrents potentiels (c.-à-d. des nouveaux venus) qui ne font pas partie du groupe visé par une allégation de dominance seraient en position de faire obstacle à la rentabilité d'une augmentation des prix des entreprises visées par l'allégation de dominance conjointe. Si ces deux sources de concurrence ne sont vraisemblablement pas aptes à réfréner une augmentation des prix, le Bureau examinera alors la nature de la concurrence au sein du groupe visé par une allégation de dominance conjointe.

La rivalité vigoureuse, que ce soit par les prix ou par d'autres moyens que les prix, entre les entreprises est aussi un indicateur de la compétitivité des marchés. Si les entreprises faisant

partie du groupe visé par des allégations de dominance conjointe rivalisent déjà vigoureusement les unes avec les autres, elles ne seront pas en mesure d'exercer une puissance commerciale conjointe²¹. Un comportement similaire ou parallèle adopté par des entreprises ne suffit pas en soi pour que le Bureau conclue qu'il s'agit de codominance : des entreprises peuvent se livrer à des pratiques similaires qui favorisent la concurrence, comme en appliquant les mêmes réductions de prix ou en proposant aux clients des offres concurrentielles semblables.

Comme dans le cas d'une puissance commerciale détenue par une seule entreprise, la capacité d'exercer conjointement une puissance commerciale ne suffit pas en soi à soulever un problème au regard des dispositions de la *Loi*. Même si un groupe d'entreprises peut posséder conjointement une puissance commerciale, il faut tout de même établir que le comportement des entreprises en question constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence.



3. LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE — ALINÉA 79(1)B)

On peut lire à l'alinéa 79(1)b) qu'une entreprise ou qu'un groupe d'entreprises « se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Cet élément englobe deux facteurs : (i) une « pratique »; et (ii) agissements anticoncurrentiels. L'approche du Bureau à cet égard est présentée ci-après.

3.1 Une « pratique »

Même si une « pratique » sous-entend normalement davantage qu'un agissement isolé, le Bureau estime que cet élément peut être considéré comme une pratique, s'il est prolongé et systémique ou s'il avait ou a encore un effet durable sur un marché. Par exemple, un contrat d'exclusion à long terme peut effectivement empêcher l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents ou l'expansion de concurrents actuels, en dépit du fait que le contrat en soi pourrait être vu comme un agissement isolé.

3.2 Agissements anticoncurrentiels

L'article 78 de la *Loi* dresse une liste non exhaustive d'agissements dits anticoncurrentiels dans l'application de l'article 79. La Cour d'appel fédérale a affirmé qu'un agissement anticoncurrentiel est défini en fonction de son intention, et cette intention anticoncurrentielle

21 Des prix qui semblent se situer au niveau concurrentiel ou près du niveau concurrentiel pourraient témoigner d'une pareille concurrence. Parmi les autres facteurs de compétitivité des marchés figurent notamment l'alignement des prix entre les concurrents, les changements fréquents des clients ou le dépassement des concurrents grâce à l'innovation. En revanche, l'absence de ces facteurs et l'existence d'une forte marge bénéficiaire et de profits comptabilisés élevés correspondants chez les entreprises du groupe visé par l'allégation de dominance conjointe pourraient être une indication que ces entreprises ne se livrent pas une concurrence vigoureuse. Le Bureau estime qu'une preuve de comportements coordonnés entre des entreprises est potentiellement probante, sans être toutefois absolument nécessaire, pour établir que ces entreprises exercent conjointement une puissance commerciale.

requis est un effet négatif voulu sur un concurrent, qui doit être un comportement d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas²². Par contre, la Cour d'appel fédérale et le Tribunal ont reconnu que l'alinéa 78(1)f) est une exception à cette règle, parce qu'on n'y fait pas explicitement allusion à une intention visant un concurrent. Quoi qu'il en soit, même si divers agissements anticoncurrentiels ont pour intention de nuire aux concurrents, le Bureau estime que certains agissements qui ne visent pas particulièrement des concurrents pourraient tout de même être considérés comme ayant un but anticoncurrentiel.

Pour déterminer si un agissement est anticoncurrentiel, l'intention d'un agissement peut être prouvée directement en démontrant l'intention subjective ou l'intention objective d'après les conséquences raisonnablement prévisibles du comportement en cause. Les déclarations verbales ou écrites du personnel d'une entreprise peuvent aider à prouver l'intention subjective, mais une telle preuve n'est pas strictement nécessaire et n'est pas entièrement déterminante²³. Dans la plupart des cas, l'intention d'un agissement peut être déduite des circonstances, et on présume que les personnes ont prévu les conséquences raisonnablement prévisibles de leurs agissements²⁴.

Pour déterminer si un agissement est anticoncurrentiel, le Bureau évalue également si cet agissement avait pour but de favoriser la réalisation d'objectifs opérationnels légitimes. Une justification commerciale ne constitue pas une défense pour les agissements anticoncurrentiels allégués d'une entreprise; cela se veut plutôt une autre façon d'expliquer l'objectif prépondérant du comportement en question qu'une entreprise peut au besoin invoquer lorsque le Bureau considère cet objectif comme anticoncurrentiel. À cette fin, la preuve de l'existence d'un *quelconque* objectif opérationnel légitime qui explique le comportement en cause ne suffit pas. En effet, la Cour d'appel fédérale a statué ceci : « Pour être pertinente dans le contexte de l'alinéa 79(1)b), la justification commerciale doit être une raison fondée sur l'efficacité ou un motif 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 leur fait contrepoids »²⁵. Selon les circonstances, la raison pourrait par exemple être fondée sur la volonté de réduire les coûts de production ou d'exploitation de l'entreprise ou d'instaurer des améliorations technologiques ou des procédés de fabrication qui donneront lieu à la mise au point de nouveaux produits novateurs ou à l'amélioration de la qualité d'un produit ou du service. Dans son évaluation de l'objectif prépondérant d'une pratique anticoncurrentielle alléguée, le Bureau doit examiner la crédibilité de tout objectif de gains en efficacité ou de tout motif pro concurrentiel avancé par les entreprises visées par les allégations d'abus de position dominante, la relation des objectifs opérationnels avec la pratique anticoncurrentielle alléguée, et la probabilité que ces objectifs se concrétisent.

22 *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Itée*, (2006) CAF 233 [*Tuyauteries Canada (CAF)*], par. 66.

23 *Ibid.*, par. 72-73.

24 *NutraSweet, supra*, note 7, p. 35.

25 *Tuyauteries Canada Itée (CFA), supra*, note 22, par. 73.

Lorsqu'il doit déterminer si un agissement donné aura vraisemblablement un effet anticoncurrentiel, le Bureau estime que les agissements anticoncurrentiels relèvent généralement de deux catégories : (i) les pratiques d'exclusion; et (ii) les pratiques d'éviction.

3.2.1 Pratiques d'exclusion

En général, le Bureau ne s'intéresse pas à un comportement qui force les concurrents à être plus efficaces, mais bien à celui qui rend la tâche plus difficile aux concurrents de l'être. Les pratiques d'exclusion sont conçues pour rendre les concurrents actuels ou potentiels moins efficaces à empêcher l'exercice de la puissance commerciale d'une entreprise, à les empêcher d'entrer dans le marché ou de les en exclure complètement. Un tel comportement consiste souvent à faire grimper les coûts des concurrents.

L'article 78 décrit divers moyens qu'une entreprise peut prendre pour se livrer à des pratiques d'exclusion, y compris la compression par un fournisseur intégré verticalement de la marge bénéficiaire d'un concurrent en aval, des acquisitions verticales, la préemption d'installations ou de ressources rares, l'adoption de normes incompatibles pour des produits et l'exclusivité. D'autres stratégies d'exclusion consistent à lier les ventes et à grouper les offres, ou encore à faire en sorte que les coûts de changement de fournisseur soient si élevés pour les consommateurs que les concurrents auront peine à attirer de nouveaux clients. Tous ces moyens peuvent, dans certaines circonstances, servir à hausser les coûts des concurrents et à les forcer à majorer leurs prix, ce qui peut affaiblir les concurrents ou les exclure du marché. L'entreprise dominante pourra ainsi maintenir ou accroître ses prix d'une façon rentable si le coût de sa stratégie d'exclusion est compensé par l'accroissement de ses revenus ou par le maintien des revenus qu'elle aurait par ailleurs perdus par suite de l'entrée sur le marché ou de l'expansion de ses concurrents.

3.2.2 Pratiques d'éviction

Une entreprise qui adopte des pratiques d'éviction établit délibérément des prix inférieurs à une mesure appropriée des coûts de manière à enregistrer des pertes pour le ou les produits pertinents dans le ou les marchés pertinents durant une période suffisamment longue pour éliminer un concurrent, mettre un concurrent au pas ou empêcher l'expansion d'un concurrent ou encore dissuader des concurrents éventuels d'entrer dans ce marché. L'entreprise prévoit récupérer ses pertes en imposant par la suite des prix supérieurs à ceux qui auraient été observés en l'absence des agissements allégués. Le comportement peut être implicite (remises et rabais, par exemple) ou explicite.

Le Bureau considère que les coûts évitables moyens constituent le meilleur critère pour déterminer si les prix de l'entreprise dominante sont inférieurs aux coûts. Les coûts évitables englobent tous les coûts qui auraient pu être évités par une entreprise si elle avait choisi de ne

pas vendre les produits en question durant la période au cours de laquelle cette pratique était en place²⁶. Le Bureau examinera si le prix d'éviction allégué permet à l'entreprise dominante de couvrir les coûts évitables moyens qu'occasionne la vente des produits en question durant la période au cours de laquelle la pratique alléguée était en place.

Comme il est difficile d'appliquer le critère du rapport prix-coût et de distinguer une pratique d'éviction d'une pratique concurrentielle (l'une et l'autre impliquant l'établissement de prix inférieurs à court terme), le Bureau recourt généralement à divers « filtres » avant de mener une analyse des coûts évitables. Plus précisément, le Bureau évaluera si les concurrents peuvent égaler le prix d'éviction allégué sans subir de pertes (ce qui signifie que la mise au pas ou l'exclusion des concurrents et la récupération subséquente des pertes ne sont pas de l'ordre du probable) et si le prix d'éviction allégué n'est en fait qu'un moyen de soutenir la concurrence en égalant le prix d'un concurrent.



4. LES ÉLÉMENTS DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE — ALINÉA 79(1)C

L'alinéa 79(1)c) évalue si le comportement en question « a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Autrement dit, même si on détermine que l'entreprise ou les entreprises se sont livrées à des agissements anticoncurrentiels, il faut tout de même déterminer si cette pratique a eu ou aura vraisemblablement pour effet de nuire sensiblement à la concurrence.

Le fait de démontrer un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence ne se veut pas une façon d'évaluer si le niveau absolu de concurrence dans un marché est important ou suffisant, mais cela se veut plutôt une évaluation relative du niveau de compétitivité en présence et en l'absence du comportement contesté. En réalisant cette évaluation dans le cadre de son approche générale, le Bureau se demande si, en l'absence de la pratique en cause, la concurrence dans le marché aurait sensiblement été plus grande dans le passé, le présent ou le futur²⁷.

De manière générale, on entend par une diminution ou un empêchement important de la concurrence un effet qui crée, maintient ou augmente une puissance commerciale. Une entreprise peut créer, maintenir ou augmenter une puissance commerciale en érigeant ou en renforçant les barrières à l'entrée ou à l'expansion, empêchant ainsi les concurrents actuels ou potentiels de menacer la puissance commerciale de l'entreprise en cause. En examinant les

26 Les coûts évitables englobent les coûts variables (les coûts qui fluctuent en fonction des quantités produites, comme la main-d'œuvre, les matières premières, le loyer, les coûts des services publics et la dépréciation) et les coûts fixes propres aux produits (les coûts qui ne varient pas en fonction des quantités produites, comme le terrain, les installations et l'équipement), mais n'incluent pas les coûts irrécupérables (les coûts historiques que l'entreprise ne peut pas récupérer si elle cesse sa production). Les coûts évitables ne comprennent pas les coûts communs qui ne peuvent être directement attribués à un ou à des produits précis.

27 Ce critère a été accepté par la Cour d'appel fédérale dans *Tuyauteries Canada (CAF)*, *supra*, note 22, par. 38. La Cour a statué que les autres critères pourraient aussi être appropriés selon les circonstances.

agissements anticoncurrentiels et leurs effets sur les barrières à l'entrée, le Bureau s'efforce dans son analyse de déterminer l'état de la concurrence qui aurait cours sur le marché en l'absence de ces agissements. Par exemple, s'il peut être démontré qu'en l'absence de tels agissements un concurrent ou un groupe de concurrents efficaces pourraient vraisemblablement entrer sur le marché dans un délai raisonnable et venir menacer la puissance commerciale de l'entreprise ou des entreprises mises en cause, le Bureau tirera la conclusion que les agissements en question font en sorte d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence²⁸.

En plus des effets sur l'entrée ou l'expansion dans un marché donné, divers autres facteurs sont pertinents pour déterminer s'il y a eu, ou pourrait y avoir ou non un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Le Bureau évaluera si les prix aux consommateurs pourraient être sensiblement plus bas, si la qualité, l'innovation ou le choix liés aux produits pourraient être sensiblement meilleurs, ou encore si les consommateurs pourraient changer de produits ou de fournisseurs de façon sensiblement plus fréquente en l'absence de la pratique en cause.

28 Pour évaluer la durée raisonnable pour qu'une concurrence efficace s'installe en l'absence des agissements anticoncurrentiels, le Bureau considérera le temps requis aux concurrents pour concevoir des produits et des plans de commercialisation, construire des installations ou modifier des installations déjà existantes, et atteindre des ventes suffisantes pour empêcher ou réprimer une hausse des prix des matières premières.



ANNEXE : LES DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI

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.

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) S'il rend une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2), le Tribunal peut aussi ordonner à la personne visée de payer, selon les modalités qu'il peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 000 000 \$ et, pour toute ordonnance subséquente rendue en vertu de l'un de ces paragraphes, de 15 000 000 \$.
- (3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants :
- a) l'effet sur la concurrence dans le marché pertinent;
 - b) le revenu brut provenant des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence;
 - c) les bénéfices réels ou prévus sur lesquels la pratique a eu une incidence;
 - d) la situation financière de la personne visée par l'ordonnance;
 - e) le comportement antérieur de la personne visée par l'ordonnance en ce qui a trait au respect de la présente loi;
 - f) tout autre élément pertinent.
- (3.3) La sanction prévue au paragraphe (3.1) vise à encourager la personne visée par l'ordonnance à adopter des pratiques compatibles avec les objectifs du présent article et non pas 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) Aucune demande à l'endroit d'une personne ne peut être présentée au titre du présent article si les faits au soutien de la demande sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui ont été allégués au soutien :
 - a) d'une procédure engagée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 45 ou 49;
 - b) d'une ordonnance demandée par le commissaire à l'endroit de cette personne en vertu des articles 76, 90.1 ou 92.

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.



COMMENT COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA CONCURRENCE

Pour obtenir de plus amples renseignements sur la *Loi sur la concurrence*, la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* (sauf en ce qui concerne les denrées alimentaires), la *Loi sur l'étiquetage des textiles*, la *Loi sur le poinçonnage des métaux précieux* ou sur le programme d'avis écrits du Bureau ou encore pour déposer une plainte en vertu de ces lois, veuillez communiquer avec le Centre des renseignements du Bureau de la concurrence.

Site Web

[www.bureaudelaconcurrence.gc.ca]

Adresse

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

Téléphone

[Sans frais : 1-800-348-5358
Région de la capitale nationale : 819-997-4282
ATS (pour les malentendants) : 1-800-642-3844]

Télécopieur

[819-997-0324]