



Bureau de la
concurrence Canada

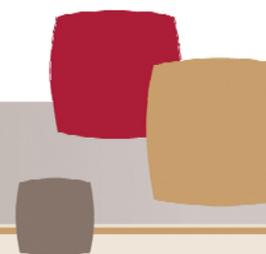
Competition Bureau
Canada

Lignes directrices



Maintien des prix (article 76 de la *Loi sur la concurrence*)

Version provisoire pour consultation publique



Canada

La présente 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*.

La présente publication remplace la publication suivante du Bureau de la concurrence :
Lignes directrices : Maintien des prix (article 76 de la Loi sur la concurrence) – Version provisoire pour consultation publique, mars 2014

Pour obtenir des renseignements sur les activités du Bureau de la concurrence, s'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, communiquer avec le Centre des renseignements du Bureau de la concurrence aux numéros indiqués ci-dessus.

Cette publication est également disponible en ligne à l'adresse suivante :
<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03687.html>

Autorisation de reproduire

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans la présente 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 un document ayant été fait 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 contacter le :

Centre des services Web
Industrie Canada
Édifice C.D.-Howe
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0C9
K1A 0H5
Courriel : info@ic.gc.ca

2014-03-20

Aussi offert en anglais sous le titre : *Enforcement Guidelines : Price Maintenance (Section 76 of the Competition Act)*



AVANT-PROPOS

Le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), en tant qu'organisme d'application de la loi indépendant, veille à ce que les entreprises et les consommateurs canadiens prospèrent dans un marché concurrentiel et innovateur. Le Bureau enquête sur des pratiques anticoncurrentielles et fait la promotion de l'observation des lois qui relèvent de sa compétence, soit la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »¹), la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, la *Loi sur l'étiquetage des textiles* et la *Loi sur le poinçonnage des métaux précieux*.

En 2009, d'importantes modifications apportées à la *Loi* ont eu pour effet d'accroître la prévisibilité, l'efficacité et la portée réelle de son application et de son administration. Elles ont également contribué à mieux protéger les Canadiens de tout préjudice découlant des pratiques anticoncurrentielles. Par l'annulation de l'ancienne infraction criminelle prévue à l'article 61 et la création des nouvelles dispositions de l'article 76, les modifications ont, entre autres choses, décriminalisé les pratiques de maintien des prix au sens de la *Loi*. Selon ces dispositions non criminelles, il est nécessaire de prouver que le maintien des prix a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Le document intitulé *Lignes directrices : Maintien des prix (article 76 de la Loi sur la concurrence)* (les « lignes directrices ») décrit l'approche générale du Bureau en ce qui regarde l'application de l'article 76 de la *Loi*, notamment à l'égard des pratiques courantes des entreprises, comme les régimes de prix de revente minimal, de prix de détail suggéré par le fabricant (« PDSF ») et de prix annoncé minimal (« PAM »). La publication des présentes lignes directrices vise de plus à appuyer le Plan d'action sur la transparence du Bureau, qui a pour but de faire du Bureau un organisme plus économique, efficace et souple, ainsi que d'offrir aux Canadiens plus de possibilités d'en apprendre davantage au sujet du travail du Bureau.

Ces lignes directrices remplacent toute déclaration antérieure du commissaire de la concurrence (le « commissaire ») et des représentants officiels du Bureau sur l'administration et l'application de l'article 76 de la *Loi*. Toutefois, elles ne remplacent pas les avis juridiques, elles ne visent pas à reformuler la loi et elles n'engagent pas le commissaire quant à la façon dont il exercera son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée. Les décisions du commissaire et la façon dont sont réglées les questions qui surviennent 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.

¹ L.R.C. (1985), ch. C-34, modifiée.



Le Bureau pourra reconsidérer certains aspects des présentes lignes directrices à la lumière de l'expérience et des éventuelles nouvelles circonstances.



TABLE DES MATIÈRES

1.	RÉSUMÉ.....	1
2.	FAIRE MONTER OU EMPÊCHER QUE L'ON NE RÉDUISE LE PRIX DE VENTE OU LE PRIX ANNONCÉ (S.-AL. 76(1)a)(i)).....	3
2.1	Les critères prévus par la <i>Loi</i>	3
2.1.1	La personne visée au paragraphe 76(3) de la <i>Loi</i>	4
2.1.2	Par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable	5
2.1.3	A fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix de vente ou le prix annoncé	5
2.1.4	Auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre	6
2.2	Régimes de prix de revente minimal, de prix de détail suggéré par le fabricant et de prix annoncé minimal.....	7
3.	REFUSER DE FOURNIR UN PRODUIT EN RAISON D'UN RÉGIME DE BAS PRIX (S.-AL. 76(1)a)(ii)).....	8
3.1	Les critères prévus par la <i>Loi</i>	8
3.1.1	Refuser de fournir un produit ou discrimination dans la fourniture d'un produit	9
3.1.2	À une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou à son endroit	10
3.1.3	En raison de son régime de bas prix	10
3.2	Exception à l'application du sous-alinéa 76(1)a)(ii).....	11
4.	PERSUADER UN FOURNISSEUR DE REFUSER DE FOURNIR UN PRODUIT À UNE PERSONNE OU À UNE CATÉGORIE DE PERSONNES EN RAISON DE SON RÉGIME DE BAS PRIX (PAR. 76(8)).....	13
4.1	Les critères prévus par la <i>Loi</i>	13
4.1.1	Une personne, comme condition de ses relations commerciales avec un fournisseur	13
4.1.2	Par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a persuadé un fournisseur.....	14
5.	EFFET DE NUIRE À LA CONCURRENCE DANS UN MARCHÉ	14
5.1	Définition du marché	15
5.2	Puissance commerciale	16
5.3	Circonstances où les pratiques de maintien des prix peuvent nuire à la concurrence.....	17
6.	REMÉDIER AUX EFFETS NUISIBLES DES PRATIQUES DE MAINTIEN DES PRIX SUR LA CONCURRENCE	20



7.	EXEMPLES HYPOTHÉTIQUES	22
7.1	Exemple n° 1 : Entente de publicité collective	22
7.2	Exemple n° 2 : Refus de fournir un détaillant	24
7.3	Exemple n° 3 : Persuader un fournisseur de refuser de fournir un produit à une autre personne	26
	ANNEXE : ARTICLE 76 DE LA <i>LOI</i>	29
	COMMENT COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA CONCURRENCE.....	33



1. RÉSUMÉ

Aux termes de la *Loi*, le maintien des prix désigne le fait de faire monter ou d'empêcher que l'on ne réduise le prix de vente ou le prix annoncé, par le biais d'une entente, de menaces ou d'une promesse, ou le fait de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou de prendre quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison de son régime de bas prix, ce qui dans chaque cas aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Plus spécifiquement, l'article 76 de la *Loi* autorise le Tribunal à ordonner un redressement à l'égard de trois types de comportement liés au maintien des prix, dans les cas où le comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché :

- (i) Premièrement, le sous-alinéa 76(1)a(i) s'applique lorsque, soit par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, une personne fait monter ou empêche qu'on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada. Au nombre de ces pratiques figurent les régimes de prix de revente minimal, de PDSF et de PAM. La *Loi* énonce les circonstances dans lesquelles ces pratiques sont réputées avoir influencé les prix.
- (ii) Deuxièmement, le sous-alinéa 76(1)a(ii) s'applique dans les cas où une personne refuse de fournir un produit à une personne ou une catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou a pris quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison de son régime de bas prix. Cependant, la *Loi* prévoit des exceptions lorsque la personne qui se voit refuser des produits se livre à certaines pratiques à l'égard de ces produits, soit qu'elle les sacrifie à des fins de publicité et non pour en tirer profit, qu'elle pratique de la vente à prix d'appel, qu'elle fait de la publicité trompeuse et, enfin, qu'elle n'assure pas la qualité de service à laquelle ses acheteurs pourraient raisonnablement s'attendre.
- (iii) Troisièmement, le paragraphe 76(8) s'applique lorsque, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, une personne persuade un fournisseur, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

Les pratiques de maintien des prix sont courantes dans de nombreux marchés et peuvent même, dans certaines circonstances, encourager la concurrence. À titre d'exemple, ces pratiques peuvent favoriser des aspects de la concurrence intra-marque qui ne sont pas liés au prix, comme la qualité du service et le niveau des stocks chez les détaillants concurrents de produits de même marque. Ces pratiques peuvent également remédier au resquillage chez les détaillants et stimuler la concurrence entre les différentes marques sous lesquelles est vendu un même produit. À cet égard, il facilite par exemple l'entrée et la croissance des concurrents en encourageant les détaillants à garder en stock les produits d'un fournisseur et à en faire la promotion, et incitant les détaillants à renforcer leurs efforts de marketing à l'égard de certains produits².

L'article 76 prévoit également un autre critère important, à savoir que les pratiques de maintien des prix ont eu, ont ou auront vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché, ce qui ne devrait se produire que dans certaines circonstances, par exemple si les pratiques en question donnaient lieu à l'exclusion de rivaux ou de nouveaux concurrents du fournisseur ou à l'exclusion de magasins de rabais ou d'autres détaillants plus efficaces, ou encore si elles avaient pour objectif d'entraver la concurrence entre les fournisseurs ou les détaillants.

Lorsque le Bureau examine la probabilité que le maintien des prix nuise à la concurrence sur un marché, la puissance commerciale est un important facteur sur lequel il doit se pencher. De manière générale, le pouvoir de marché correspond à la capacité d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises) de maintenir de manière rentable les prix au-dessus du prix de la concurrence ou de maintenir d'autres éléments liés à la concurrence en deçà de ceux de la concurrence, comme la qualité, la variété, le service ou le caractère novateur, et ce, pendant une période prolongée. S'il est peu probable qu'elle crée, conserve ou renforce une puissance commerciale, la pratique de maintien des prix ne risque pas alors de nuire à la concurrence sur un marché.

S'il conclut que la pratique de maintien des prix nuit probablement à la concurrence sur un marché, le Tribunal peut rendre une ordonnance de redressement pour faire cesser la pratique. Par ailleurs, le Tribunal pourrait aussi ordonner qu'un fournisseur ou un détaillant, selon le cas, accepte de faire affaire avec une personne, aux conditions de commerce normales. Cela dit, la *Loi* prévoit qu'une telle ordonnance ne peut être rendue en vertu de l'alinéa 76(1)a)

² Les termes « fournisseur » et « détaillant » sont utilisés dans les présentes lignes directrices de façon à aider le lecteur à différencier les personnes qui exercent leurs activités à différents niveaux de la chaîne de distribution d'un produit donné (et qui peuvent également se livrer concurrence). Le terme « détaillant » ne doit pas être interprété comme désignant une personne qui fournit forcément un produit aux consommateurs ou aux utilisateurs finaux. Dans certaines circonstances, un « détaillant » pourrait être le « fournisseur » d'autres personnes que les utilisateurs finaux d'un produit.

si le fournisseur et le détaillant ont entre eux des relations de mandant à mandataire ou sont des personnes morales affiliées ou des représentants de la même entité ou d'entités affiliées.

Lorsqu'il envisage de prendre des mesures d'exécution en vertu de l'article 76 de la *Loi*, le Bureau évalue les allégations de maintien des prix au cas par cas en fonction de la structure et des caractéristiques propres au marché en cause. Lors des enquêtes ou des dépositions, le commissaire donne généralement la possibilité aux parties de dissiper les préoccupations du Bureau quant aux atteintes alléguées à l'article 76 et de proposer un règlement approprié pour y remédier. Lorsqu'il estime que la pratique de maintien des prix satisfait aux critères énoncés à l'article 76 et aux autres dispositions de la *Loi*, le Bureau choisira normalement la disposition d'application en fonction des faits de l'espèce, de la situation de marché particulière et de toutes autres circonstances pertinentes, y compris le type de redressement possible conformément à chaque article de la *Loi*.

En vertu de l'article 103.1 de la *Loi*, les parties privées peuvent demander au Tribunal l'autorisation de présenter une demande en vertu de l'article 76 si elles estiment être directement touchées par un comportement visé par les dispositions sur le maintien des prix.

2. FAIRE MONTER OU EMPÊCHER QUE L'ON NE RÉDUISE LE PRIX DE VENTE OU LE PRIX ANNONCÉ (S.-AL. 76(1)a)(i))

2.1 Les critères prévus par la *Loi*

Le sous-alinéa 76(1)a)(i) de la *Loi* s'applique lorsque, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, une personne fait monter ou empêche qu'on ne réduise le prix auquel son client – ou toute personne qui le reçoit pour le revendre – fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada.

Cette disposition s'applique lorsque les quatre critères suivants sont remplis :

- (i) le fournisseur est une personne visée au paragraphe 76(3) de la *Loi*,
- (ii) qui, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable,
- (iii) a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix de vente ou le prix annoncé au Canada, directement ou indirectement,
- (iv) auquel son client ou toute personne qui reçoit le produit le revend.



2.1.1 La personne visée au paragraphe 76(3) de la *Loi*

Conformément au paragraphe 76(3) de la *Loi*, l'alinéa 76(1)a) s'applique uniquement aux personnes qui relèvent de l'une des trois catégories suivantes :

- (i) une personne qui exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit;
- (ii) une personne qui offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit;
- (iii) une personne qui détient les droits et privilèges exclusifs que confèrent un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée.

Le Bureau considère que, selon les circonstances, l'article 76 peut s'appliquer à plus d'une personne. À titre d'exemple, lorsque plusieurs fournisseurs qui se livrent concurrence adoptent une pratique de maintien des prix au sens de l'alinéa 76(1)a), le Bureau peut envisager de prendre des mesures d'application contre au moins l'un d'eux pour en annuler tout effet négatif sur un marché. Lorsque cette pratique résulte d'une entente entre des concurrents réels ou potentiels, l'article 45 de la *Loi*, sur le complot criminel, ou l'article 90.1, la disposition civile sur la collaboration entre concurrents, pourraient entrer en jeu, selon les circonstances.

Même si une personne est assujettie au paragraphe 76(3) de la *Loi*, le paragraphe 76(4) dispose que le Tribunal ne peut rendre une ordonnance de redressement à l'égard d'un comportement visé à l'alinéa 76(1)a) si le fournisseur et le détaillant ont entre eux des relations de mandant à mandataire ou sont des personnes morales affiliées ou des représentants de la même entité ou d'entités affiliées. L'article 2 de la *Loi* établit les règles selon lesquelles les liens entre personnes ou entreprises sont déterminés. Afin de déterminer s'il convient de caractériser un fournisseur et un détaillant de mandant et de mandataire aux fins du paragraphe 76(4), le Bureau doit se pencher sur les principes juridiques applicables et la nature du lien allégué entre les organisations et doit notamment évaluer si la relation a été établie dans le but de soustraire le comportement des parties à un examen minutieux au regard de l'article 76.

2.1.2 Par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable

Le sous-alinéa 76(1)a)(i) s'applique aux pratiques de maintien des prix instituées par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable. Le Bureau considère que cette expression désigne tout comportement par lequel un fournisseur cherche, implicitement ou explicitement, soit à conférer un avantage à un détaillant qui modifie volontairement ses prix de vente et ses prix annoncés à la demande du fournisseur, soit à pénaliser un détaillant s'il refuse de modifier ses prix de vente et ses prix annoncés à la demande du fournisseur.

2.1.3 A fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix de vente ou le prix annoncé

Au sens de l'alinéa 76(1)a)(i), il faut montrer que la pratique de maintien des prix d'un fournisseur a directement ou indirectement fait monter – ou empêché que l'on ne réduise – le prix de vente ou le prix annoncé d'une autre personne. L'augmentation par un fournisseur du prix de gros d'un produit pourrait entraîner l'augmentation du prix de détail. Cependant, le fait d'augmenter un prix de gros ne convaincra pas en soi le Bureau que le fournisseur a fait monter ou empêché qu'on réduise le prix de vente ou le prix annoncé d'un produit.

L'approche du Bureau à cet égard est conforme à la décision *Visa/MasterCard* dans laquelle le Tribunal a conclu que lorsqu'elle découle du simple exercice par un fournisseur de sa puissance commerciale, la montée des prix sur un marché où le détaillant vend un produit, ou en fait la publicité, n'est pas déterminante³. Autrement dit, une augmentation des prix sur un marché en aval ne peut en soi prouver qu'un fournisseur donné a directement ou indirectement fait monter ou empêché qu'on ne réduise les prix d'un détaillant.

Le Tribunal considère que l'influence d'un fournisseur sur le prix de vente ou le prix annoncé d'un détaillant pourrait aller au-delà du simple exercice de sa puissance commerciale si ses actes amènent le détaillant à vendre son produit plus cher qu'il ne l'aurait fait⁴. Cela peut être établi, par exemple, par la preuve que le prix du détaillant était moindre avant l'application du régime de maintien des prix ou encore par des documents internes préparés dans le cadre normal des activités et montrant que le détaillant aurait fixé un prix inférieur sans la pratique de maintien des prix du fournisseur.

L'alinéa 76(1)a)(i) de la *Loi* dispose que l'influence exercée par le fournisseur sur le prix de vente ou sur le prix annoncé peut être directe ou indirecte. Selon le

³ *La commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated*, 2013 Trib. conc. 10, par. 162 [*Visa/MasterCard*].

⁴ *Ibidem*, par. 162 et 269.

Bureau, le fournisseur exerce une influence directe s'il précise un prix donné ou un prix plancher au-dessus duquel le détaillant doit vendre ou annoncer le produit.

En revanche, un fournisseur peut exercer une influence indirecte sur les prix d'un détaillant lorsqu'il ne précise pas de prix particulier, mais qu'il influence les prix par d'autres moyens, comme les modalités et les conditions selon lesquelles il fournira un produit au détaillant. À titre d'exemple, le Tribunal a conclu dans l'affaire *Visa/MasterCard* que les modalités et les conditions d'un fournisseur peuvent réduire, voire éliminer, les forces concurrentielles qui auraient par ailleurs déterminé les prix du détaillant, de sorte que le prix du fournisseur, et par conséquent le prix du détaillant, est plus élevé qu'il ne l'aurait été sans un régime de maintien des prix⁵. Un fournisseur pourrait également avoir recours à un accord de parité des prix de vente pour influencer indirectement à la hausse les prix d'un détaillant. Plus précisément, l'accord pourrait même empêcher un détaillant d'un circuit de distribution à faible prix de vendre un produit à un prix inférieur à celui pratiqué par les détaillants d'un circuit de distribution à prix élevé⁶.

2.1.4 Auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre

Le sous-alinéa 76(1)a)(i) dispose que la pratique de maintien des prix doit faire monter ou empêcher qu'on ne réduise le prix auquel [le] client [de la personne visée au paragraphe (3)] ou toute personne qui [...] reçoit [le produit] pour le revendre fournit ou offre de fournir [le] produit ou fait de la publicité au sujet [du] produit au Canada. Bien que le sous-alinéa 76(1)a)(i), et de façon générale l'article 76, traite de produits, tant les produits que les services sont visés par ces dispositions⁷.

Pour le Tribunal, cet élément du sous-alinéa 76(1)a)(i) signifie que le client d'un fournisseur, ou toute autre personne qui obtient son produit doit le revendre à une autre personne, et que le produit ainsi revendu devrait être identique ou

⁵ *Visa/MasterCard*, précitée, par. 321-322.

⁶ Aux fins des présentes lignes directrices, le Bureau considère qu'un « accord de parité », désigne de façon générale une entente en vertu de laquelle le client d'un fournisseur doit fixer le prix de vente ou le prix annoncé d'un produit non pas à un niveau donné (absolu), mais plutôt en fonction du prix de vente ou du prix annoncé d'un autre client ou type de clients du fournisseur.

⁷ Aux termes du paragraphe 2(1) de la *Loi*, le terme « produit » englobe ceux d'« article » et de « service ». Le terme « article » est à son tour défini en termes généraux et désigne des biens meubles et immeubles de toute nature, y compris de l'énergie, des billets, de l'argent ainsi que des titres et actes concernant un droit de propriété ou un intérêt dans une personne morale ou dans des éléments de son actif. Le terme « service », aussi défini en termes généraux, désigne les services industriels, commerciaux, professionnels ou autres de toute nature.

essentiellement le même en ce qui a trait à ses caractéristiques importantes⁸. Ce serait le cas, par exemple, d'un fabricant qui distribue ses produits aux utilisateurs finaux par l'intermédiaire d'un réseau de distributeurs ou de détaillants.

Cela dit, le Tribunal n'a pas conclu que le produit revendu par un détaillant doit être identique au produit du fournisseur ou qu'il doit se trouver dans le même marché que le produit du fournisseur⁹. Par exemple, il se pourrait que le produit fourni qui est réemballé, redivisé, traité ou transformé ou qui est groupé avec d'autres produits que celui fourni, mais de manière à constituer une composante importante du produit revendu s'accorde avec l'interprétation du Tribunal.

2.2 Régimes de prix de revente minimal, de prix de détail suggéré par le fabricant et de prix annoncé minimal

Dans certaines circonstances, la *Loi* dispose que la pratique par un fournisseur d'un prix de revente minimal, un PDSF ou un PAM remplit le critère de l'influence du prix prévu au sous-alinéa 76(1)a)(i) de la *Loi*.

À cet égard, aux termes du paragraphe 76(5) de la *Loi*, le fait pour un fournisseur de suggérer à un détaillant un PDSF ou un prix de détail minimal constitue la preuve qu'il influence les prix son client. Toutefois, cette présomption ne s'applique pas si le fournisseur établit clairement, en faisant sa proposition de prix, que le détaillant n'est nullement obligé de l'accepter et que, s'il ne l'acceptait pas, il n'en souffrirait en aucune façon dans ses relations commerciales avec ce fournisseur ou avec toute autre personne.

En ce qui concerne le prix annoncé, le paragraphe 76(6) de la *Loi* dispose que la publication, par un fournisseur qui n'est pas détaillant, d'une réclame mentionnant un prix de revente pour un produit constitue la preuve qu'il a fait monter le prix de vente demandé par toute personne qui le reçoit pour le revendre. Par contre, cette présomption ne s'applique pas si le prix est exprimé de façon à ce qu'il soit clair, pour quiconque prend connaissance de la publicité, que le produit peut être vendu à un moindre prix. De l'avis du Bureau, un fournisseur peut invoquer cette dernière exception s'il indique clairement dans la publicité, dans un langage simple, qu'un détaillant peut offrir le produit à un prix inférieur à celui annoncé.

Aux termes du paragraphe 76(7) de la *Loi*, les paragraphes (5) et (6) de cette disposition ne s'appliquent pas au prix apposé ou inscrit sur un produit ou sur son emballage.

⁸ *Visa/MasterCard*, précitée à la note 3, par. 115 et 134.

⁹ *Ibidem*, par. 134.

Même s'il établit que son comportement constitue une exception à l'application des paragraphes 76(5) ou 76(6) de la *Loi* et que sa pratique d'un prix de revente minimal, d'un PDSF ou d'un prix annoncé minimal n'est pas visée par le critère de l'influence du prix, un fournisseur ne peut pas se soustraire totalement aux dispositions du sous-alinéa 76(1)a)(i) de la *Loi*. En effet, le Bureau peut tout de même conclure, selon les éléments de preuve disponibles, que le régime de prix de revente minimal, de PDSF ou de prix annoncé minimal mis en place par le fournisseur a de fait influencé les prix d'un détaillant.

3. REFUSER DE FOURNIR UN PRODUIT EN RAISON D'UN RÉGIME DE BAS PRIX (S.-AL. 76(1)a)(ii))

3.1 Les critères prévus par la *Loi*

Sous réserve d'une exception prévue au paragraphe 76(9) de la *Loi*, le sous-alinéa 76(1)a)(ii) s'applique lorsqu'une personne refuse de fournir un produit à une personne ou à une catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou prend quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison du régime de bas prix de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

Cette disposition s'applique lorsque les quatre critères suivants sont établis :

- (i) refus de fournir un produit ou discrimination dans la fourniture d'un produit,
- (ii) à une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou à son endroit,
- (iii) en raison du régime de bas prix pratiqués par cette personne ou cette catégorie de personnes,
- (iv) par une personne visée au paragraphe 76(3) de la *Loi*¹⁰.

Les dispositions sur le refus de fournir un produit visé au sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi* s'apparentent aux dispositions générales sur le refus de vendre de l'article 75 de la *Loi*. Lorsque la preuve laisse penser qu'un fournisseur a refusé de vendre un produit à une personne en raison de son régime de bas prix, le Bureau examine généralement ce comportement aux termes du sous-alinéa 76(1)a)(ii) plutôt qu'en vertu de l'article 75.

¹⁰ La section 2.1.1 de ces lignes directrices traite de l'approche du Bureau en regard du paragraphe 76(3).

3.1.1 Refuser de fournir un produit ou discrimination dans la fourniture d'un produit

Le sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi* englobe les deux types de comportements suivants : le refus de fournir un produit et discrimination dans la fourniture d'un produit. Comme il est précisé à la section 3.1.3 de ces lignes directrices, le sous-alinéa 76(1)a)(ii) s'applique à chacun de ces comportements si le fournisseur a agi de la sorte en raison du régime de bas prix de la personne qui s'est vu refuser le produit ou qui a subi une discrimination.

Le refus de fournir un produit peut être explicite ou implicite. Selon l'expérience du Bureau, la majorité des refus allégués aux termes de l'article 76 sont explicites, c'est-à-dire qu'un fournisseur refuse simplement de fournir un produit à un client. Cependant, comme une des mesures de redressement dont dispose le Tribunal en cas de refus de fournir un produit aux termes de l'article 76 est de forcer une personne à faire affaire avec un client (ou un fournisseur, selon le cas) aux conditions de commerce normales, le Bureau doit également évaluer si le fournisseur n'a pas implicitement refusé de fournir un produit à un client, par exemple en usant de mesures liées ou non au prix. Le fait pour un fournisseur de pratiquer un prix de gros manifestement plus élevé que tout prix auquel on serait en droit de s'attendre pour un produit sur un marché en amont pourrait constituer une mesure liée au prix donnant implicitement lieu à un refus de fournir un produit. Quant au refus implicite opposé au moyen d'une mesure non liée aux prix, il pourrait prendre la forme notamment de retards dans l'exécution des commandes ou de traitements incomplets des commandes.

De l'avis du Bureau, un fournisseur se livre à une pratique discriminatoire dans la fourniture d'un produit en raison du régime de bas prix d'une personne lorsqu'il lui offre un produit à prix moins favorable que celui auquel il offre le même produit à un autre client qui n'applique pas de régime de bas prix. Ainsi, le Bureau considère que la discrimination par les prix à l'égard d'un client en raison de son régime de bas prix relève généralement du sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi*. Les mesures discriminatoires peuvent également ne pas être liées au prix, comme c'est le cas d'un fournisseur qui fournit un produit à un client selon des conditions et des modalités moins favorables que celles qu'il consent à un autre client. De même, un fournisseur pourrait priver un client qui applique un régime de bas prix de certains avantages, comme du soutien marketing ou publicitaire à l'égard d'un produit fourni.

Pour l'application du sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi*, il suffit qu'un fournisseur refuse de fournir un produit ou impose une mesure discriminatoire à une seule occasion pour que la disposition s'applique. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que le comportement du fournisseur soit une pratique ou que le fournisseur ait agi de la sorte à de multiples reprises sur une période de temps donnée pour que s'applique la disposition. Cela dit, si le fournisseur s'est comporté ainsi une seule fois ou à l'égard d'un seul client, il pourrait être plus difficile de prouver que

la pratique de maintien des prix aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

3.1.2 À une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou à son endroit

Le sous-alinéa 76(1)a)(ii) s'applique uniquement au refus de fournir un produit à une personne ou à une catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou de prendre des mesures discriminatoires à son endroit. Pour le Bureau, une catégorie de personnes désigne un groupe d'entreprises qui ont en commun diverses caractéristiques distinctives. Selon le Bureau, la mention d'une catégorie de personnes signifie que le sous-alinéa peut s'appliquer lorsqu'un fournisseur refuse de fournir un produit à des entreprises sans régime de bas prix ou prend quelque mesure discriminatoire à leur endroit parce qu'elles appartiennent à une catégorie de personnes qui applique généralement un régime de bas prix.

Afin de déterminer s'il s'agit d'une personne ou d'une catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, le Bureau tient compte de la définition d'entreprise au paragraphe 2(1) de la *Loi* et d'autres directives ayant trait à l'emplacement d'une entreprise. À cet égard, l'*Avis d'interprétation n° 1 sur les préavis de fusion* du Bureau souligne qu'une entreprise ayant un emplacement physique ou un bureau au Canada est considérée comme étant établie au Canada, tout comme l'est une entreprise qui est partiellement ou principalement établie à l'étranger si elle maintient certains éléments ou une présence au Canada¹¹. De plus, le Bureau se penchera sur tous les facteurs pertinents pour déterminer si les liens qu'entretient une personne au Canada sont assez forts pour qu'elle puisse être considérée comme étant exploitée au Canada, y compris l'emplacement de ses éléments d'actif corporels, incorporels et financiers ainsi que la nature de tout revenu tiré de ventes à des clients au Canada¹².

3.1.3 En raison de son régime de bas prix

Le Bureau considère qu'il y a refus de fournir un produit ou discrimination dans la fourniture d'un produit en raison [du] régime de bas prix d'une personne ou d'une catégorie de personnes lorsque le régime de bas prix est la cause immédiate du refus ou de la discrimination du fournisseur. Plus simplement, le régime de bas prix que pratique une personne ne doit pas forcément être la cause unique ni

¹¹ Bureau de la concurrence, *Avis d'interprétation n° 1 sur les préavis de fusion : Définition d'« entreprise en exploitation »* (article 108 de la *Loi*), 20 juin 2011, p. 2.

¹² Bureau de la concurrence, *Avis d'interprétation n° 15 : Éléments d'actif au Canada et revenus bruts provenant de ventes au Canada, en direction du Canada ou en provenance du Canada* (articles 109 et 110 de la *Loi*), Version préliminaire pour consultations publiques, 11 avril 2012, p. 2 et s.

même principale du refus ou de la discrimination, mais un facteur qui motive la décision du fournisseur.

Le Bureau examine tout élément de preuve disponible pour déterminer si le fournisseur refuse de fournir un produit à une personne ou s'il prend quelque mesure discriminatoire à son endroit dans la fourniture d'un produit en raison du régime de bas prix de cette personne. À titre d'exemple, le Bureau tient compte de toute déclaration faite par un fournisseur, qu'il s'agisse d'une communication interne ou externe, qui donne à entendre qu'un motif du refus ou de la discrimination concerne le régime de bas prix de l'autre personne. Le Bureau évalue également s'il est raisonnable d'inférer que le régime de bas prix de l'autre personne constitue la cause immédiate du refus ou de la discrimination par le fournisseur.

À cet égard, l'expression régime de bas prix est composée de deux éléments : régime et bas prix. Le Bureau doit apprécier plusieurs facteurs pour déterminer si l'on se trouve en présence de bas prix, y compris si le prix du détaillant est inférieur au PDSF ou au PAM, et si le détaillant vend d'autres produits similaires à prix moindre ou à un prix inférieur au prix pratiqué par d'autres détaillants pour le même produit ou des produits similaires. Comme le sous-alinéa 76(1)a)(ii) – et le paragraphe 76(8) – fait mention d'un régime, plutôt que d'une pratique, le Bureau considère que si un détaillant a manifesté son intention d'établir de bas prix, le détaillant peut être réputé avoir implanté un régime de bas prix, même si les bas prix ne sont pas encore en vigueur. À l'inverse, un détaillant qui a pratiqué des bas prix de façon limitée ou isolée pourrait selon les circonstances ne pas être considéré comme ayant adopté un régime de bas prix.

L'article 76 ne précise pas que le régime de bas prix d'une personne doit viser un produit fourni antérieurement par le fournisseur qui refuse maintenant de fournir le produit ou qui se livre à des mesures discriminatoires dans la fourniture du produit. Autrement dit, l'article vise les cas où, par exemple, une personne qui adopte de façon générale un régime de bas prix, comme un magasin de rabais, se voit refuser pour ce motif un produit qu'il n'a jamais acheté ou revendu. Ainsi, il n'est pas requis qu'une personne soit en affaires avec le fournisseur, ou qu'elle l'ait déjà été, aux fins de l'application de la disposition de l'article 76 visant le refus de fournir un produit.

3.2 Exception à l'application du sous-alinéa 76(1)a)(ii)

Un fournisseur dont le produit a déjà été revendu par une personne ou une catégorie de personnes qui s'est livrée à certains comportements à l'égard du produit peut invoquer certaines dispositions pour se soustraire à l'application du sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi*. En particulier, conformément au paragraphe 76(9) de la *Loi*, le Tribunal ne peut ordonner un redressement si un fournisseur refuse de fournir un produit à un détaillant, ou applique des mesures

discriminatoires dans la fourniture du produit, qui se livrait à l'un ou l'autre des comportements suivants :

- sacrifier les produits, ou plus spécifiquement, les vendre à faible prix à des fins de publicité et non d'en tirer profit;
- vendre à prix d'appel, ou plus spécifiquement, vendre les produits sans profit, afin d'attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits;
- faire de la publicité trompeuse;
- ne pas assurer la qualité de service à laquelle les acheteurs des produits peuvent raisonnablement s'attendre.

Au cours d'une enquête, le Bureau tiendra compte de tout élément de preuve pouvant indiquer qu'au moins une des exceptions susmentionnées s'applique. Cependant, de l'avis du Bureau, il revient au fournisseur qui invoque une exception prévue au paragraphe 76(9) de prouver qu'il en est visé. Ainsi, le fournisseur doit prouver qu'il détenait suffisamment d'informations pour raisonnablement croire que le détaillant se livrait à un comportement visé par les exceptions.

Pour l'application de toute exception prévue au paragraphe 76(9), le comportement du détaillant doit constituer une pratique. Dans ses lignes directrices sur l'abus de position dominante, le Bureau précise qu'une pratique sous-entend normalement davantage qu'un agissement isolé, et 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 marché¹³. Par ailleurs, pour déterminer si une publicité est en fait une publicité trompeuse, soit une exception aux termes de l'alinéa 76(9)c) de la *Loi*, il tient compte des critères utilisés pour évaluer les indications prétendument fausses ou trompeuses selon les articles 52 et 74.01 de la *Loi*, y compris le sens littéral de la publicité et l'impression générale donnée.

¹³ Bureau de la concurrence, *Lignes directrices : Les dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence)*, 20 septembre 2012, section 3.1 [Lignes directrices sur l'abus de position dominante].

4. PERSUADER UN FOURNISSEUR DE REFUSER DE FOURNIR UN PRODUIT À UNE PERSONNE OU À UNE CATÉGORIE DE PERSONNES EN RAISON DE SON RÉGIME DE BAS PRIX (PAR. 76(8))

4.1 Les critères prévus par la *Loi*

Le paragraphe 76(8) de la *Loi* s'applique lorsqu'une personne, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a persuadé un fournisseur, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne ou à une catégorie de personnes en raison de son régime de bas prix et que la persuasion a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Cette disposition s'applique lorsque les cinq critères suivants sont établis :

- (i) une personne, comme condition de ses relations commerciales avec un fournisseur,
- (ii) par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, l'a persuadé,
- (iii) de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes,
- (iv) en raison du régime de bas prix de cette personne ou de cette catégorie de personnes,
- (v) et que la persuasion a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Les sections 3.1.1 et 3.1.3 de ces lignes directrices précisent la façon dont le Bureau interprète, conformément à l'article 76, le refus de fournir un produit à une personne ou à une catégorie de personnes en raison de son régime de bas prix. La section 5 porte quant à elle sur la façon dont le Bureau analyse les effets sur la concurrence dans un marché. Les deux autres critères établis au paragraphe 76(8) sont analysés ci-dessous.

4.1.1 Une personne, comme condition de ses relations commerciales avec un fournisseur

De l'avis du Bureau, le paragraphe 76(8) vise tout autant les personnes qui ont des relations commerciales avec le fournisseur que celles qui n'en ont jamais eu, mais qui engagent avec lui des pourparlers à cette fin. Autrement dit, selon les circonstances, ces dispositions s'appliquent lorsqu'un fournisseur refuse de fournir un produit à un détaillant dans l'expectative de faire affaire avec une autre

personne qui l'a incité à agir de la sorte en faisant du refus une condition de leurs relations commerciales.

Aux termes du paragraphe 76(8) de la *Loi*, le refus du fournisseur de fournir un produit doit représenter une condition de ses relations commerciales avec une autre personne. En d'autres termes, la disposition n'entrera pas en jeu si la personne qui persuade le fournisseur de refuser de fournir un produit à une autre personne a fait affaire avec lui sans égard au succès de sa tentative.

4.1.2 Par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a persuadé un fournisseur

La section 2.1.2 des présentes lignes directrices traite de l'interprétation que donne le Bureau du critère énoncé au sous-alinéa 76(1)a)(i) de la *Loi*, selon lequel l'influence sur les prix doit être exercée par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, ainsi que du paragraphe 76(8).

Le Bureau considère que le critère selon lequel une personne a persuadé un fournisseur de refuser de fournir un produit à une personne par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable doit réellement se traduire par le refus du fournisseur de vendre un produit. Ainsi, le Bureau estime que ce critère de l'application du paragraphe 76(8) n'est généralement pas rempli lorsque, par exemple, un fournisseur accepte de ne pas fournir un produit à une autre personne, mais qu'il ne concrétise jamais l'entente dans la pratique.

Si un fournisseur a bel et bien refusé de fournir un produit à une personne, le Bureau doit déterminer s'il a été persuadé d'agir ainsi par une autre personne. À ce chapitre, s'il est possible de montrer que le fournisseur aurait refusé de fournir le produit à une personne donnée sans égard à une entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable qui le lie à cette autre personne, alors le Bureau ne considère pas de façon générale que celle-ci a persuadé le fournisseur de se comporter ainsi.

5. EFFET DE NUIRE À LA CONCURRENCE DANS UN MARCHÉ

Une pratique de maintien des prix visée aux sous-alinéas 76(1)a)(i) ou 76(1)a)(ii) ou au paragraphe 76(8) de la *Loi* ne peut faire l'objet d'une ordonnance de redressement du Tribunal que lorsqu'elle a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché. Le Tribunal a conclu que, dans son sens ordinaire, l'effet de nuire constitue un seuil inférieur à l'effet



d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, qui constitue la norme de preuve de l'effet de nuire selon les articles 77, 79, 90.1 et 92 de la *Loi*¹⁴.

Le Tribunal a déclaré que sans pouvoir de marché, il ne peut y avoir d'effet nuisible dans un marché¹⁵. Dans *Visa/MasterCard*, le Tribunal a confirmé l'approche élaborée lors de décisions précédentes et suivant laquelle une pratique nuira à la concurrence, si elle a eu pour effet de renforcer ou de conserver le pouvoir de marché des autres participants au marché ou encore de créer un pouvoir de marché pour eux¹⁶. Ainsi, le Bureau ne se préoccupera de pratiques de maintien de prix aux termes de l'article 76 de la *Loi* que lorsqu'elles risquent de créer, de conserver ou de renforcer un pouvoir de marché.

Le Bureau explique sa façon d'évaluer le pouvoir de marché et les effets sur la concurrence dans ses lignes directrices sur l'abus de position dominante, dans son document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* ainsi que dans ses *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*¹⁷. L'évaluation de l'effet de nuire à la concurrence dans ce contexte est un exercice de relation où le Bureau compare le niveau de concurrence dans le marché soumis à la pratique de maintien des prix avec le marché qui serait observé en l'absence d'une telle pratique; il détermine ainsi si la conduite a eu, a ou aura pour effet de créer, de préserver ou de rehausser le pouvoir de marché. À cet égard, le Bureau évalue si la pratique de maintien des prix résulte de la coordination des prix – ou la facilite – entre les fournisseurs ou les détaillants et en affaiblit la concurrence, ou si la pratique a pour effet d'exclure la concurrence réelle ou éventuelle d'autres fournisseurs ou détaillants si bien que, dans l'un ou l'autre des cas, la concurrence serait plus forte en l'absence de la pratique de maintien des prix.

5.1 Définition du marché

La définition des marchés géographiques pertinents du produit constitue généralement la première étape déterminante de l'évaluation de la capacité d'une personne à exercer un pouvoir de marché. Pour définir les marchés

¹⁴ *B.-Filer c. La Banque de Nouvelle-Écosse*, 2006 Trib. Conc., par. 211 [*B.-Filer*].

¹⁵ *Nadeau Poultry Farm Limited c. Groupe Westco Inc.*, 2009 Trib. Conc. 6, par. 369 [*Nadeau*].

¹⁶ *Visa/MasterCard*, précitée à la note 3, par. 350. Voir également *B.-Filer*, précitée à la note 14, et *Nadeau*, *op. cit.*

¹⁷ Lignes directrices sur l'abus de position dominante, précitées, note 13; Bureau de la concurrence, *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*, 6 octobre 2011 [*Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*]; Bureau de la concurrence, *Lignes directrices : Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, 23 décembre 2009 [*Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*].

pertinents aux fins de l'article 76 de la *Loi*, le Bureau s'appuie sur la définition de marché exposé dans les lignes directrices sur l'abus de position dominante¹⁸.

Dans les cas de maintien des prix, il peut s'avérer particulièrement important d'établir une distinction claire entre la marque d'un produit et le marché de produit pertinent. Une marque de produit particulière ne constitue pas nécessairement en soi un marché distinct de produit pertinent lorsque les consommateurs considèrent d'autres marques comme des produits substituables. Cela dit, lorsqu'un marché de produit pertinent est constitué de plusieurs marques concurrentes, le Bureau évalue tout de même la capacité de chacune des marques d'exercer une puissance commerciale dans le marché en question en fonction des facteurs décrits à la section 5.2 de ces lignes directrices.

La propagation du commerce électronique a eu un effet notable sur la définition du marché dans les cas de maintien des prix. Il arrive que les fournisseurs recourent à différentes pratiques de maintien des prix, comme les régimes de PDSF et de PAM, en fonction du circuit de vente, par exemple selon qu'il s'agit d'un détaillant en ligne ou d'un détaillant traditionnel. Pour définir le marché pertinent aux fins de l'article 76, le Bureau peut juger qu'il convient davantage, du point de vue des consommateurs, de considérer les différents circuits de vente comme des marchés complémentaires ou des substituts concurrentiels. Par exemple, un circuit de vente en ligne peut approvisionner un marché géographique plus vaste qu'un circuit de vente traditionnel régional. De ce fait, il conviendrait alors de considérer les marchés traditionnellement établis autour de l'emplacement physique des détaillants dans une optique plus vaste au moment de déterminer si un circuit de vente en ligne s'inscrit ou non dans le même marché de produit.

5.2 Puissance commerciale

De manière générale, le pouvoir de marché correspond à la capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de maintenir de manière rentable les prix au-dessus du prix de la concurrence ou de maintenir d'autres éléments liés à la concurrence en deçà de ceux de la concurrence, comme la qualité, la variété, le service ou le caractère novateur, et ce, pendant une période prolongée. Le Bureau adoptera l'approche décrite dans les lignes directrices sur l'abus de position dominante pour évaluer la puissance commerciale aux fins de l'article 76¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*, aux sections 2.1 et 2.2.

¹⁹ *Ibidem*, à la section 2.3

Dans les affaires de maintien des prix, le marché pertinent sur lequel doit porter l'évaluation de la puissance commerciale peut varier, selon les pratiques en cause et la disposition particulière de l'article 76. Par conséquent, la question pertinente est de savoir si une personne, qu'il s'agisse d'un (de) fournisseur(s) ou d'un (de) détaillant(s), selon le cas, est en mesure, grâce à une pratique de maintien des prix, de maintenir de façon rentable ses prix au-dessus des prix concurrentiels.

Le Bureau examine à la fois le pouvoir de marché préexistant de l'entreprise (c.-à-d. toute puissance commerciale que possède l'entreprise, nonobstant toute pratique de maintien des prix) et tout pouvoir de marché découlant de sa pratique de maintien des prix. Le Bureau tient compte de tout indicateur direct de puissance commerciale, comme la rentabilité ou l'imposition de prix supraconcurrentiels, ainsi que des indicateurs indirects qualitatifs et quantitatifs. À cet égard, le Bureau examine une variété de facteurs, tels que les parts de marché, y compris leur stabilité et leur répartition, les barrières à l'entrée dans le marché, dont les barrières créées par toute pratique de maintien des prix, ainsi que d'autres caractéristiques du marché, telles que l'ampleur des changements technologiques et le pouvoir compensateur des détaillants ou des fournisseurs.

En ce qui concerne les parts de marché, selon l'approche générale adoptée par le Bureau, une part de moins de 35 % ne donne généralement pas lieu à des examens plus approfondis pour déterminer si l'entreprise détient une puissance commerciale²⁰. Toutefois, conformément à l'observation du Tribunal dans l'affaire *Visa/MasterCard*, le Bureau estime qu'une entreprise qui possède une part de marché inférieure à 35 % pourrait exercer unilatéralement un certain pouvoir de marché dans certaines circonstances, selon les caractéristiques du marché pertinent²¹.

5.3 Circonstances où les pratiques de maintien des prix peuvent nuire à la concurrence

D'un point de vue économique, le maintien des prix peut s'avérer proconcurrentiel ou anticoncurrentiel, selon les circonstances²². Dans tous les cas, cette pratique réduit la concurrence intra-marque en aval, puisque les détaillants ne peuvent pas se faire concurrence sur les prix de vente d'un produit d'une marque donnée. Toutefois, parallèlement, une pratique de maintien des prix peut avoir un effet proconcurrentiel en augmentant le niveau global de la demande dans un marché en stimulant la concurrence entre les marques et en misant sur certains éléments de la concurrence intra-marque autres que les prix. Par exemple, les pratiques de maintien des prix peuvent :

²⁰ *Ibidem*, section 2.3.1.

²¹ *Visa/MasterCard*, précitée à la note 3, par. 267.

²² Voir, p. ex., *Visa/MasterCard*, *ibidem*, par. 269.

- éliminer l'inefficience d'éléments de la concurrence intra-marque autres que les prix, par exemple, en remédiant au « resquillage » chez les détaillants en aval. En l'absence de telles pratiques, les magasins de rabais pourraient ainsi tirer profit des investissements des détaillants à service complet qui fournissent des services et des renseignements sur les produits aux acheteurs, ce qui aurait pour effet de faire perdre des ventes à ces détaillants au profit des magasins de rabais et, par le fait même, réduirait les services de manière inefficente. Les pratiques de maintien des prix peuvent empêcher les magasins de rabais de vendre leurs produits à prix moindres que ceux des détaillants à service complet et peuvent constituer un incitatif à offrir des services efficaces;
- accroître la concurrence inter-marques en offrant aux détaillants une marge grâce à laquelle ils peuvent, par exemple :
 - investir dans des activités promotionnelles ou l'amélioration des services ou des magasins de manière à stimuler la demande du produit du fournisseur qui est en concurrence avec des détaillants rivaux;
 - vendre et promouvoir des marques de produits nouvelles ou concurrentes et ainsi faciliter l'expansion ou l'entrée dans le marché.

Lorsqu'elles font augmenter la demande dans un marché, le Bureau estime qu'il est peu probable que les pratiques de maintien des prix créent, préservent ou rehaussent la puissance commerciale de manière à nuire à la concurrence dans le marché. Toutefois, dans les circonstances générales suivantes à tout le moins, les pratiques de maintien des prix peuvent restreindre la demande, nuire à la concurrence dans un marché et avoir pour effet de créer, préserver ou rehausser la puissance commerciale²³.

- entrave à la concurrence entre fournisseurs : les fournisseurs peuvent recourir à des pratiques de maintien des prix pour atténuer la concurrence par les prix entre eux ou pour favoriser un accord de fixation des prix;

²³ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Le Bureau est d'avis qu'il pourrait y avoir d'autres circonstances dans lesquelles le maintien des prix pourrait créer, préserver ou rehausser la puissance commerciale de manière à nuire à la concurrence dans un marché.

- entrave à la concurrence entre détaillants : au moins un détaillant peut pousser un fournisseur à adopter des pratiques de maintien des prix pour atténuer la concurrence par les prix entre eux ou pour favoriser un accord de fixation des prix;
- exclusion de fournisseurs : un fournisseur en place peut recourir à une pratique de maintien des prix pour garantir des marges aux détaillants et ainsi s'assurer que ces derniers ne vendent pas les produits de ses rivaux ou de ses nouveaux concurrents. Si cela entraîne pour les fournisseurs concurrents une forclusion des canaux de distribution en aval, cette mesure peut limiter la capacité de ces fournisseurs à discipliner les prix de gros dudit fournisseur si bien que celui-ci serait en mesure d'exiger un prix supérieur à celui qui pourrait être soutenu en l'absence de cette pratique;
- exclusion de détaillants : une personne peut pousser un fournisseur à adopter une pratique de maintien des prix dans le but d'exclure la concurrence posée par des magasins de rabais ou des détaillants plus rentables.

La théorie du préjudice des fournisseurs risque davantage d'intervenir dans le contexte d'une pratique de maintien des prix aux termes de l'alinéa 76(1)a) de la *Loi*, tandis que la théorie du préjudice des détaillants intervient vraisemblablement plus souvent dans les cas de maintien des prix aux termes du paragraphe 76(8)²⁴. Plus précisément, selon le Bureau, l'effet de nuire à la concurrence attribuable à une pratique de maintien des prix visée au sous-alinéa 76(1)a)(i) se manifeste généralement sous forme de forclusion des canaux de distribution en aval et d'exclusion de fournisseurs qui, autrement, feraient concurrence à l'entreprise se livrant à une telle pratique. De même, en ce qui concerne les pratiques de maintien des prix aux termes du paragraphe 76(8), le Bureau évalue si la pratique a pour effet, ou aura vraisemblablement pour effet, d'exclure les concurrents d'un (de) détaillant(s), si bien que les prix dans le marché pertinent pourront être maintenus de manière rentable au-dessus, ou dans le cas des éléments de la concurrence autres que les prix, au-dessous des prix qui seraient observés en l'absence de la pratique de maintien des prix. Selon l'une ou l'autre des dispositions, le Bureau cherche également à déterminer si le maintien des prix résulte de la coordination des prix – ou la facilite – entre les fournisseurs ou les détaillants et en affaiblit la capacité concurrentielle dans le marché.

²⁴ Selon les faits de l'affaire, le Bureau peut évaluer les effets concurrentiels de pratiques spécifiques de maintien des prix à la fois en regard de l'alinéa 76(1)a) et du paragraphe 76(8).

Une pratique de maintien des prix visée au sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi* pourrait également exclure un détaillant que le fournisseur refuse d’approvisionner dans le marché pertinent ou à l’égard duquel il fait preuve de discrimination. Toutefois, étant donné que seul un fournisseur peut se voir imposer une ordonnance de redressement en raison d’une pratique visée par cette disposition, le Bureau examine la mesure dans laquelle le refus a créé, préservé ou rehaussé la puissance commerciale du fournisseur. Par exemple, si le produit occupe une place importante dans le marché pertinent, le refus de fournir du fournisseur pourrait pousser le détaillant offrant des bas prix à changer ses pratiques d’approvisionnement, ce qui pourrait avoir pour effet d’exclure du marché les concurrents du fournisseur. Le Bureau cherche également à déterminer si la pratique du fournisseur découle de la coordination des prix – ou la facilite – entre les autres fournisseurs, et freine leur capacité concurrentielle dans le marché.

Dans certaines circonstances, les pratiques de maintien des prix découlent d’ententes ou d’accords entre fournisseurs ou détaillants concurrents, ententes qui peuvent elles-mêmes entraîner l’application des articles 45 ou 90.1 de la *Loi*. De même, lorsque les pratiques de maintien des prix servent à exclure la concurrence, elles peuvent également créer les situations décrites aux articles 77 et 79 de la *Loi*. La section 6 des présentes lignes directrices décrit l’approche du Bureau en matière d’application de la loi dans les cas où il estime que la pratique remplit les critères de l’article 76 ainsi que ceux d’une autre disposition de la *Loi*.

6. REMÉDIER AUX EFFETS NUISIBLES DES PRATIQUES DE MAINTIEN DES PRIX SUR LA CONCURRENCE

Le Tribunal peut prendre des ordonnances de redressement lorsqu’il constate qu’une pratique de maintien des prix nuira vraisemblablement à la concurrence dans un marché. En ce qui concerne une pratique visée aux sous-alinéas 76(1)a)(i) ou 76(1)a)(ii), le Tribunal peut, par ordonnance aux termes du paragraphe 76(2) de la *Loi*, interdire à toute personne de se livrer au comportement visé ou exiger qu’elle accepte une autre personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales²⁵. Pour ce qui concerne un comportement visé au paragraphe 76(8), le Tribunal peut, par ordonnance aux termes du même paragraphe, interdire à toute personne de se

²⁵ Tel qu’il est mentionné aux sections 2.1.2 et 3.2 des présentes lignes directrices, le Tribunal ne peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe 76(2) de la *Loi* relativement au (i) comportement visé à l’alinéa 76(1)a) de la *Loi* lorsqu’une exception au paragraphe 76(4) s’applique, ou (ii) au comportement visé par le sous-alinéa 76(1)a)(ii) de la *Loi* lorsqu’une exception au paragraphe 76(9) s’applique.

comporter ainsi ou exiger qu'elle entretienne des relations commerciales avec une autre personne aux conditions de commerce normales. Selon le paragraphe 76(12) de la *Loi*, « conditions de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

Avant d'entamer des poursuites auprès du Tribunal en vertu de l'article 76, le commissaire donne généralement la possibilité aux parties de dissiper les préoccupations du Bureau quant aux atteintes alléguées à l'article 76 et de proposer un règlement approprié pour y remédier. Généralement, toute proposition de règlement approuvée sera présentée sous forme de consentement et enregistrée auprès du Tribunal, conformément à l'article 105 de la *Loi*. Toutefois, dans certains cas, dans l'optique du *Continuum d'observation de la Loi* du Bureau, ce dernier peut juger qu'il conviendrait de régler l'affaire au moyen d'autres instruments de règlements des cas²⁶. En l'absence d'un règlement consensuel, le commissaire peut déposer une demande auprès du Tribunal.

Comme il a été mentionné précédemment dans les présentes lignes directrices, le maintien des prix peut, dans certains cas, poser problème sous le régime d'une ou de plusieurs autres dispositions de la *Loi*. Aux termes du paragraphe 76(11) de la *Loi*, le commissaire ne peut présenter une demande en application de l'article 76 à l'endroit d'une personne si les faits allégués au soutien de la demande sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui ont été allégués au soutien d'une procédure engagée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 45 ou 49 ou d'une ordonnance demandée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 79 ou 90.1. Lorsque le Bureau estime que la pratique de maintien des prix satisfait aux critères de l'article 76 ainsi qu'à ceux d'une autre disposition de la *Loi*, il choisit habituellement la disposition à appliquer en fonction des faits particuliers de chaque cas, de la situation du marché et de tout autre facteur pertinent. La décision du Bureau s'appuie également sur la nature du redressement prévu par chaque article de la *Loi* et sur son jugement du redressement requis pour atténuer le préjudice concurrentiel dans chaque cas.

L'article 103.1 de la *Loi* autorise les parties privées à demander au Tribunal l'autorisation de présenter une demande en vertu l'article 76, et le Tribunal peut l'accorder s'il a des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement lésé par un comportement visé par la disposition sur le maintien des prix et qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance de redressement en vertu de l'article 76.

²⁶ Bureau de la concurrence, *Bulletin : Le Continuum d'observation de la Loi*, 18 juin 2000.

7. EXEMPLES HYPOTHÉTIQUES

Les exemples suivants visent à illustrer le cadre analytique sur lequel s'appuie généralement le Bureau lorsqu'il procède à l'examen d'une pratique alléguée de maintien des prix. Comme c'est le cas pour l'ensemble des présentes lignes directrices, l'analyse des exemples ci-après réalisée par le Bureau ne remplace pas les avis de conseillers juridiques, ne vise pas à reformuler la *Loi* et n'engage pas le commissaire quant à la façon dont il exercera son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée. Les décisions du commissaire en matière d'application de la *Loi* et la façon dont sont réglées en définitive les questions qui surviennent dépendent des faits particuliers de chaque cas.

7.1 Exemple n° 1 : Entente de publicité collective

Scénario

L'entreprise X est un important fournisseur de gadgets qui sont vendus aux utilisateurs finaux au Canada par l'entremise d'un réseau de revendeurs indépendants. Les gadgets de la marque X ont la cote auprès des consommateurs et accaparent plus de 50 % de l'ensemble du marché des gadgets. Pour promouvoir ses gadgets, l'entreprise X mène une vaste campagne de publicité permanente à l'échelle nationale.

Il y a un an, l'entreprise X a conclu des ententes types de publicité collective avec la quasi-totalité de ses revendeurs. Conformément à ces ententes, l'entreprise X rembourse à ses revendeurs, tous les trimestres, 50 % des dépenses qu'ils ont consacrées aux activités régionales de promotion (audio et visuelle) des gadgets de la marque X, jusqu'à concurrence de 2 % de la valeur de l'ensemble des ventes de gadgets de la marque X enregistrées au cours du trimestre. L'entente de publicité collective stipule que, pour être admissibles au remboursement, les revendeurs doivent faire la publicité des gadgets de la marque X en s'appuyant sur la terminologie et les images approuvées par l'entreprise X et doivent offrir les gadgets, y compris sur Internet et sur leurs sites Web, au PDSF de l'entreprise X. En magasin, les revendeurs peuvent vendre les gadgets de la marque X moins chers que le PDSF annoncé et tout de même recevoir le remboursement conformément à l'entente de publicité collective. Toutefois, l'entreprise X interdit aux revendeurs de mentionner dans leurs réclames qu'ils peuvent offrir les produits à prix moindre.

Le remboursement versé par l'entreprise X dans le cadre de l'entente de publicité collective contribue considérablement aux marges des revendeurs, car la publicité régionale constitue un élément moteur déterminant des ventes de gadgets. En pratique, aujourd'hui, la quasi-totalité des revendeurs vendent les gadgets de la marque X au PDSF annoncé et considèrent qu'il est plus important

de vendre et de commercialiser les gadgets de la marque X soutenus par la publicité que les gadgets de marques concurrentes.

Analyse

Habituellement, le Bureau examinerait une pareille entente de publicité collective en application du sous-alinéa 76(1)a)(i) de la *Loi*²⁷. Aux fins de cette disposition, l'entreprise X : est un fournisseur au sens de la définition du paragraphe 76(3) de la *Loi*; fournit ses gadgets de la marque X à ses revendeurs qui les vendent à des consommateurs; a conclu une entente écrite expresse de publicité collective avec ses revendeurs. Dans ce cas, trois des quatre critères d'applicabilité du sous-alinéa 76(1)a)(i) sont présents. Il ne reste plus qu'à se pencher sur le quatrième critère, soit l'influence directe ou indirecte de l'entreprise X sur les prix de revente.

Bien que les réclames des revendeurs qui s'inscrivent dans le cadre des ententes de publicité collective ne mentionnent pas la possibilité d'offrir les gadgets de la marque X à moindre prix que le PDSF annoncé, le paragraphe 76(6) de la *Loi* ne s'applique pas dans le sens où l'on considère que les réclames n'ont pas eu pour effet d'augmenter les prix de revente. En l'occurrence, les réclames sont publiées par les détaillants et non par l'entreprise X, et la disposition déterminative du paragraphe 76(6) s'applique uniquement à la publication d'une réclame par un fournisseur, ce qui explique la conclusion tirée.

À défaut de l'applicabilité de la disposition déterminative, le Bureau détermine si les ententes de publicité collective ont effectivement fait monter les prix de revente ou freiné leur baisse. À cet égard, le Bureau étudie toute indication selon laquelle les prix fixés par les revendeurs pour les gadgets de la marque X dans le cadre des ententes de publicité collective sont plus élevés qu'ils ne l'auraient été en l'absence du remboursement prévu à cette fin par l'entreprise X. Par exemple, le Bureau évalue si le prix fixé par les revendeurs (corrigé en fonction de l'inflation) pour les gadgets de la marque X au cours de l'année suivant la mise en œuvre de l'entente de publicité collective par l'entreprise X est supérieur au prix pratiqué avant la conclusion de l'entente. Le Bureau tient également compte de toute preuve documentaire préparée par les détaillants vendant des gadgets de la marque X dans le cadre de leurs activités normales qui montrerait que le détaillant aurait exigé un prix inférieur pour les gadgets, n'eût été l'entente de publicité collective.

²⁷ Lorsqu'un fournisseur recourt à un arrangement de distribution mixte, c'est-à-dire qu'il vend directement aux utilisateurs finaux ainsi que par l'entremise d'un réseau de revendeurs, le Bureau peut également examiner une entente ou un accord de publicité collective dans l'optique d'une autre ou de plusieurs autres dispositions civiles de la *Loi* (*Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, précitées à la note 17, section 2.3.3).

S'il est prouvé que les ententes de publicité collective ont fait monter les prix des gadgets de la marque X, le Bureau examine l'incidence de la pratique sur la concurrence dans le marché pertinent. À cet égard, le Bureau détermine si les marchés des gadgets de la marque X et d'autres marques devraient, comme de juste, être qualifiés de marchés de produits distincts ou comme un seul et même marché, et si l'entreprise X détient un pouvoir de marché dans le marché pertinent.

S'il est établi que le marché pertinent comprend toutes les marques de gadgets et s'il détermine que l'entreprise X détient un pouvoir de marché, puisque sa part dépasse apparemment 50 % du marché des gadgets, le Bureau examinerait la mesure dans laquelle la puissance commerciale de l'entreprise X a été préservée ou rehaussée par les ententes de publicité collective. Par exemple, le Bureau détermine si les décisions des revendeurs de privilégier les ventes et la commercialisation des gadgets de la marque X soutenus par la publicité ont eu pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion des concurrents dont la présence aurait donné lieu à une baisse des prix dans le marché des gadgets ou à une amélioration de la qualité des produits, du choix, des services, de l'innovation ou de tout autre élément de la concurrence non lié au prix. En présence d'effets d'exclusion, le Bureau pourrait en venir à la conclusion que les ententes de publicité collective ont préservé ou rehaussé la puissance commerciale de l'entreprise X, si bien qu'elles ont nui à la concurrence dans le marché des gadgets.

7.2 Exemple n° 2 : Refus de fournir un détaillant

Scénario

L'entreprise Y fabrique et fournit des gadgets et est en concurrence avec quatre autres fournisseurs de gadgets dont les ventes (y compris celles de l'entreprise Y) représentent pour chacun d'eux environ 20 % de l'ensemble des ventes annuelles du marché. Les fournisseurs de gadgets, y compris l'entreprise Y, vendent des gadgets aux utilisateurs finaux par l'entremise de réseaux de revendeurs indépendants au Canada. Certains revendeurs n'opèrent qu'en ayant pignon sur rue, d'autres pratiquent exclusivement la vente en ligne, et d'autres vendent à la fois en ligne et en magasin.

Pour la plupart des consommateurs, les gadgets constituent un achat relativement dispendieux. Ils s'attendent donc à ce que les revendeurs leur offrent un niveau considérablement élevé de soutien avant l'achat et de service après-vente. Certains revendeurs en ligne offrent un soutien par téléphone ou par l'entremise d'un site de clavardage interactif. Néanmoins, les fournisseurs de gadgets n'approuvent pas tous le niveau de soutien offert par les revendeurs en ligne. De ce fait, au moins deux fournisseurs de gadgets, dont l'entreprise Y,

distribuent leurs gadgets uniquement par l'entremise de revendeurs qui acceptent de revendre exclusivement leurs produits en magasin seulement.

L'entreprise A est un revendeur de gadgets qui mène ses activités en ligne et en magasin au Canada. Elle vend les gadgets de deux fournisseurs et cherche à élargir sa gamme de produits en vendant ceux de la marque Y. Elle obtient des stocks de l'entreprise Y à la condition de ne pas les vendre en ligne. L'entreprise Y autorise l'entreprise A à faire la promotion des gadgets de la marque Y sur son site Web et ne formule aucune restriction quant au prix de détail ou au prix annoncé des gadgets de la marque Y. Peu de temps après que l'entreprise A s'est lancée dans la vente au détail des gadgets de la marque Y, l'entreprise Y a commencé à recevoir des plaintes de clients concernant le manque de soutien, de service et de connaissances au sujet des produits dans les magasins de l'entreprise A ainsi que des plaintes de ses autres revendeurs au sujet des très bas prix auxquels l'entreprise A vend les gadgets de la marque Y. L'entreprise Y tente de régler les problèmes en matière de prix et de service avec l'entreprise A. Malgré les tentatives de l'entreprise, les plaintes persistent encore six mois plus tard. L'entreprise Y avise alors l'entreprise A, qu'en raison des plaintes incessantes, elle met fin à leur entente de revente et cessera de lui fournir ses gadgets.

Analyse

Comme rien n'indique que l'entreprise Y a été persuadée (par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable) par un autre de ses revendeurs de cesser de fournir des gadgets à l'entreprise A, le Bureau examine le comportement à la lumière du sous-alinéa 76(1)a(ii) de la *Loi*²⁸. Aux fins de la disposition en question : l'entreprise Y est un fournisseur au sens de la définition présentée au paragraphe 76(3) de la *Loi*; l'entreprise Y a refusé de fournir des gadgets à l'entreprise A; l'entreprise A exploite une entreprise au Canada. Trois des quatre critères d'applicabilité du sous-alinéa 76(1)a(ii) sont donc satisfaits ici.

En ce qui concerne le quatrième critère, les éléments de preuve semblent indiquer que l'entreprise Y a refusé de fournir des gadgets à l'entreprise A en raison, du moins en partie, de son régime de bas prix. Néanmoins, compte tenu de l'importance cruciale que revêt le service et le soutien technique dans l'industrie des gadgets, l'entreprise Y aurait peut-être continué d'approvisionner l'entreprise A si cette dernière avait remédié de façon satisfaisante aux plaintes des clients relativement au service, et ce, en dépit de nouvelles plaintes émanant des autres revendeurs au sujet du régime de bas prix de l'entreprise A. Par conséquent, le Bureau examine tout élément de preuve, qu'il soit subjectif ou objectif, afin de déterminer si le régime de bas de prix de l'entreprise A, par

²⁸ Le Bureau pourrait plutôt choisir d'examiner le comportement cité à la lumière de l'article 75 de la *Loi*, soit la disposition générale sur le refus de vendre, dans les cas où rien n'indique que le refus de fournir est attribuable au régime de bas prix du client.

opposition à son service, constituait un facteur direct du refus de l'entreprise Y d'approvisionner.

Dans le cas où le refus de l'entreprise Y de fournir des gadgets à l'entreprise A pourrait être attribuable au régime de bas prix de cette dernière, le Bureau étudie tout élément de preuve qui donnerait à penser qu'une exception au paragraphe 76(9) de la *Loi* pourrait empêcher l'application du sous-alinéa 76(1)a(ii). Plus particulièrement dans le cas qui nous intéresse, le Bureau examine tout élément de preuve, y compris tout élément présenté par l'entreprise Y, montrant que l'entreprise A n'offrait généralement pas un service à la hauteur des attentes raisonnables des acheteurs de gadgets de la marque Y. Il pourrait s'agir, par exemple, de plaintes écrites que des clients ont transmises à l'entreprise Y.

À défaut de l'applicabilité du paragraphe 76(9) mais si les critères du sous-alinéa 76(1)a(ii) sont remplis, le Bureau examine l'incidence sur la concurrence dans le marché pertinent du refus de l'entreprise Y de fournir des gadgets à l'entreprise A. À cet égard, le Bureau détermine si le marché de produits pertinent comprend à la fois les gadgets de marque Y et d'autres marques et s'il convient de considérer les magasins et les circuits de vente en ligne comme des marchés de produits distincts ou comme un seul et même marché du produit. Si le marché pertinent devait par définition englober l'ensemble des gadgets vendus dans les magasins et les circuits de vente en ligne, il est peu probable que l'entreprise Y, qui possède une part de marché de 20 % et qui n'exclut vraisemblablement pas la concurrence, soit en mesure de créer, de préserver ou de rehausser son pouvoir de marché en refusant d'approvisionner l'entreprise et de nuire ainsi à la concurrence dans le marché.

7.3 Exemple n° 3 : Persuader un fournisseur de refuser de fournir un produit à une autre personne

Scénario

L'entreprise Z est un fournisseur de gadgets vendus à des utilisateurs finaux au Canada par l'entremise de revendeurs indépendants. De par leur nature, les gadgets en question se vendent uniquement en magasin et non en ligne. Les gadgets diffèrent grandement les uns des autres et sont offerts dans un vaste éventail de marques, de variétés et de formats. Les utilisateurs finaux se procurent généralement leurs gadgets auprès de détaillants régionaux, dont bon nombre offrent des gammes complètes de gadgets. Les gadgets de la marque Z représentent actuellement environ 10 % de l'ensemble des ventes de gadgets à l'échelle nationale.

L'entreprise B est le plus important détaillant de gadgets de la marque Z, du point de vue des recettes, dans la ville T et dans l'ensemble du pays, et est à

l'origine de plus de 50 % des ventes globales du pays et de la ville des gadgets de la marque Z. Cependant, dans le marché mondial des gadgets, les ventes de l'entreprise B dans la ville T et à l'échelle nationale ne représentent que 20 %. L'entreprise B exploite trois magasins phares dans la ville T, lesquels offrent un service à la clientèle étendu dans des succursales bien aménagées situées dans des secteurs commerciaux convoités.

Dernièrement, l'entreprise C, jeune entreprise familiale, s'est lancée dans la vente au détail de gadgets de la marque Z et d'autres gadgets depuis un entrepôt converti situé en banlieue de la ville T, dans un ancien parc industriel. L'entreprise C, qui jouit d'un emplacement à faible coût et offre un service minimaliste, vend de façon rentable les gadgets à un prix pouvant être de 20 % inférieur à celui des autres détaillants de la ville T. De ce fait, l'entreprise C gagne une part grandissante des ventes de gadgets dans la ville T, et l'entreprise B voit ses recettes et sa clientèle en magasin diminuer de façon considérable.

L'entreprise B avise l'entreprise Z qu'elle cessera de s'approvisionner auprès d'elle à l'échelle nationale et vendra uniquement les gadgets de ses concurrents à moins qu'elle (l'entreprise Z) cesse de fournir des gadgets à l'entreprise C dans la ville T. L'entreprise B constitue le plus important client de l'entreprise Z, et ce, tant au pays que dans la ville T. La rentabilité des activités de l'entreprise Z serait compromise si cette dernière ne pouvait plus compter l'entreprise B au nombre de ses clients. Par conséquent, l'entreprise Z avise l'entreprise C qu'elle cessera dès lors de lui fournir des gadgets. Certains clients décident alors d'acheter une marque différente de gadgets de l'entreprise C pour tirer profit de ses bas prix, tandis que d'autres se rendent dans les magasins de l'entreprise B pour acheter des gadgets de la marque Z. L'entreprise C estime qu'elle peut poursuivre ses activités en vendant des gadgets de fournisseurs qui n'ont pas encore refusé de l'approvisionner. Toutefois, l'entreprise C craint ce qui l'attend si l'entreprise B exerce une pression sur les fournisseurs en question.

Analyse

Habituellement, le Bureau examine le comportement de l'entreprise B cité en fonction du paragraphe 76(8) de la *Loi*²⁹. Aux fins de la disposition en question : l'entreprise B est un client de l'entreprise Z; l'entreprise B a persuadé l'entreprise Z de refuser de fournir des gadgets à l'entreprise C en la menaçant de cesser elle-même de lui en acheter; les tentatives de persuasion de l'entreprise B sont attribuables au régime de bas prix adopté par l'entreprise C en ce qui concerne les gadgets de la marque Z; pour que l'entreprise B continue de

²⁹ Selon les circonstances (par exemple dans le cas où l'un ou plusieurs des critères du paragraphe 76(8) ne sont pas remplis), le Bureau pourrait plutôt évaluer le comportement en fonction de l'article 79 de la *Loi*, soit les dispositions sur l'abus de position dominante. L'approche du Bureau quant à l'application de l'article 79 est décrite dans les Lignes directrices sur l'abus de position dominante, précitées, note 13.

faire affaire avec l'entreprise Z, cette dernière doit refuser d'approvisionner l'entreprise C. Ainsi, cinq des six critères d'application du paragraphe 76(8) sont satisfaits dans le cas présent.

En ce qui concerne le dernier critère, le Bureau détermine si le comportement de l'entreprise B a créé, préservé ou rehaussé une puissance commerciale en écartant des détaillants concurrents, de manière à nuire à la concurrence dans le marché pertinent. À cet égard, il évalue si les marchés des gadgets de la marque Z et d'autres marques devraient, comme de juste, être qualifiés de marchés de produits distincts ou comme un seul et même marché. Au moment de déterminer si les consommateurs considèrent différentes marques de gadgets comme étant substituables, le Bureau évalue entre autres choses le degré de changement de marques parmi les clients, y compris dans ce cas les consommateurs ayant permuté entre les entreprises B et C et d'autres détaillants dans la ville T qui pourraient garder en stocks différentes marques de gadgets. D'un point de vue géographique, le Bureau détermine si les consommateurs considèrent les détaillants qui se trouvent ailleurs que dans la ville T comme d'autres sources viables de gadgets.

Si le marché pertinent devait, par définition, englober l'ensemble des marques de gadgets dans la ville T, le Bureau déterminerait si l'entreprise B détient un pouvoir de marché dans ce marché, et si ce pouvoir éventuel pourrait avoir été préservé ou rehaussé parce qu'elle a persuadé l'entreprise Z de refuser de fournir des gadgets à l'entreprise C. À cet égard, le Bureau tiendrait compte de la part de marché des gadgets de l'entreprise B, qui ne s'élève qu'à 20 % des ventes. De plus, la facilité apparente avec laquelle l'entreprise C est entrée dans le marché pourrait laisser croire que les barrières structurelles à l'entrée dans le marché de la vente au détail de gadgets dans la ville T ne sont pas notables. Cela dit, le Bureau examine aussi toute barrière stratégique à l'entrée attribuable au comportement de l'entreprise B. S'il pouvait être établi qu'une telle barrière à l'entrée était importante et qu'elle servirait probablement à exclure les détaillants concurrents, si bien que le comportement de l'entreprise B lui a probablement conféré une puissance commerciale sur le marché des gadgets de la ville T, le Bureau pourrait conclure que le comportement de l'entreprise B a eu pour effet de nuire à la concurrence dans le marché.

ANNEXE : ARTICLE 76 DE LA LOI

Maintien des prix

Maintien des prix

76. (1) Sur demande du commissaire ou de toute personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, le Tribunal peut rendre l'ordonnance visée au paragraphe (2) s'il conclut, à la fois :

a) que la personne visée au paragraphe (3), directement ou indirectement :

(i) soit, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada,

(ii) soit a refusé de fournir un produit à une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou a pris quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison de son régime de bas prix;

b) que le comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Ordonnance

(2) Le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à la personne visée au paragraphe (3) de continuer de se livrer au comportement visé à l'alinéa (1)a) ou exiger qu'elle accepte une autre personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales.

Personne visée par l'ordonnance

(3) Peut être visée par l'ordonnance prévue au paragraphe (2) la personne qui, selon le cas :

a) exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit;

b) offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit;

c) exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit; détient les droits et privilèges exclusifs que confèrent un brevet, une marque de

commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée.

Cas où il ne peut être rendu d'ordonnance

(4) L'ordonnance prévue au paragraphe (2) ne peut être rendue lorsque la personne visée au paragraphe (3) et le client ou la personne visés aux sous-alinéas (1)a)(i) ou (ii) ont entre eux des relations de mandant à mandataire ou sont des personnes morales affiliées ou des administrateurs, mandataires, dirigeants ou employés :

a) soit de la même personne morale, société de personnes ou entreprise individuelle;

b) soit de personnes morales, sociétés de personnes ou entreprises individuelles qui sont affiliées.

Prix de détail proposé

(5) Pour l'application du présent article, le fait, pour le producteur ou fournisseur d'un produit, de proposer pour ce produit un prix de revente ou un prix de revente minimal, quelle que soit la façon de déterminer ce prix, lorsqu'il n'est pas prouvé que le producteur ou fournisseur, en faisant la proposition, a aussi précisé à la personne à laquelle il l'a faite que cette dernière n'était nullement obligée de l'accepter et que, si elle ne l'acceptait pas, elle n'en souffrirait en aucune façon dans ses relations commerciales avec ce producteur ou fournisseur ou avec toute autre personne, constitue la preuve qu'il a influencé, dans le sens de la proposition, la personne à laquelle il l'a faite.

Prix annoncé

(6) Pour l'application du présent article, la publication, par le producteur ou le fournisseur d'un produit qui n'est pas détaillant, d'une réclame mentionnant un prix de revente pour ce produit constitue la preuve qu'il a fait monter le prix de vente demandé par toute personne qui le reçoit pour le revendre, à moins que ce prix ne soit exprimé de façon à préciser à quiconque prend connaissance de la publicité que le produit peut être vendu à un prix inférieur.

Exception

(7) Les paragraphes (5) et (6) ne s'appliquent pas au prix apposé ou inscrit sur un produit ou sur son emballage.

Refus de fournir

(8) S'il conclut, à la suite d'une demande du commissaire ou de toute personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, qu'une personne, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a persuadé un fournisseur, au Canada ou à l'étranger, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou catégorie et que la persuasion a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à la personne de continuer à se comporter ainsi ou exiger qu'elle entretienne des relations commerciales avec le fournisseur en question aux conditions de commerce normales.

Cas où il ne peut être rendu d'ordonnance

(9) L'ordonnance prévue au paragraphe (2) à l'égard du comportement visé au sous-alinéa (1)a)(ii) ne peut être rendue si le Tribunal est convaincu que la personne ou catégorie de personnes visée au sous-alinéa avait l'habitude, quant aux produits fournis par la personne visée au paragraphe (3) :

- a) de les sacrifier à des fins de publicité et non d'en tirer profit;
- b) de les vendre sans profit afin d'attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits;
- c) de faire de la publicité trompeuse;
- d) de ne pas assurer la qualité de service à laquelle leurs acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre.

Application

(10) Le Tribunal, lorsqu'il est saisi d'une demande présentée par une personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, ne peut tirer quelque conclusion que ce soit du fait que le commissaire a pris des mesures ou non à l'égard de l'objet de la demande.

Procédures en vertu des articles 45, 49, 79 et 90.1

(11) Aucune demande à l'endroit d'une personne ne peut être présentée au titre du présent article si les faits allégués 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 à l'endroit de cette personne en vertu des articles 79 ou 90.1.

Définition de « conditions de commerce »

(12) Pour l'application du présent article, « conditions de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 76; L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 7; L.C. 2009, ch. 2, art. 426.



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 a trait aux aliments), 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

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

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

Télécopieur : 819-997-0324
Site Web : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca

