



Lignes directrices



Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents



Cette publication n'est pas un document juridique. Elle renferme des renseignements généraux sur la façon d'appliquer la *Loi sur la concurrence*.

Cette publication remplace la publication suivante du Bureau de la concurrence :

Lignes directrices — *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* — Projet pour consultations publiques, 8 mai 2009

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.

Autorisation de reproduire

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en totalité ou en partie et par tout moyen, sans frais et sans autre autorisation du Bureau de la concurrence, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée dans le but d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le Bureau de la concurrence soit identifié comme étant la source de l'information et que la reproduction ne soit pas présentée comme une version officielle de l'information reproduite ni comme ayant été faite en association avec le Bureau de la concurrence ou avec l'approbation de celui-ci. Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication dans un but commercial, veuillez envoyer 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 lu54-27/2009F-PDF
ISBN 978-1-100-93388-7
60699

2009-12-23

Also available in English under the title Competitor Collaboration Guidelines.

PRÉFACE

Le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») est un organisme indépendant d'application de la loi responsable, entre autres, de l'administration et de l'application de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »). Il contribue à la prospérité des Canadiennes et des Canadiens en assurant la protection et la promotion de la concurrence au sein des marchés tout en permettant aux consommateurs de faire des choix éclairés. Les présentes lignes directrices décrivent la façon dont le Bureau évalue les collaborations entre concurrents.

Les entreprises canadiennes sont confrontées à une pression croissante en vue d'adopter des stratégies commerciales souples afin de demeurer concurrentielles dans une économie en perpétuelle évolution du fait de la mondialisation, de l'innovation technologique et des progrès dans les procédés de production. Les alliances stratégiques peuvent permettre aux entreprises canadiennes de tirer parti des changements rapides de la technologie et d'un contexte concurrentiel dynamique. Grâce à elles, les entreprises peuvent combiner des capacités et des ressources de façon à faire baisser les coûts de la production, à rehausser la qualité des produits et à réduire le délai nécessaire à la commercialisation de nouveaux produits. De telles collaborations proconcurrentielles, même entre entreprises concurrentes, peuvent souvent être avantageuses pour les Canadiens en faisant en sorte que les entreprises utilisent plus efficacement les ressources et accélèrent le rythme de l'innovation. En même temps, certaines collaborations entre concurrents peuvent occasionner un tort important à la concurrence.

Les modifications de 2009 à la *Loi* créent un régime criminel d'application de la loi plus efficace à l'égard des formes les plus flagrantes d'ententes injustifiables tout en supprimant la menace de sanctions criminelles à l'égard des collaborations légitimes, afin d'éviter de dissuader les entreprises de nouer des alliances susceptibles d'être bénéfiques. Comme l'expliquent les présentes lignes directrices, l'interdiction criminelle modifiée est réservée aux ententes entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production¹ qui constituent des restrictions pures et simples à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise). D'autres formes de collaboration entre concurrents, comme les coentreprises et les alliances stratégiques, peuvent être susceptibles d'examen en vertu d'une disposition civile sur les ententes qui interdit les ententes uniquement lorsqu'elles auraient probablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le Bureau reconnaît la nécessité de la transparence et de la prévisibilité dans son évaluation des collaborations entre concurrents. Dans cette optique, les présentes lignes directrices visent à aider les entreprises à évaluer la probabilité qu'une collaboration entre concurrents suscite des inquiétudes en vertu des dispositions criminelles ou civiles pertinentes de la *Loi* et, le cas échéant, la probabilité que le commissaire entame une enquête sur cette collaboration.

Le commissaire de la concurrence

¹ Ces ententes sont généralement reconnues comme les formes les plus graves de comportement anticoncurrentiel. Voir par exemple la *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* (1998), qui condamnait les ententes injustifiables comme étant « la violation la plus flagrante du droit de la concurrence ». En ligne : www.ocde.org.

INTERPRÉTATION

Les présentes lignes directrices décrivent la démarche générale du Bureau dans l'application des articles 45 et 90.1 de la *Loi* aux collaborations entre concurrents. Elles remplacent tous les énoncés précédents du commissaire de la concurrence (le « commissaire ») ou d'autres responsables du Bureau au sujet de l'administration et de la mise en application des articles 45 et 90.1 de la *Loi*.

La nature et la portée des collaborations entre concurrents varient sensiblement. Par conséquent, les présentes lignes directrices ne peuvent pas présenter une analyse exhaustive de toutes les questions liées à la concurrence pouvant survenir par suite d'une collaboration donnée, ni ne peuvent remplacer les avis de conseillers juridiques. Les entreprises envisageant des collaborations avec des entreprises concurrentes sont encouragées à solliciter des conseils au sujet des questions précises qui peuvent survenir. Des conseils à l'égard du comportement commercial futur peuvent être obtenus en demandant un avis écrit qui liera le commissaire, en vertu de l'article 124.1 de la *Loi*.

Les présentes lignes directrices ne visent pas à reformuler la loi et elles n'engagent pas le commissaire ou le directeur des poursuites pénales² (le « DPP ») quant à la façon dont ils exerceront leur pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée. Les décisions du commissaire et du DPP visant respectivement l'application de la *Loi* et les poursuites, ainsi que la façon dont sont en définitive 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 judiciaires.

Le Bureau pourrait à l'avenir reconsidérer certains aspects des présentes lignes directrices à la lumière de l'expérience, de l'évolution de la situation et des décisions rendues par le Tribunal et les tribunaux judiciaires.

2 Le 12 décembre 2006, le Bureau du directeur des poursuites pénales (DPP) a été créé conformément à la *Loi fédérale sur la responsabilité*. Cette loi confère au DPP le pouvoir de mener les poursuites criminelles pour toute infraction de juridiction fédérale. Ce bureau agit indépendamment du commissaire et du ministère de la Justice et assume les fonctions de l'ancien Service fédéral des poursuites.

STRUCTURE DES PRÉSENTES LIGNES DIRECTRICES

Ces lignes directrices comportent cinq sections.

- LA SECTION 1 présente un aperçu du cadre d'analyse utilisé par le Bureau pour évaluer les collaborations existantes et envisagées entre concurrents, y compris la façon dont le Bureau détermine si une collaboration doit être évaluée en vertu de la disposition sur les complots figurant à l'article 45, de la disposition civile sur les ententes figurant à l'article 90.1 ou d'autres dispositions de la *Loi*.
- LA SECTION 2 explique la façon dont le Bureau évalue les collaborations entre concurrents en vertu de la disposition criminelle sur les complots de l'article 45 de la *Loi*.
- LA SECTION 3 explique la façon dont le Bureau évalue les collaborations entre concurrents en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la *Loi*.
- LA SECTION 4 présente des exemples hypothétiques illustrant la démarche du Bureau dans la mise en application des articles 45 et 90.1 de la *Loi*.
- LA SECTION 5 présente le texte des dispositions pertinentes de la *Loi*.

TABLE DES MATIÈRES

■ 1. CADRE D'ANALYSE	1
1.1 Vue d'ensemble	1
1.2 Distinction entre la disposition civile sur les ententes, la disposition sur les complots et d'autres dispositions de la <i>Loi</i>	1
1.3 Choix entre le régime criminel ou civil.....	3
1.4 Dédoubllement des procédures.....	4
■ 2. L'INTERDICTION CRIMINELLE.....	6
2.1 Vue d'ensemble	6
2.2 Complot, accord ou arrangement.....	6
2.3 Définition de concurrent	8
2.3.1 Concurrents au sens général	8
2.3.2 Concurrents potentiels.....	9
2.3.3 Arrangements de distribution mixte et accords de franchise.....	9
2.4 Types d'ententes interdites.....	10
2.4.1 Ententes sur la fixation des prix.....	10
2.4.2 Ententes sur l'attribution des marchés	12
2.4.3 Ententes de restriction de la production.....	12
2.5 Défense fondée sur les restrictions accessoires	13
2.5.1 Fardeau.....	14
2.5.2 Accessoire à une entente plus large ou distincte.....	14
2.5.3 Directement liée à un objectif plus large et raisonnablement nécessaire à sa réalisation	15
2.5.4 Légalité de l'entente principale.....	16
2.6 Autres moyens de défense	16
2.6.1 Ententes entre personnes morales affiliées	16
2.6.2 Institutions financières fédérales.....	16
2.6.3 Ententes d'exportation.....	16
2.6.4 Conduite réglementée.....	17
2.6.5 Accords de spécialisation.....	18
2.7 Mesures correctives	18
2.8 Programmes d'immunité et de clémence.....	19
■ 3. LA DISPOSITION CIVILE SUR LES ENTENTES	20
3.1 Vue d'ensemble	20
3.2 Accord ou arrangement	20
3.3 Définition de concurrent	21
3.4 Seuil de l'entrave à la concurrence.....	22
3.4.1 Vue d'ensemble	22
3.4.2 Parts de marché.....	22

3.4.3	Entrée ou participation accrue	23
3.4.4	Facteurs supplémentaires	23
3.5	Défenses et exceptions	23
3.5.1	Exception d'efficacité	23
3.5.2	Institutions financières fédérales	24
3.5.3	Ententes d'exportation	25
3.5.4	Accords de spécialisation	25
3.5.5	Ententes entre personnes morales affiliées	26
3.6	Commercialisation et ententes de ventes communes	26
3.6.1	Ententes entre concurrents	26
3.6.2	Modalités importantes sur le plan de la concurrence	27
3.6.3	Capacité de vendre indépendamment de l'entente et concurrence indépendante	27
3.6.4	Communication de renseignements délicats sur le plan de la concurrence	28
3.7	Ententes de partage d'information	28
3.7.1	Renseignements délicats sur le plan de la concurrence	29
3.7.2	Actualité de l'information	30
3.7.3	Puissance commerciale	30
3.7.4	Méthode de collecte et de dissémination	30
3.8	Ententes visant la recherche et développement	31
3.8.1	Ententes entre concurrents	31
3.8.2	Ententes prévoyant ou non une exploitation commune	32
3.8.3	Puissance commerciale	32
3.8.4	Restrictions raisonnablement nécessaires	32
3.9	Ententes de coproduction	33
3.9.1	Entente entre concurrents	33
3.9.2	Restrictions à la concurrence	34
3.9.3	Réduction de l'intérêt à faire concurrence ou de la capacité de le faire	34
3.9.4	Puissance commerciale	34
3.10	Ententes d'achats groupés et groupes d'achat	35
3.10.1	Définition du marché d'approvisionnement ou du marché en amont pertinent	35
3.10.2	Pouvoir de monopsonie	36
3.10.3	Probabilité de l'exercice d'un pouvoir de monopsonie	37
3.11	Clauses de non-concurrence	38
■ 4.	EXEMPLES HYPOTHÉTIQUES	39
■ 5.	DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA <i>LOI</i>	50
■ 6.	COMMENT COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA CONCURRENCE	54



I. CADRE D'ANALYSE

I.1 Vue d'ensemble

Cette section des lignes directrices décrit la façon dont le Bureau détermine si une entente ou une collaboration entre concurrents doit être évaluée en vertu de la disposition criminelle sur les complots, de la disposition civile sur les ententes ou d'autres dispositions de la *Loi*. Tel qu'indiqué ci-dessous, l'interdiction criminelle modifiée est réservée aux ententes entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production qui constituent des restrictions pures et simples à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise). D'autres formes de collaboration entre concurrents, comme les coentreprises et les alliances stratégiques, peuvent être susceptibles d'examen en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 qui interdit les ententes uniquement lorsqu'elles auraient probablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

I.2 Distinction entre la disposition civile sur les ententes, la disposition sur les complots et d'autres dispositions de la *Loi*

À titre de première étape, le Bureau détermine si la collaboration entre concurrents doit être examinée en vertu de la disposition sur les complots et de la disposition civile sur les ententes se trouvant respectivement aux articles 45 et 90.1 de la *Loi*, ou si elle doit être évaluée en vertu d'autres dispositions de la *Loi* comme la disposition sur les fusions se trouvant à l'article 92. Le Bureau applique les principes suivants pour en décider.

(a) **Fusions** : L'acquisition ou l'établissement projetés ou réalisés, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion ou par association d'intérêts, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise seront évalués en vertu des dispositions sur les fusions des articles 92 et suivants de la *Loi* et non en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la *Loi* ou de la disposition sur les complots de l'article 45. Les parties à une entente qui ne savent pas si le Bureau évaluera leur entente à titre de fusion ou de collaboration entre concurrents sont invitées à communiquer aussitôt que possible avec le Bureau afin d'en discuter.

(b) **Ententes entre institutions financières fédérales** : Lorsque l'entente a été conclue entre des institutions financières fédérales et est décrite au paragraphe 49(1) de la *Loi*, elle sera examinée en vertu de l'article 49 et non de l'article 45³. Les ententes qui sont visées par le paragraphe 49(1) mais qui sont exemptées par le paragraphe 49(2) ne seront pas évaluées en vertu de l'article 45, mais peuvent être susceptibles d'examen en vertu des dispositions civiles si elles auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Les ententes entre institutions financières fédérales qui ne

3 Voir l'alinéa 45(6)b) de la *Loi*.

sont pas visées par le paragraphe 49(1) peuvent être évaluées en vertu de l'article 45; de même, les ententes entre institutions financières fédérales qui auront vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence peuvent être susceptibles d'examen en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la *Loi*, sous réserve des exceptions applicables, comme l'exception prévue par le paragraphe 90.1(9) pour les ententes à l'égard desquelles le ministre des Finances a délivré un certificat pour des motifs liés à la politique financière.

(c) **Ententes verticales entre fournisseurs et clients** : Les ententes verticales entre fournisseurs et clients seront évaluées en vertu des dispositions traitant des affaires que le Tribunal peut examiner qui se trouvent à la partie VIII de la *Loi*, comme l'article 76 (maintien des prix) ou l'article 79 (abus de position dominante), et non en vertu de la disposition sur les complots de l'article 45. Le Bureau reconnaît que dans certaines circonstances, un fournisseur peut être en concurrence avec un client à l'égard du produit fourni. Comme il en est plus amplement question à la rubrique 2.3.3 des présentes lignes directrices, le Bureau évaluera en général les ententes entre fournisseurs et distributeurs dans le cadre de tels arrangements de distribution mixte à la lumière des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi* et non en vertu de la disposition criminelle de l'article 45 de la *Loi*.

(d) **Truquage d'offres** : Lorsque l'entente entre concurrents est limitée à un « truquage des offres » au sens de l'article 47 de la *Loi*, elle est évaluée en vertu des articles 47 ou 90.1, et non en vertu de l'article 45. En particulier, le Bureau n'évaluera pas en vertu de l'article 45 les ententes entre soumissionnaires visant la présentation ou le retrait d'une offre qui, au moment de la présentation ou du retrait ou auparavant, sont portées à la connaissance de la personne ayant lancé l'appel d'offres ou demandé des soumissions. Le Bureau reconnaît que les soumissionnaires peuvent avoir à former un consortium pour présenter une offre valable à l'égard de certains projets. Cependant, lorsque des ententes en ce sens diminuent sensiblement la concurrence entre soumissionnaires, elles peuvent être évaluées en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*. En outre, lorsqu'une entente comprend d'autres restrictions à la concurrence hormis le truquage des offres qui peuvent contrevenir à la disposition sur les complots de l'article 45 (p. ex., lorsque des concurrents conviennent de truquer des offres et d'attribuer les marchés) ou lorsque le truquage des offres s'inscrit dans un complot plus vaste visant à diminuer la concurrence, l'entente peut être évaluée en vertu soit de l'article 45, soit de l'article 47, soit encore des deux à la fois.

(e) **Abus de position dominante** : En général, le Bureau examinera en vertu de l'article 90.1 les ententes entre concurrents qui ne sont pas des complots au sens de l'article 45 ou des fusions au sens de l'article 91, mais dans certaines circonstances, de telles ententes peuvent aussi être examinées en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante figurant à l'article 79 de la *Loi*. Par exemple, le Bureau peut tenter un recours en vertu de l'article 79 dans le cas d'une entente entre concurrents qui sont, ensemble, dominants, lorsque l'entente a elle-même ou facilite une conduite qui a sur un concurrent un effet négatif tenant de l'éviction, de l'exclusion ou de la mise au pas de

sorte qu'elle a eu, qu'elle a ou qu'elle aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché⁴.

1.3 Choix entre le régime criminel ou civil

Lorsque le Bureau a déterminé qu'une entente doit être évaluée en vertu des articles 45 ou 90.1 plutôt que d'autres dispositions de la *Loi*, il détermine ensuite, à la lumière de tous les faits connus, si la disposition criminelle de l'article 45 ou la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 est applicable à l'entente. Comme la section 2 des présentes lignes directrices l'explique plus amplement, seuls certains types d'accords ou d'arrangements peuvent faire l'objet de poursuites criminelles en vertu de l'article 45 de la *Loi*. Comme l'expliquent plus amplement les présentes lignes directrices, l'interdiction criminelle modifiée vise uniquement les ententes entre concurrents visant à fixer les prix, à attribuer les marchés ou à réduire la production qui constituent des « restrictions pures et simples » à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise). D'autres formes de collaboration entre concurrents, comme les coentreprises et les alliances stratégiques, peuvent être susceptibles d'examen en vertu d'une disposition civile sur les ententes qui interdit les ententes uniquement lorsqu'elles auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Une fois que le Bureau a indiqué aux parties que l'entente sera examinée uniquement en vertu de la disposition civile sur les ententes, il ne la soumettra pas au DPP en vue d'une poursuite pour des faits qui sont les mêmes ou essentiellement les mêmes. Le Bureau mettra tout en œuvre afin de décider rapidement de l'article qu'il convient d'appliquer à l'évaluation d'une entente.

Lorsqu'une entente correspond à une des catégories visées par l'interdiction du paragraphe 45(1), le Bureau déterminera si la défense fondée sur les restrictions accessoires ou toute autre défense prévue par les paragraphes 45(5) ou 45(6) peut s'appliquer. Comme l'explique la section 2 des présentes lignes directrices, les ententes qui sont directement liées à une entente plus large et qui sont raisonnablement nécessaires à la réalisation de cette entente, peuvent être exonérées en vertu de la défense fondée sur les restrictions accessoires.

Lorsque le Bureau détermine qu'il existe une preuve suffisante pour démontrer qu'une entente est une restriction accessoire aux fins du paragraphe 45(4), le commissaire ne renverra pas l'affaire au DPP en recommandant une poursuite en vertu de l'article 45, mais peut intenter un recours à l'égard de l'entente en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 s'il juge que l'entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

4 De plus amples renseignements sur la politique du Bureau en matière d'application de la loi à l'égard de l'abus de position dominante se trouvent dans le document du Bureau *Ébauche des Lignes directrices révisées sur les dispositions d'abus de position dominante — articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence*, en ligne : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

En s’acquittant de son devoir d’administrer et d’appliquer la *Loi*, le Bureau suit les indications données dans son *Bulletin d’information sur le continuum d’observation de la loi*⁵ (le « continuum de la conformité ») décrivant les principes qu’il applique pour déterminer la méthode opportune face à une éventuelle violation de la *Loi*. Lorsque le commissaire n’a pas renvoyé une affaire au DPP ou déposé une demande auprès du Tribunal, le Bureau peut déterminer qu’il est opportun de régler la question par la voie d’autres instruments de règlement des cas.

Les parties peuvent toujours s’adresser au Bureau pour régler un cas criminel avant qu’il n’ait été renvoyé au DPP en vue d’une poursuite. Dans le contexte criminel toutefois, le DPP est seul habilité à entamer des discussions sur le plaidoyer et la peine avec l’avocat d’une partie inculpée. Les discussions sur la peine peuvent porter sur une ordonnance d’interdiction en vertu de l’article 34 de la *Loi*, en plus ou au lieu d’un plaidoyer de culpabilité, d’une amende et d’une peine de prison. Lorsqu’un cas criminel a été renvoyé au DPP, le commissaire formule souvent des recommandations au sujet de la peine, et les agents du Bureau secondent le DPP dans les discussions sur la peine.

Dans les cas où le Bureau a initialement choisi d’évaluer l’entente en vertu de la disposition criminelle sur les complots, il peut par la suite déterminer que les circonstances justifient d’intenter un recours en vertu de la disposition civile sur les ententes tant que l’affaire n’a pas été renvoyée au DPP en vue d’une poursuite. Lorsque l’affaire a été renvoyée au DPP mais que le DPP choisit de ne pas intenter de poursuite, le Bureau peut choisir de réévaluer la possibilité que l’entente puisse faire l’objet d’un recours en vertu des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi*. Le Bureau n’invoquera jamais la menace d’une poursuite criminelle pour provoquer une entente dans une affaire traitée en vertu du régime civil.

1.4 Dédoublage des procédures

La *Loi* contient divers articles qui empêchent le commissaire et le DPP d’entamer simultanément des procédures en vertu de diverses dispositions de la *Loi*. En particulier, l’article 45.1 énonce ceci :

45.1 Aucune poursuite ne peut être intentée à l’endroit d’une personne en application du paragraphe 45(1) si les faits au soutien de la poursuite sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux allégués au soutien d’une ordonnance à l’endroit de cette personne demandée par le commissaire en vertu des articles 76, 79, 90.1 ou 92.

De même, le paragraphe 90.1(10) prévoit ceci :

90.1 (10) 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 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, 79 ou 92.

5 En ligne : www.bureaudelaconcurrency.gc.ca.

Ainsi, lorsque le commissaire a entamé des procédures devant le Tribunal à l'égard d'une entente en vertu des articles 76, 79, 90.1 ou 92 de la *Loi*, il ne renverra pas ensuite cette même entente au DPP en vue d'une poursuite au titre de l'article 45 sur la foi de faits qui sont les mêmes ou essentiellement les mêmes.

Aux fins de l'article 45.1, le Bureau considère que des procédures ont été entamées devant le Tribunal lorsque le commissaire a déposé à l'égard de l'entente en cause une demande auprès du Tribunal en vertu de la partie VIII de la *Loi*.

De même, lorsque le DPP a entamé à l'égard d'une entente des procédures en vertu de l'article 45, le commissaire n'entamera pas par la suite des procédures devant le Tribunal en vertu des articles 76, 79, 90.1 ou 92 sur la foi de faits qui sont les mêmes ou essentiellement les mêmes. Aux fins du paragraphe 90.1(10), le Bureau considère que des procédures ont été entamées en vertu de l'article 45 au moment du dépôt d'accusations.

Les mêmes principes s'appliquent aux dispositions sur le dédoublement des procédures visant les articles 45 et 90.1 qui se trouvent ailleurs dans la *Loi*⁶.

6 Voir par exemple l'article 45.1, le paragraphe 49(4) et l'article 98.



2. L'INTERDICTION CRIMINELLE

2.1 Vue d'ensemble

L'article 45⁷ décrit des catégories d'accords qui ont une telle probabilité de nuire à la concurrence sans apporter d'effets proconcurrentiels qu'ils méritent d'entraîner des poursuites même sans enquête détaillée sur leurs effets réels pour la concurrence. Sont concernées les ententes entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production qui constituent des « restrictions pures et simples » à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise). Les accords relevant des catégories décrites au paragraphe 45(1) sont illégaux en soi⁸ et conduisent à d'importantes sanctions criminelles. D'autres formes de collaboration entre concurrents, comme les coentreprises et les alliances stratégiques, peuvent être susceptibles d'examen en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1, qui interdit les ententes uniquement lorsqu'elles auraient probablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le paragraphe 45(1) se lit comme suit :

45. (1) Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, conclut un accord ou un arrangement :

- a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture d'un produit;
- b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;
- c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

La présente section des lignes directrices décrit la façon dont le Bureau évalue chacun des éléments de l'article 45 de la *Loi*. Elle aborde aussi les défenses ou exceptions qui peuvent être pertinentes.

2.2 Complot, accord ou arrangement

Le paragraphe 45(1) s'applique aux accords, arrangements ou complots entre concurrents ou concurrents potentiels à l'égard d'un produit⁹ en vue de fixer les prix, attribuer les marchés ou limiter la production de ce produit.

7 Une fois entrée en vigueur, le 12 mars 2010, cette disposition s'appliquera aux ententes existant à cette date et aux ententes conclues après cette date.

8 C'est-à-dire que le comportement est considéré comme illégal même en l'absence de preuve d'effets anticoncurrentiels.

9 Aux fins de la *Loi*, un produit peut être un article ou un service.

Pour déterminer s'il existe une entente¹⁰, le Bureau évaluera si les parties à l'entente présumée ont ou non abouti à une volonté commune, explicite ou implicite, visant un comportement décrit au paragraphe 45(1). Ce paragraphe s'applique à toutes les formes d'ententes entre concurrents, peu importe dans quelle mesure elles ont été officialisées, qu'elles soient ou non exécutoires et qu'elles aient ou non été mises en œuvre. De fait, les ententes entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer les marchés et réduire la production sont souvent dissimulées et non consignées par écrit. Cependant, le simple fait qu'une entente soit déclarée plutôt que dissimulée ne la soustrait pas à l'application de l'article 45.

Une entente peut être démontrée par une preuve directe que les accusés ont conclu une entente, ou par déduction à la lumière d'un comportement ou d'autres faits. À cet égard, le paragraphe 45(3) de la *Loi* prévoit expressément que dans une poursuite intentée en vertu du paragraphe 45(1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties à l'entente. Dans tous les cas, l'existence d'une entente doit être établie hors de tout doute raisonnable.

La participation à quelque moment que ce soit à une entente décrite au paragraphe 45(1) suffit à établir l'infraction. En outre, pour établir l'infraction de complot, nul n'est besoin de démontrer que l'objet du complot a de fait été exécuté ou qu'il a été fait suite au complot. L'infraction est établie dès qu'il y a eu entente entre concurrents en vue de se livrer à un comportement décrit au paragraphe 45(1), et est une infraction continue tant que dure le complot¹¹. De même, il n'est pas nécessaire de prouver que chaque partie a posé des gestes pendant la période du complot; il suffit de démontrer que la personne ou l'entreprise était partie au complot à quelque moment que se soit pendant la période pertinente.

Le Bureau ne considère pas que le simple fait d'adopter indépendamment un comportement commun en connaissant la réaction probable des concurrents ou en réponse au comportement des concurrents, qu'on appelle communément « parallélisme conscient », suffit à établir qu'il y a eu entente au sens du paragraphe 45(1). Cependant, lorsqu'il est combiné à des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou des activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix, le comportement parallèle peut suffire à prouver qu'une entente a été conclue entre les parties.

¹⁰ Il est entendu que le terme « entente » englobe les arrangements et les complots.

¹¹ Voir par exemple *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et autres c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644.

2.3 Définition de concurrent

2.3.1 Concurrents au sens général

L'article 45 interdit certaines ententes entre parties qui sont des concurrents ou des concurrents potentiels à l'égard des produits visés par l'entente. En conséquence, le fait que des parties se fassent ou se feront probablement concurrence uniquement à l'égard de produits qui ne sont pas visés par l'entente ne suffit pas à établir qu'elles sont des concurrents aux fins de l'article 45. Pour être considérées comme des concurrents aux fins de l'article 45, il faut que les parties se fassent concurrence ou qu'il soit probable qu'elles se feront concurrence à l'égard des produits qui font l'objet de l'entente mise en cause en vertu de l'article 45. Il est entendu, sauf indication contraire dans les présentes lignes directrices, que le terme « concurrents » s'entend aussi de concurrents potentiels.

Comme il en est question plus loin, l'article 45 ne s'applique pas aux ententes conclues uniquement entre personnes morales affiliées. Cependant, une entente conclue par exemple entre un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une personne morale et un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une personne morale concurrente est considérée comme une entente entre concurrents aux fins de l'article 45. Le cas échéant, les employés qui ont conclu l'entente peuvent être personnellement poursuivis en vertu de l'article 45. En outre, des personnes morales peuvent être poursuivies par suite d'une entente conclue entre leurs employés ou autres agents respectifs¹².

Lorsqu'une entente intervient entre des parties qui sont des concurrents et des parties qui ne le sont pas, le fait que certaines parties ne soient pas des concurrents ne met pas les parties qui sont des concurrents à l'abri d'une poursuite en vertu de l'article 45. Les parties qui ne sont pas des concurrents peuvent aussi faire l'objet d'une poursuite en vertu de l'article 45, par le biais des dispositions de l'article 21 du *Code criminel* (le « Code ») visant le fait d'aider et d'encourager, ou de l'article 22 visant le fait de conseiller, lorsque les conditions prévues par ces articles sont réunies¹³.

Des ententes entre membres d'une association commerciale ou autre association industrielle peuvent aussi constituer des ententes entre concurrents aux fins de l'article 45. Le Bureau considère les règles, politiques, règlements ou autres mesures prises et appliquées par une association avec l'approbation de membres qui sont concurrents entre eux comme des ententes entre concurrents aux fins de l'article 45. Une association commerciale peut être

12 Voir les articles 22.1 et 22.2 du *Code criminel*. En l'occurrence, la personne morale serait considérée comme partie à l'infraction et serait assujettie aux mêmes sanctions pécuniaires que les employés ou autres agents qui ont commis l'infraction.

13 Selon l'article 21 du *Code*, une personne qui accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider une autre personne à commettre une infraction peut être considérée comme un participant à l'infraction. De même, une personne qui encourage une autre personne à commettre une infraction peut être considérée comme un participant à l'infraction. En tant que partie à l'infraction, la personne serait assujettie aux mêmes pénalités (y compris une prison ou une peine d'emprisonnement) que la personne qui commet l'infraction.

considérée comme une partie principale à une infraction en vertu de l'article 45, ou peut faire l'objet d'une poursuite au titre des dispositions sur l'aide et l'encouragement figurant à l'article 21 du Code.

Pour déterminer si des parties à une entente sont des concurrents aux fins de l'article 45, le Bureau peut ne pas s'attacher à définir le marché pertinent de façon détaillée, c'est-à-dire à établir et prouver de façon complète la nature et l'étendue du marché pertinent et les parties qui y sont des participants. Cependant, le Bureau pourrait néanmoins chercher à recueillir de l'information relative au marché afin de mieux saisir, entre autres choses, le contexte du marché. Si les parties offrent ou, en l'absence de l'entente, envisagent d'offrir les mêmes biens ou services ou des biens ou services par ailleurs concurrents dans les mêmes régions ou des régions par ailleurs concurrentes, le Bureau tirera en général la conclusion que les parties sont en concurrence entre elles dans l'offre de tels biens ou services.

2.3.2 Concurrents potentiels

Tel qu'indiqué plus haut, l'article 45 s'applique aux ententes entre parties qui sont des concurrents potentiels. Par conséquent, le fait que des parties ne soient pas en concurrence directe au moment de la conclusion de l'entente ou pendant la durée de l'entente ne suffit pas en soi à échapper à toute responsabilité en vertu de l'article 45. La définition de concurrent donnée au paragraphe 45(8) englobe des entreprises qui se feraient vraisemblablement concurrence en l'absence de l'entente en cause.

Comme dans le cas des concurrents réels, la conclusion que des parties se feraient vraisemblablement concurrence n'exige pas une analyse approfondie du marché. Plutôt, afin de déterminer si des parties sont des concurrents potentiels, le Bureau tient compte des éléments de preuve indiquant que les parties à une entente prévoyaient offrir ou offriraient vraisemblablement les mêmes produits ou services ou des produits ou services par ailleurs concurrents dans la même région ou des régions par ailleurs concurrentes. En examinant cette question, le Bureau tient compte de tout élément de preuve pertinent, y compris des plans d'entreprise ou plans stratégiques dressés dans le cours normal des activités, de la promotion commerciale et des communications avec les clients potentiels ainsi que des indications d'une concurrence réelle à l'égard de clients semblables dans des régions voisines ou à l'égard de produits semblables. Le Bureau étudie cette question en tenant compte des périodes précédant et suivant la mise en œuvre de l'entente.

2.3.3 Arrangements de distribution mixte et accords de franchise

Le Bureau ne considère pas que le fournisseur d'un client est un concurrent de ce client à l'égard du produit fourni. Par exemple, le Bureau n'examinera pas en vertu de l'article 45 une entente selon laquelle un fournisseur et un client conviennent du prix auquel le client achètera le produit du fournisseur.

Le Bureau reconnaît que dans certains cas toutefois, un fournisseur peut en réalité faire concurrence à un client à l'égard du produit qu'il lui fournit. Par exemple, un fournisseur peut

vendre des produits à un distributeur pour qu'il les revende dans le marché, tout en choisissant de vendre aussi lui-même ces produits directement dans le marché. De tels arrangements entre fournisseur et distributeur peuvent prendre la forme d'accords entre mandant et mandataire.

Il peut être difficile de faire la distinction entre une restriction horizontale et verticale dans un contexte de distribution mixte où le fabricant ou un autre fournisseur fait concurrence sur le marché à ses distributeurs non affiliés. Comme de telles ententes peuvent ainsi être proconcurrentielles, elles n'ont pas à être condamnées sans une enquête sur leurs effets réels sur la concurrence. De fait, la situation du distributeur comme concurrent du fournisseur peut seulement se présenter par suite de l'arrangement de distribution mixte. En conséquence, le Bureau évaluera les ententes entre fournisseurs et distributeurs dans le cadre d'arrangements de distribution mixte à la lumière des dispositions civiles se trouvant à la partie VIII de la *Loi*, et non à la lumière de la disposition criminelle sur les complots de l'article 45 de la *Loi*. Cependant, la simple existence d'un arrangement de distribution mixte entre deux parties n'exclut pas la possibilité que des ententes entre ces parties en vue de fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production de produits qui ne sont pas fournis dans le cadre de l'arrangement de distribution mixte puissent être soumises à l'article 45. De plus, le Bureau peut appliquer l'article 45 lorsque l'entente est en fait une entente entre fournisseurs ou une entente entre distributeurs en vue de limiter la concurrence entre eux en tant que concurrents, par exemple en attribuant les marchés ou en fixant les prix.

Le Bureau appliquera ces mêmes principes à son évaluation des contrats de franchise. Ainsi, le Bureau examinera les ententes entre franchiseurs et franchisés qui attribuent les marchés ou les clients pour les activités du franchisé — par exemple lorsque l'entente de franchise attribue aux franchisés un territoire de vente autorisé — à la lumière des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi* et non de la disposition criminelle sur les complots de l'article 45 de la *Loi*. Le Bureau ne considère pas de telles ententes verticales comme des ententes entre concurrents pour l'application de l'article 45. Encore une fois, il faut tenir compte des exceptions décrites ci-dessus, par exemple s'il s'agit d'une entente qui est en fait une entente entre les franchisés visant à limiter la concurrence entre eux.

2.4 Types d'ententes interdites

De façon générale, l'article 45 interdit les ententes entre concurrents ou concurrents potentiels en vue de fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production qui constituent des « restrictions pures et simples » à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise). La démarche qu'emprunte le Bureau pour déterminer si une entente correspond à une de ces catégories est décrite ci-dessous.

2.4.1 Ententes sur la fixation des prix

L'alinéa 45(1)a) de la *Loi* interdit les ententes entre concurrents à l'égard d'un produit qui visent à « fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit ». Par ailleurs,

le paragraphe 45(8) définit le « prix » comme s'entendant notamment de « tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit ». L'effet combiné de ces dispositions est d'interdire les ententes entre concurrents en vue de fixer ou contrôler le prix ou un élément du prix pratiqué par ces concurrents. Le Bureau considère que sont touchées les ententes visant à fixer les prix à un niveau prédéterminé, à supprimer ou réduire des rabais, à augmenter les prix, à réduire le taux ou le montant dont les prix sont baissés, à supprimer ou réduire les remises promotionnelles et à supprimer ou réduire les concessions de prix ou autres avantages liés aux prix proposés aux clients. Pour que l'alinéa 45(1)a) s'applique, il n'est pas nécessaire que l'entente établisse un prix précis à l'égard du produit en cause; plutôt, cette disposition interdit aussi les ententes entre concurrents sur les méthodes d'établissement des prix ou autres formes indirectes d'entente visant à fixer ou augmenter le prix payé par les clients. De telles ententes sur la fixation des prix peuvent comprendre des ententes entre concurrents sur l'utilisation d'une liste de prix commune dans leurs négociations avec les clients, des ententes sur des différences de prix précises entre différentes qualités de produits, des ententes sur l'application d'une formule d'établissement des prix ou d'une échelle de prix et des ententes de ne pas vendre les produits à un prix inférieur au coût. En outre, le Bureau considère que l'alinéa 45(1)a) s'applique aux ententes entre concurrents visant un élément du prix, comme des frais supplémentaires ou les modalités de paiement.

Selon l'interprétation qu'en fait le Bureau, l'alinéa 45(1)a) n'interdit pas les ententes uniquement au titre qu'elles ont pour effet d'augmenter les prix pratiqués par des concurrents. Par exemple, une entente entre concurrents visant à mettre en œuvre certaines mesures de protection de l'environnement ou une nouvelle norme de l'industrie peut faire augmenter les coûts de production d'un produit et entraîner une augmentation des prix. Cependant, le Bureau ne considère pas que de telles initiatives en soi constituent des ententes visant à fixer ou augmenter les prix. Même si de tels arrangements sont considérés comme des ententes visant à fixer ou augmenter les prix, ils peuvent être visés par la défense fondée sur les restrictions accessoires dont il est question plus bas.

L'interdiction prévue par l'alinéa 45(1)a) s'applique au prix de la **fourniture** d'un produit et non au prix de l'**achat** d'un produit. Ainsi, des ententes d'achats groupés — même entre entreprises qui sont des concurrents à l'égard de l'achat des produits — ne sont pas interdites par l'article 45; elles peuvent toutefois entraîner un recours en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 lorsqu'elles auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Le Bureau reconnaît que les petites et moyennes entreprises concluent souvent des ententes d'achats groupés pour obtenir des escomptes semblables à ceux de concurrents de plus grande taille. Comme de telles ententes peuvent ainsi être proconcurrentielles, elles n'ont pas à être condamnées sans une enquête approfondie sur leurs effets réels sur la concurrence; à ce titre, elles devraient être assujetties à un examen uniquement en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1.

Par contre, certaines ententes de **ventes** communes peuvent enfreindre l'alinéa 45(1)a) de la *Loi*. En particulier, une entente de ventes communes qui est essentiellement une simple entente entre concurrents en vue de fixer les prix sera évaluée par le Bureau en vertu de l'alinéa 45(1)a).

Une entente de ventes communes qui limite l'offre de produits concurrents à certains territoires ou clients peut aussi contrevenir aux interdictions prévues par les alinéas 45(1)*b*) et *c*) ayant trait à l'attribution des marchés et à la limitation de la production. De la même façon, certaines autres formes d'ententes entre concurrents en matière de commercialisation peuvent aussi contrevenir au paragraphe 45(1) de la *Loi*. Pour de plus amples détails sur la façon dont le Bureau évalue les ententes de commercialisation et les ententes de ventes communes, voir la rubrique 3.6 des présentes lignes directrices.

2.4.2 Ententes sur l'attribution des marchés

L'alinéa 45(1)*b*) de la *Loi* interdit les ententes entre concurrents à l'égard d'un produit visant à « attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit ». Cette disposition interdit toutes les formes d'ententes d'attribution des marchés entre concurrents, y compris les ententes entre concurrents de ne pas se livrer concurrence à l'égard de clients précis, de groupes de clients ou de types de clients, dans certaines régions ou segments du marché ou à l'égard de certains types de transactions ou de produits. L'interdiction de l'alinéa 45(1)*b*) s'applique aux ententes de non-concurrence à l'égard de ventes directes aux distributeurs, revendeurs ou clients ainsi qu'aux ententes conclues par les fournisseurs de ne pas se faire concurrence à l'égard des ventes indirectes effectuées par le biais de distributeurs ou revendeurs. Cette disposition interdit les ententes d'attribution des marchés entre concurrents réels et potentiels.

Comme on l'a vu plus haut, le Bureau ne considère pas que les fournisseurs d'un client sont des concurrents de ce client à l'égard du produit fourni. Par exemple, ainsi qu'il en est question à la rubrique 2.3.3 des présentes lignes directrices, le Bureau n'appliquerait normalement pas l'alinéa 45(1)*b*) aux ententes qui attribuent les marchés pour la revente de produits fournis par un fournisseur à un client, même si le fournisseur fait aussi concurrence au client à l'égard de la vente de ce produit. Plutôt, le Bureau évalue de telles ententes de distribution mixte à la lumière des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi*.

2.4.3 Ententes de restriction de la production

L'alinéa 45(1)*c*) de la *Loi* interdit les ententes entre concurrents à l'égard d'un produit qui visent à « fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit ». Cette disposition interdit toutes les formes d'ententes de restriction de la production entre concurrents, y compris les ententes entre concurrents en vue de limiter la quantité ou la qualité de produits fournis, de réduire la quantité ou la qualité de produits fournis à des clients ou des groupes de clients précis, de limiter les augmentations de la quantité de produits à une quantité donnée ou de discontinuer la fourniture des produits à des clients ou des groupes de clients précis. L'interdiction de l'alinéa 45(1)*c*) s'applique aux ententes visant à limiter la fourniture ou la production d'un produit. Ainsi, les ententes entre concurrents visant à imposer des quotas de production, à fermer des usines de façon permanente ou temporaire, à réduire la qualité de composantes utilisées dans un produit ou à réduire par ailleurs la quantité ou la qualité d'articles qui sont produits peuvent contrevenir à l'alinéa 45(1)*c*).

2.5 Défense fondée sur les restrictions accessoires

Le paragraphe 45(4) prévoit une défense fondée sur les restrictions accessoires. Le Bureau reconnaît que certaines collaborations ou transactions commerciales exigent des restrictions explicites pour qu'elles soient efficaces, voire possibles. Par exemple, une ou plusieurs parties à une coentreprise ou un accord de licence peut refuser de participer à un tel arrangement s'il n'y a pas une certaine restriction explicite à l'égard de la concurrence. De même, les parties peuvent être réticentes à investir dans la mise au point d'un produit en commun si une des parties peut faire concurrence à la coentreprise de façon indépendante. Même si de telles restrictions accessoires peuvent relever du genre de comportement décrit au paragraphe 45(1), il est plus opportun de les examiner en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la *Loi*. Comme il en est question ailleurs dans ces lignes directrices, l'interdiction criminelle prévue à l'article 45 est réservée aux ententes entre concurrents en vue de fixer les prix, attribuer les marchés ou limiter la production qui constituent des « restrictions pures et simples » à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise).

Aux fins du paragraphe 45(4), une restriction accessoire est une entente ou une disposition d'une entente qui contrevient aux interdictions du paragraphe 45(1), mais qui est directement liée à un accord licite plus large et est raisonnablement nécessaire à sa réalisation. Par exemple en général, le Bureau n'évaluera pas les types suivants de restrictions accessoires en vertu de la disposition criminelle de l'article 45 de la *Loi* même si (comme il en est question ci-dessus) elles peuvent être susceptibles d'examen en vertu des dispositions civiles de la *Loi* :

- (a) une clause de non-concurrence se trouvant dans une entente d'emploi ou une entente visant la vente, entre les parties, d'éléments d'actifs ou d'actions;
- (b) une entente selon laquelle des concurrents pratiqueront un prix commun dans le cadre d'un accord de licence générale portant sur des œuvres artistiques;
- (c) une entente selon laquelle les parties s'abstiendront d'apporter des changements importants à une entreprise avant la réalisation d'une fusion;
- (d) une entente de non-concurrence entre une coentreprise et les entreprises qui l'ont créée, lorsqu'elle concerne uniquement les produits, les services et les territoires visés par l'entente de coentreprise.

La défense fondée sur les restrictions accessoires peut être invoquée lorsque :

- (a) la restriction est accessoire à une entente plus large ou distincte entre les mêmes parties;
- (b) la restriction est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte évoquée ci-dessus en (a) et est raisonnablement nécessaire à sa réalisation;

(c) l'entente plus large ou distincte évoquée plus haut en (a), considérée indépendamment de la restriction, ne contrevient pas au paragraphe 45(1).

Chacun des éléments de la défense fondée sur les restrictions accessoires est abordé ci-après.

2.5.1 Fardeau

Il incombe à la Couronne d'établir hors de tout doute raisonnable que la restriction contrevient aux interdictions du paragraphe 45(1) (p. ex., la restriction est une entente ou une disposition au sein d'une entente entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production). Les parties à l'entente doivent établir selon la prépondérance des probabilités les premier et deuxième éléments de la défense : que la restriction mise en cause est accessoire à une entente plus large ou distincte et que la restriction est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif. Il est de mise que les parties aient à établir ces éléments puisqu'une grande partie de l'information pertinente est en leur possession. En outre, si les parties avaient seulement à soulever un doute raisonnable quant à l'existence de ces éléments de la défense, des cartels pourraient trop aisément échapper aux sanctions, et l'efficacité de l'article 45 de la *Loi* serait excessivement compromise, aux dépens de l'intérêt public.

2.5.2 Accessoire à une entente plus large ou distincte

Pour que la défense prévue par le paragraphe 45(4) puisse être invoquée, la restriction mise en cause doit être « accessoire » à une entente plus large ou distincte qui inclut les mêmes parties. Le Bureau considère que le terme « accessoire » signifie que la restriction soit fait partie d'une entente, soit relève d'une entente distincte qui est fonctionnellement accessoire ou subordonnée à l'objectif d'une entente plus large. Le Bureau fait la distinction entre des restrictions accessoires (qui sont véritablement subordonnées et accessoires à une entente plus large) et des « restrictions pures et simples » (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise). En tranchant la question, le Bureau tient compte des conditions de l'entente, de la forme de l'entente (le Bureau prévoit que les restrictions accessoires seront habituellement consignées par écrit dans le cadre d'ententes formelles), de la relation fonctionnelle — ou de l'absence de relation fonctionnelle — entre la restriction et l'entente principale ainsi que de la façon dont la restriction augmente l'efficacité de l'entente principale au regard de son objet. En somme, pour invoquer la défense, les parties à l'entente doivent établir que la restriction mise en cause ne constitue pas l'objet de leur coopération, mais plutôt un aspect qui est fonctionnellement accessoire et subordonné à l'objet ou à la finalité de leur collaboration.

Comme on l'a vu plus haut, la restriction accessoire peut relever d'une disposition d'une entente plus large. Par exemple, la restriction accessoire peut être une clause de non-concurrence se trouvant dans un article d'une entente plus large. La restriction accessoire peut aussi relever d'une entente distincte qui est accessoire à une entente plus large. Par exemple, au lieu de prévoir une clause de non-concurrence dans une entente, les parties

peuvent conclure séparément une entente de non-concurrence. Les deux types de restrictions accessoires peuvent bénéficier de la défense prévue par le paragraphe 45(4) pourvu que les autres conditions soient réunies.

La défense prévue par le paragraphe 45(4) n'exige pas que les parties à la restriction mise en cause et à l'entente plus large ou distincte soient identiques. Cependant, l'entente plus large ou distincte doit inclure toutes les parties à l'entente contenant la restriction accessoire. Par exemple, la défense reste accessible lorsque les parties à une entente de non-concurrence constituent un sous-ensemble des parties à une entente distincte de coentreprise ou de commercialisation en commun.

2.5.3 Directement liée à un objectif plus large et raisonnablement nécessaire à sa réalisation

La restriction contestée doit être directement liée à l'objectif de l'entente plus large. Pour qu'une restriction soit directement liée, il ne suffit pas d'affirmer que les participants n'auraient pas conclu l'entente plus large en l'absence de la restriction en cause. Il ne suffit pas non plus de démontrer que la restriction accessoire a été convenue par les parties dans le même contexte et au même moment que l'entente plus large. Plutôt, les parties doivent établir que la restriction visait à promouvoir ou faciliter un objectif de l'entente plus large.

Le paragraphe 45(4) de la *Loi* n'exige en rien que la restriction mise en cause soit l'option la **moins** restrictive. En conséquence, pour déterminer si une restriction mise en cause est raisonnablement nécessaire, le Bureau ne remettra pas en question le choix des parties eu égard à quelque autre option qui aurait été moins restrictive de façon peu importante. Ainsi le Bureau n'examinera pas des options théoriquement moins restrictives qui seraient moins pratiques dans les circonstances. Néanmoins, la disposition sur les restrictions accessoires exige que les restrictions soient « directement liées » et « raisonnablement nécessaires » pour réaliser l'objectif d'une entente plus large. À moins qu'il n'y ait des options sensiblement moins restrictives qui permettraient de réaliser l'objectif de l'entente plus large, le Bureau tirerait probablement la conclusion que la restriction est raisonnablement nécessaire. Dans un cas où des options sensiblement moins restrictives s'offrent aux parties, les parties doivent démontrer que ces autres options étaient inadéquates ou irréalistes, ou n'auraient pas permis aux parties de réaliser l'objectif de l'entente. Si les parties pouvaient conclure une entente équivalente ou comparable en recourant à des moyens pratiques sensiblement moins restrictifs qui leur étaient raisonnablement accessibles au moment où l'entente a été conclue, le Bureau jugera que la restriction n'était pas raisonnablement nécessaire. En examinant cette question, le Bureau considérera également la durée de la restriction accessoire, l'objet de la restriction (c.-à-d., si elle s'applique ou non à des produits non visés par la collaboration) et la portée géographique de la restriction, pour déterminer si elle est raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif d'une entente plus large, comme le veut la défense fondée sur les restrictions accessoires.

Par exemple, le Bureau voudra déterminer si en l'absence de la restriction, la collaboration serait probablement mise en œuvre. À cette fin, le Bureau voudra déterminer si en l'absence de la restriction, l'entente pouvait seulement être mise en œuvre dans un contexte sensiblement

plus incertain, à un coût sensiblement plus élevé ou sur une période sensiblement plus longue. À ce sujet, le Bureau tiendra compte, entre autres, des observations que lui présenteront les parties, des éléments de preuve issus de l'évaluation et de la négociation de l'entente démontrant les objectifs de l'entente ainsi que de toute indication sur les options envisagées par les parties lors de la négociation de l'entente.

2.5.4 Légalité de l'entente principale

Pour que la défense puisse être invoquée, l'entente plus large ou distincte à laquelle la restriction est accessoire ne doit pas contrevenir à l'article 45 de la *Loi*. En d'autres termes, si la restriction accessoire en cause fait simplement partie d'un cartel visant la fixation des prix, l'attribution des marchés ou la restriction de la production, la défense ne peut pas être invoquée.

2.6 Autres moyens de défense

Outre la défense fondée sur les restrictions accessoires, divers autres moyens de défense ou exceptions sont prévus par la *Loi* et d'autres lois. Les exceptions prévues par l'article 45 sont examinées ci-dessous.

2.6.1 Ententes entre personnes morales affiliées

L'alinéa 45(6)a) prévoit une exception pour les ententes convenues uniquement entre personnes morales qui sont affiliées. La définition de personnes morales affiliées est donnée au paragraphe 2(2) de la *Loi* et est reproduite à la section 5 des présentes lignes directrices. Les parties devraient noter que cette exception s'applique uniquement à des personnes morales et non à des partenariats, fiducies ou autres entités non dotées de la personnalité morale ou à des particuliers; le Bureau examinera toutefois la nature des instances de contrôle ou autres liens que peuvent partager les parties pour déterminer s'il y a lieu de renvoyer l'entente en vue d'une poursuite. Enfin, pour que l'exception s'applique, toutes les parties à l'entente doivent être des personnes morales affiliées; ainsi, une entente entre des personnes morales affiliées et non affiliées peut faire l'objet d'une poursuite en vertu du paragraphe 45(1).

2.6.2 Institutions financières fédérales

Comme l'indique la rubrique 1.2.2 des présentes lignes directrices, lorsqu'une entente a été conclue entre des institutions financières fédérales au sens du paragraphe 49(1) de la *Loi*, l'entente sera évaluée en vertu de l'article 49 de la *Loi*, et non de l'article 45. Sous réserve de l'exception prévue au paragraphe 90.1(9) pour les ententes à l'égard desquelles le ministre des Finances a délivré un certificat, les ententes entre institutions financières fédérales qui auront vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence peuvent aussi être examinées en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la *Loi*.

2.6.3 Ententes d'exportation

Le paragraphe 45(5) de la *Loi* prévoit une exception conditionnelle ou limitée pour les ententes entre concurrents qui se rattachent exclusivement à l'exportation de produits du Canada.

Comme dans le cas des anciennes dispositions qui se trouvaient dans le paragraphe 45(5) avant les modifications de 2009 et des dispositions semblables existant dans d'autres régimes, la défense fondée sur les ententes d'exportation est destinée à favoriser les exportations en facilitant les ententes entre concurrents visant l'exportation. Pour que cette défense puisse être invoquée, l'entente doit porter uniquement sur l'exportation de produits depuis le Canada et non, par exemple, sur la fourniture de produits à des marchés canadiens. En outre, en vertu du paragraphe 45(5), la défense fondée sur les ententes d'exportation ne pourra pas être invoquée lorsque l'entente :

- (a) a eu pour résultat ou aura vraisemblablement pour résultat de réduire ou de limiter la valeur réelle des exportations d'un produit;
- (b) a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;
- (c) ne vise que la fourniture de services favorisant l'exportation de produits du Canada.

Il faut noter qu'une entente d'exportation à l'égard de laquelle la défense du paragraphe 45(5) est invoquée peut faire l'objet d'une poursuite ou d'autres recours dans les ressorts où les produits sont exportés en vertu de l'entente. En outre, lorsque l'entente d'exportation aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence au Canada, le commissaire peut entamer un recours à l'endroit de l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*. Voir la rubrique 3.5.3 des présentes lignes directrices au sujet de la défense fondée sur les ententes d'exportation dans les procédures entamées en vertu de l'article 90.1.

2.6.4 Conduite réglementée

Comme l'indique le *Bulletin technique sur les activités réglementées*¹⁴, le Bureau reconnaît que la théorie de l'activité réglementée peut être pertinente à l'application de la *Loi*, y compris de sa disposition sur les complots figurant à l'article 45, en ce qui concerne une activité qui est réglementée par une autre loi ou un autre régime fédéral, provincial ou municipal. La théorie de l'activité réglementée peut dispenser un accord de l'application de la *Loi*. Le paragraphe 45(7) prévoit que la théorie de l'activité réglementée continuera de s'appliquer à l'article 45 modifié de la même façon qu'avant les modifications de 2009. Le Bureau continuera donc d'appliquer la démarche décrite dans le *Bulletin technique sur les activités réglementées* dans le cas d'affaires examinées en vertu de l'article 45 de la *Loi*¹⁵.

14 En ligne : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

15 À la suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, certains commentateurs se sont inquiétés du fait que la suppression du mot « indument » de l'article 45 empêcherait l'invocation de la théorie de l'activité réglementée en cas de poursuite en vertu de l'article 45. Selon le paragraphe 45(7), ni la suppression du mot « indument » de l'article 45 de la *Loi* ni les autres changements effectués par les modifications de 2009 à la *Loi* ne changent la possibilité d'invoquer la théorie de l'activité réglementée.

2.6.5 Accords de spécialisation

En vertu de l'article 90 de la *Loi*, les articles 45 et 90.1 de la *Loi* ne s'appliquent pas à l'égard d'accords de spécialisation inscrits au sens de l'article 85 de la *Loi*.

2.7 Mesures correctives

Un éventail de mesures correctives est prévu face aux violations de la disposition sur les complots. Si le commissaire estime qu'une infraction a été commise, les éléments de preuve peuvent être transmis au DPP en même temps qu'une recommandation visant le dépôt d'accusations criminelles. Le DPP décide ensuite si une poursuite est indiquée au nom de l'intérêt public, en tenant compte des critères énoncés dans le *Guide du Service fédéral des poursuites*¹⁶.

Une personne déclarée coupable d'une infraction en vertu du paragraphe 45(1) est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de 14 ans et d'une amende maximale de 25 millions de dollars ou de l'une de ces peines. En cas de déclaration de culpabilité, outre une amende ou une peine d'emprisonnement, le Bureau recommandera habituellement que le DPP envisage de demander aux tribunaux, en vertu du paragraphe 34(1) de la *Loi*, une ordonnance interdisant tout comportement qui constitue une infraction ou tend à la perpétration d'une infraction. De telles ordonnances d'interdiction peuvent viser une période maximale de 10 ans et peuvent comprendre des conditions comportant une obligation de faire ou de prendre des mesures positives en vue d'assurer la conformité à la loi. Les entreprises et les particuliers peuvent faire l'objet d'une ordonnance d'interdiction en vertu du paragraphe 34(1).

Le Bureau examinera l'opportunité de recourir à d'autres instruments de règlement des cas uniquement lorsque, entre autres conditions, le préjudice économique réel ou potentiel est minimal, il n'y a pas de circonstances aggravantes et il y a d'importantes circonstances atténuantes.

Le recours aux autres instruments de règlement des cas peut prendre la forme de l'envoi d'une lettre d'avertissement, l'obtention d'un engagement ou la demande d'une ordonnance d'interdiction. Selon le paragraphe 34(2) de la *Loi*, un tribunal peut rendre une ordonnance d'interdiction sans qu'il y ait déclaration de culpabilité, s'il lui apparaît qu'une personne a accompli, est sur le point d'accomplir ou accomplira vraisemblablement un acte ou une chose constituant une infraction ou tendant à la perpétration d'une infraction. Les entreprises et les particuliers peuvent être visés par une ordonnance en vertu du paragraphe 34(2).

Dans une situation d'urgence, le DPP peut en vertu de l'article 33 demander une injonction provisoire interdisant un comportement qui constitue une infraction ou qui tend à la perpétration d'une infraction, en attendant que des procédures soient engagées ou achevées en vertu du paragraphe 34(2).

¹⁶ Voir le *Guide du Service fédéral des poursuites*, en ligne : www.sppc-ppsc.gc.ca (Service des poursuites pénales du Canada).

L'article 36 de la *Loi* prévoit un droit aux recours privés pour le recouvrement de dommages-intérêts. Ce recours est possible à l'égard d'une violation des dispositions criminelles de la *Loi*, ou d'un défaut d'obtempérer à une ordonnance du Tribunal ou une ordonnance d'interdiction rendue par un tribunal. Dans les poursuites intentées en vertu de cette disposition, le recouvrement peut être d'un montant égal à la perte ou aux dommages subis par le plaignant.

2.8 Programmes d'immunité et de clémence

Les entreprises ou les personnes qui participent à des activités susceptibles de violer les dispositions criminelles de la *Loi* peuvent dans certains cas s'adresser au Bureau et demander l'immunité contre des poursuites en échange d'une coopération à l'enquête du Bureau et à toute poursuite en découlant. Dans le cadre du Programme d'immunité du Bureau, le commissaire recommande au DPP d'octroyer l'immunité à la première partie qui la demande et qui satisfait aux critères prévus¹⁷. Cependant, il revient au DPP d'accepter ou non la recommandation du commissaire.

L'immunité contre des poursuites peut seulement être octroyée à la première partie à l'infraction qui la demande. Les autres parties à demander l'immunité peuvent seulement obtenir d'autres formes de clémence de la part du DPP, comme des recommandations aux tribunaux de réduire les amendes en contrepartie d'une coopération avec le Bureau et le DPP. Pour de plus amples renseignements sur la clémence et le moment où présenter une demande de clémence, voir la version préliminaire du bulletin d'information du Bureau sur le programme de clémence¹⁸.

17 Voir les documents suivants du Bureau : *Programme d'immunité en vertu de la Loi sur la concurrence* (2007), *Ajustements apportés au Programme d'immunité* (2007) et *Réponses aux questions les plus fréquemment posées* (2007), en ligne : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

18 Pour de plus amples renseignements sur la façon de demander la clémence, voir le document *Ébauche du Bulletin d'information sur les recommandations relatives à la peine et à la clémence dans les affaires de cartel*, en ligne : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.



3. LA DISPOSITION CIVILE SUR LES ENTENTES

3.1 Vue d'ensemble

L'article 90.1 permet au Tribunal de rendre certaines ordonnances à l'égard d'ententes conclues ou proposées entre concurrents ou concurrents potentiels qui auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché pertinent¹⁹. Le paragraphe 90.1(1) se lit comme suit :

90.1 (1) Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :

- a) interdisant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;
- b) enjoignant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

À de nombreux égards, les ententes qui sont visées par l'article 90.1 sont examinées d'une façon conforme à la démarche décrite dans le document *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi* (les « lignes directrices sur les fusions »). La présente section décrit la façon dont le Bureau évalue chacun des éléments de l'article 90.1 de la *Loi*, y compris l'application possible de toute défense ou exception. En outre, elle décrit la façon dont le Bureau évalue six formes répandues d'ententes entre concurrents, à savoir : ententes de commercialisation, ententes de partage d'information, ententes visant la recherche et développement, ententes de coproduction, ententes d'achats groupés et ententes de non-concurrence.

3.2 Accord ou arrangement

Pour déterminer s'il existe une entente, le Bureau cherche à savoir si les parties à l'accord ou l'arrangement présumé en sont arrivées à un consensus, que ce soit de façon explicite ou implicite. Le Bureau ne considère pas que le simple fait que des concurrents adoptent un comportement commun en connaissant les réactions vraisemblables des autres concurrents, c'est-à-dire ce qu'on appelle le « parallélisme conscient », suffise à établir l'existence d'une entente aux fins de l'article 90.1. Comme dans le cas du paragraphe 45(1), la disposition civile sur les ententes peut s'appliquer à toutes les formes d'accords et d'arrangements²⁰ entre concurrents, peu importe le degré de formalisme. L'existence d'un document écrit précisant les modalités de l'entente entre les parties peut aider le Bureau à comprendre ces modalités et les objectifs qui sous-tendent l'entente.

¹⁹ Il est entendu que les ententes entre concurrents qui ne sont pas visées par les interdictions du paragraphe 45(1) ou qui satisfont aux critères de la défense fondée sur les restrictions accessoires peuvent être examinées en vertu de l'article 90.1.

²⁰ Il est entendu que le terme « entente » englobe les arrangements.

3.3 Définition de concurrent

L'article 90.1 s'applique aux ententes entre des parties qui sont des concurrents ou des concurrents potentiels à l'égard des produits visés par l'entente. Dès lors, le Bureau ne considère pas que les parties sont des concurrents lorsqu'elles se font concurrence uniquement à l'égard de produits qui ne sont pas visés par l'entente. Le Bureau peut déterminer si des parties à une entente sont des concurrents dans le cadre de son analyse de la nature et de la portée du marché pertinent.

Les ententes entre membres d'une association commerciale ou industrielle peuvent aussi constituer des ententes entre concurrents aux fins de l'article 90.1. Le Bureau considère que les règles, politiques, règlements ou autres mesures qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence et qui sont prises et appliquées par une association, avec l'approbation de membres qui sont concurrents entre eux, comme des ententes entre concurrents aux fins de l'article 90.1.

Comme on l'a vu plus haut, l'article 90.1 vise aussi les ententes entre parties qui sont des concurrents potentiels. Le paragraphe 90.1(11) définit les concurrents de façon à englober non seulement les concurrents réels mais aussi « toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne » à l'égard du produit pertinent « en l'absence de l'accord ou de l'arrangement ». Dès lors, le fait que des parties ne se faisaient pas concurrence au moment où elles ont conclu une entente ou pendant la durée de l'entente ne suffit pas en soi à échapper à un examen en vertu de l'article 90.1.

Dans certains cas, les parties peuvent devenir des concurrents potentiels en conséquence de leur collaboration. Par exemple, il peut être nécessaire que les parties collaborent entre elles pour créer un produit en combinant des technologies complémentaires. En raison de leur collaboration, les parties peuvent devenir des concurrents potentiels à l'égard de la fourniture du produit créé. Cependant, aux fins de l'article 90.1, le Bureau ne considère pas les parties à une entente comme des concurrents à l'égard de l'activité visée par la collaboration lorsque les parties n'auraient pas pu, de façon indépendante, créer le produit, mener le projet à terme ou réaliser l'activité visée par la collaboration. S'il est probable que les parties réalisent de façon indépendante l'activité visée par la collaboration, il n'en découle pas nécessairement que la collaboration sera mise en cause, mais seulement qu'un examen plus approfondi sera nécessaire pour déterminer si la collaboration suscite des préoccupations en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*. Pour évaluer la possibilité que les parties réalisent de façon indépendante l'activité visée par la collaboration, le Bureau examine divers aspects, y compris les économies d'échelle ou de gamme engendrées par la collaboration ainsi que la nécessité d'un partage des risques entre les parties.

3.4 Seuil de l'entrave à la concurrence

3.4.1 Vue d'ensemble

Comme le prévoit le paragraphe 90.1(1), le Tribunal peut rendre une ordonnance lorsqu'il détermine qu'une entente conclue ou proposée entre des concurrents « empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet ». Un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence découle d'ententes qui auront vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité des parties à l'entente d'exercer une puissance commerciale. Par exemple, une entente peut diminuer la concurrence lorsqu'elle permet aux parties à l'entente de maintenir des prix plus élevés qu'en l'absence de l'entente en diminuant la concurrence. Une entente peut aussi empêcher la concurrence en entravant le développement de la concurrence dans le futur. Selon le cas, le Bureau cherchera à déterminer si une entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché pertinent des produits fournis par les parties (le « marché en aval ») et dans le marché des intrants achetés par les parties (le « marché en amont »).

La démarche adoptée par le Bureau pour déterminer si une entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence (y compris pour déterminer ce qui est un empêchement ou une diminution sensible, quel est le marché pertinent, quels effets sont anticoncurrentiels et dans quelle mesure l'exception fondée sur les gains en efficacité est applicable) est compatible avec l'évaluation menée à l'égard des fusions, telle qu'elle est prévue dans les lignes directrices sur les fusions. Les lecteurs sont invités à consulter les parties pertinentes des lignes directrices sur les fusions pour de plus amples renseignements sur la façon dont le Bureau examine les ententes en vertu de l'article 90.1.

3.4.2 Parts de marché

En général, conformément aux lignes directrices sur les fusions, le commissaire ne contestera pas une entente en vertu de l'article 90.1 : (i) en raison de préoccupations quant à l'exercice d'une puissance commerciale par les parties à l'entente lorsque la part du marché pertinent détenue par les parties est inférieure à 35 p. 100; ou (ii) en raison de préoccupations quant à l'exercice coordonné d'une puissance commerciale lorsque soit la part du marché pertinent détenue par les quatre plus grandes entreprises est inférieure à 65 p. 100, soit la part de marché pertinent détenue par les parties à l'entente est inférieure à 10 p. 100.

Le Bureau examinera la part du marché pertinent détenue par les parties au moment où l'entente est conclue ainsi que, dans la mesure du possible, la part du marché que les parties détiendront pendant la durée de l'entente. Les parties souhaitant déterminer si des ententes prolongées sont susceptibles d'être contestées en vertu de l'article 90.1 doivent évaluer la possibilité qu'en raison de changements à la structure du marché qui se produiront pendant la durée de l'entente, l'entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le paragraphe 90.1(3) de la *Loi* prévoit que la preuve relative aux parts de marché des parties à l'entente ou au niveau de concentration du marché pertinent ne peut suffire à fonder la décision du Tribunal d'appliquer une mesure correctrice à l'encontre d'une entente. Le fait que les parties détiennent collectivement une part importante du marché pertinent ou le fait que le marché soit concentré sont des facteurs extrêmement pertinents, mais ils ne peuvent suffire à eux seuls à justifier l'application d'une mesure correctrice en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*.

3.4.3 Entrée ou participation accrue

En examinant les effets d'une transaction sur la concurrence, le Bureau tient aussi compte de la possibilité que des concurrents éventuels s'implantent rapidement sur le marché à une échelle et dans une mesure suffisante pour limiter la capacité des parties à une entente d'exercer une puissance commerciale dans le marché pertinent. Règle générale, en l'absence d'entraves à l'accès, toute tentative des parties d'exercer une puissance commerciale serait vraisemblablement contrée par l'arrivée d'entreprises qui : se trouvent déjà sur le marché pertinent et peuvent accroître leur production ou leurs ventes; ne se trouvent pas sur le marché pertinent mais poursuivent leurs activités sur d'autres marchés de produits ou d'autres marchés géographiques et peuvent transférer la production ou les ventes sur le marché pertinent; ou peuvent commencer une nouvelle production ou de nouvelles ventes sur le marché pertinent. Pour de plus amples indications sur la façon dont le Bureau aborde la probabilité d'accès et les entraves à l'accès, prière de consulter la partie 6 des lignes directrices sur les fusions.

3.4.4 Facteurs supplémentaires

Le paragraphe 90.1(2) contient une liste non exhaustive de facteurs que le Tribunal peut prendre en considération pour déterminer si une entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Les facteurs énumérés au paragraphe 90.1(2) sont semblables à ceux qui se trouvent à l'article 93 de la *Loi* concernant l'évaluation des fusions — comme la mesure dans laquelle il existe une concurrence étrangère, les entraves à l'accès au marché ou la nature et la portée des changements et des innovations dans tout marché pertinent. Le Bureau examinera chacun des facteurs indiqués au paragraphe 90.1(2) ainsi que, le cas échéant, tout autre facteur pertinent à la concurrence dans le marché qui est ou serait vraisemblablement touché par l'entente.

3.5 Défenses et exceptions

3.5.1 Exception d'efficacité

Il existe différents types de gains en efficacité qui peuvent être obtenus grâce à des collaborations entre concurrents, comme des réductions des coûts fixes et des coûts variables par suite de la rationalisation des fonctions distribution, ventes et commercialisation, une plus grande efficacité de la distribution et de l'entreposage, une spécialisation accrue dans les fonctions distribution, ventes et commercialisation, une utilisation plus intense d'une infrastructure de réseau et des améliorations à la qualité des produits. Les paragraphes 90.1(4) à (6) créent un cadre pour la prise en compte des gains en efficacité qui seront vraisemblablement réalisés

grâce à une entente, en regard des effets anticoncurrentiels qui découleront vraisemblablement de l'entente.

L'analyse effectuée par le Bureau à l'égard de l'exception pour les gains en efficience prévue par le paragraphe 90.1(4) est compatible avec l'analyse qu'entreprend le Bureau à l'égard de l'exception pour gains en efficience applicable aux fusions selon l'article 96 de la *Loi*²¹. Dans les deux cas, il incombe aux parties en cause de démontrer, au moyen d'indications crédibles et bien fondées quant aux gains en efficience, que les économies de coûts et autres avantages procurés par des gains en efficience surpassent et neutralisent tout effet anticoncurrentiel qui découlerait vraisemblablement de l'entente.

Pour faciliter son examen des gains en efficience allégués, le Bureau exige des renseignements détaillés et complets étayant les gains en efficience invoqués. Les renseignements devraient aussi préciser la probabilité que de tels gains seront réalisés et la raison pour laquelle ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si le Tribunal rendait, par exemple, une ordonnance interdisant l'entente. Dans la mesure du possible, les indications sur les gains en efficience devraient être étayées par des documents préparés dans le cours normal des activités de l'entreprise.

Fait à noter toutefois, toutes les économies de coûts découlant de collaborations entre concurrents ne seront pas considérées comme des gains en efficience aux fins du paragraphe 90.1(4). Par exemple, le Bureau exclut les gains résultant d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou du choix de produits. Le Bureau exclut également les gains qui seraient vraisemblablement réalisés de toute façon par d'autres moyens si des ordonnances du Tribunal étaient rendues. Par exemple, si le commissaire demande une ordonnance interdisant aux parties de faire suite à une entente, les parties doivent démontrer que les gains en efficience revendiqués ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue. En outre, le Bureau exclut les gains relevant uniquement d'une redistribution (au sens du paragraphe 90.1(5) de la *Loi*), comme les économies de coûts prévues grâce à un pouvoir de négociation permettant aux parties d'obtenir des escomptes ou autres concessions des fournisseurs.

Les commentaires sur la nature de l'analyse effectuée par le Bureau, les types de gains en efficience qui sont généralement inclus ou exclus et l'évaluation des effets anticoncurrentiels qui se trouvent à la partie 8 des lignes directrices sur les fusions peuvent aider les parties à préparer les indications sur les gains en efficience aux fins de l'article 90.1.

3.5.2 Institutions financières fédérales

Sous réserve de l'exception prévue au paragraphe 90.1(9) pour les ententes à l'égard desquelles le ministre des Finances a délivré un certificat, les ententes entre institutions financières

21 De plus amples renseignements sur l'évaluation que fait le Bureau des gains en efficience dans le cadre de l'examen des fusions se trouvent dans le bulletin du Bureau *Le traitement des gains en efficience dans le cadre de l'examen d'une fusion*, en ligne : www.bureaudelaconcurrence.gc.ca.

fédérales qui auraient vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la *Loi*. En outre, comme l'indique la rubrique 2.6.2 des présentes lignes directrices, une entente entre institutions financières fédérales qui est décrite au paragraphe 49(1) peut faire l'objet d'une poursuite criminelle.

3.5.3 Ententes d'exportation

Le paragraphe 90.1(8) de la *Loi* prévoit une exception conditionnelle ou limitée pour les ententes entre concurrents qui se rattachent exclusivement à l'exportation de produits du Canada. Comme dans le cas de l'exception se trouvant au paragraphe 45(5) de la *Loi*, l'exception pour les ententes d'exportation vise à favoriser le commerce extérieur du Canada en facilitant les ententes d'exportation entre concurrents.

Pour que la défense relative à l'exportation s'applique, l'entente doit se rattacher exclusivement à la fourniture de produits à l'extérieur du Canada et non, par exemple, à la fourniture de produits à l'intérieur du Canada. De plus, conformément au paragraphe 90.1(8), la défense relative à l'exportation n'est pas d'application dans un ou l'autre des cas suivants :

- (a) l'entente a eu ou aura vraisemblablement pour résultat une réduction ou une limitation de la valeur réelle des exportations d'un produit;
- (b) l'entente a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;
- (c) l'entente a sensiblement empêché ou diminué la concurrence dans la fourniture de services visant à favoriser l'exportation de produits du Canada, ou aura vraisemblablement un tel effet.

Les facteurs pris en considération par le Bureau pour déterminer si la défense relative à l'exportation s'applique sont de façon générale équivalents à ceux examinés pour déterminer l'applicabilité de la défense relative à l'exportation prévue par le paragraphe 45(5) aux ententes entre concurrents en vertu de la disposition criminelle (voir la rubrique 2.6.3 des présentes lignes directrices). Cependant, en vertu de l'alinéa 90.1(8)c) de la *Loi*, la défense ne peut s'appliquer si l'entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans la fourniture de services qui facilitent les exportations de produits du Canada. Afin de déterminer si tel est le cas, le Bureau déterminera si l'entente a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans la fourniture de services qui facilitent les exportations, comme le courtage en douane, le transport et l'entreposage.

3.5.4 Accords de spécialisation

En vertu de l'article 90, le Tribunal ne peut pas faire suite à un recours au titre de l'article 90.1 de la *Loi* à l'égard d'accords de spécialisation qui sont inscrits en vertu de l'article 86 de la *Loi*.

3.5.5 Ententes entre personnes morales affiliées

L'article 90.1 ne s'applique pas aux ententes conclues uniquement entre des personnes morales affiliées. La définition de personnes morales affiliées est donnée au paragraphe 2(2) de la *Loi* et est reproduite à la section 5 des présentes lignes directrices.

3.6 Commercialisation et ententes de ventes communes

Les ententes de commercialisation précisent habituellement les mesures que devront prendre les participants pour créer de nouveaux produits ou pénétrer de nouveaux marchés. Certaines formes d'ententes de commercialisation peuvent engendrer des économies de coûts et d'autres gains en efficacité pour les parties, y compris des économies de coûts de distribution grâce à la mise en commun d'un entrepôt, d'une installation de distribution ou d'un représentant commercial. Cependant, ces ententes peuvent aussi entraver la concurrence entre les parties, par exemple lorsque l'entente limite de façon importante la concurrence sur les plans du choix de produits, du service ou d'autres variables concurrentielles importantes.

Le Bureau tient compte de divers facteurs pour évaluer les ententes de commercialisation, y compris les suivants : le fait que l'entente ait ou non été conclue entre des concurrents; le fait que les parties à l'entente détiennent ou non une puissance commerciale; le fait que l'entente traite ou non de conditions commerciales importantes sur le plan de la concurrence, comme le prix; le fait que les parties puissent ou non commercialiser leurs produits à l'extérieur du cadre de l'entente ou conservent par d'autres moyens la capacité de faire concurrence de façon indépendante; le fait que l'entente de commercialisation exige ou non la divulgation de renseignements délicats sur le plan de la concurrence entre les parties, ou crée ou non des possibilités en ce sens; et le fait que tout effet anticoncurrentiel soit ou non neutralisé et surpassé par les gains en efficacité procurés par l'entente de commercialisation. Chacun de ces facteurs est examiné ci-dessous, sauf la puissance commerciale et les gains en efficacité, qui sont abordés plus haut respectivement aux rubriques 3.4 et 3.5.1 des présentes lignes directrices.

Les ententes de ventes communes sont des accords entre les participants à l'égard de certains aspects de leurs activités de ventes, prévoyant par exemple le recours à un agent commercial commun. Lorsque les ententes de ventes communes sont essentiellement de simples ententes en vue de limiter la concurrence entre les parties (y compris, par exemple, des ententes de fixation des prix), le Bureau les évaluera en général en vertu de la disposition criminelle de l'article 45 de la *Loi*. Les ententes de ventes communes qui visent d'autres aspects de la relation entre les participants seront en général évaluées d'une façon semblable à celle utilisée pour les ententes de commercialisation dont il est plus amplement question plus loin.

3.6.1 Ententes entre concurrents

L'article 90.1 vise uniquement les ententes entre concurrents et concurrents potentiels. Si les parties ne sont pas des concurrents ou des concurrents potentiels à l'égard des produits visés par l'entente de commercialisation, l'article 90.1 ne peut s'appliquer. Cependant,

une entente de commercialisation peut aussi être examinée en vertu d'autres dispositions de la *Loi*. Par exemple, si une entente de commercialisation comporte des restrictions verticales, comme des restrictions sur les prix de revente ou l'exigence que les produits soient distribués uniquement au sein de certains marchés, elle peut être examinée en vertu de l'article 76 (maintien des prix), de l'article 77 (limitation du marché) ou d'autres dispositions de la partie VIII de la *Loi*.

3.6.2 Modalités importantes sur le plan de la concurrence

Les ententes de commercialisation et de ventes communes peuvent viser une vaste gamme d'activités de vente, de distribution et de commercialisation, ou elles peuvent être limitées à un seul aspect comme la publicité. Le Bureau tiendra compte des modalités de l'entente de commercialisation ou de ventes communes pour déterminer si elle aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Des préoccupations sont surtout susceptibles de survenir lorsque l'entente de commercialisation ou de ventes communes limite la concurrence sur des aspects importants de la rivalité concurrentielle entre les parties.

La nature des aspects clés d'une rivalité concurrentielle dépend des circonstances propres à chaque entente. Par exemple, les ententes de commercialisation qui empêchent les parties de se faire concurrence par les prix sont plus susceptibles de susciter des préoccupations que les ententes se limitant à la mise en commun d'un entrepôt ou d'un réseau de distribution. Lorsque la rivalité entre les parties est surtout axée sur des aspects autres que le prix, comme le niveau de service ou les modalités de livraison, une entente de commercialisation qui limite la concurrence à l'égard de ces aspects peut susciter des préoccupations en vertu de la *Loi*. Le Bureau tient aussi compte d'autres conditions de l'entente de commercialisation ou de ventes communes, comme la durée de la collaboration. De façon générale, plus la collaboration est de courte durée, moins elle risque de soulever des problèmes en vertu de la *Loi*.

Le Bureau tient compte de l'effet que l'entente a eu ou aura vraisemblablement sur la concurrence. Par exemple, lorsqu'une entente proposée exige que les ventes du produit pertinent se fassent par le biais d'un seul représentant commercial commun, le Bureau cherchera à savoir si l'entente risque de : réduire sensiblement la concurrence par les prix; réduire la concurrence à l'égard d'autres conditions commerciales; miner l'intérêt des parties à mener des stratégies commerciales musclées ou leur capacité de le faire; mener à une attribution des marchés ou des clients; ou entraîner d'autres effets qui pourraient être anticoncurrentiels.

3.6.3 Capacité de vendre indépendamment de l'entente et concurrence indépendante

Le Bureau cherchera aussi à déterminer si l'entente limite la capacité des parties à exercer leur propre pouvoir discrétionnaire à l'égard d'éléments clés de la rivalité concurrentielle — p. ex., si les concurrents qui conviennent de fournir leurs produits par l'entremise d'un réseau de distribution commun continuent d'établir les prix et autres conditions commerciales de façon indépendante ou si l'entente exige que les concurrents adoptent des prix et des conditions commerciales communs, ou les incitent à le faire.

De même, le Bureau voudra déterminer si les parties à l'entente sont autorisées à fournir les produits pertinents à l'extérieur du cadre de l'entente. Par exemple, en examinant une entente de ventes communes ou une entente de distribution, le Bureau déterminera si l'entente permet aux parties de vendre la totalité ou une partie des produits pertinents de façon indépendante, ou si l'entente exige que les parties fournissent les produits pertinents uniquement par le biais de la distribution commune ou d'un représentant commercial commun.

Le Bureau voudra aussi déterminer si la collaboration est structurée et régie d'une façon qui permet à la collaboration de faire concurrence de façon indépendante de ses participants. Par exemple, le Bureau voudra savoir si la collaboration peut prendre des décisions de façon indépendante et a intérêt à le faire, ou si les participants conservent le contrôle des décisions de la collaboration à l'égard des prix, des stratégies de commercialisation et d'autres conditions importantes sur le plan de la concurrence. Les facteurs pertinents dans cette optique sont par exemple le fait que la collaboration soit ou non constituée en personne morale, que les participants aient ou non le droit de nommer des représentants au conseil d'administration de la collaboration, que la collaboration soit ou non dotée de dirigeants indépendants, que les décisions de la collaboration qui sont importantes sur le plan de la concurrence soient ou non soumises à l'approbation des membres, et que les participants par ailleurs puissent ou non exercer un contrôle important à l'égard des activités de la collaboration. Une collaboration n'est pas considérée comme étant anticoncurrentielle uniquement du fait qu'elle n'est pas en mesure de faire concurrence indépendamment de ses participants ou qu'elle n'aurait pas intérêt à le faire. Plutôt, il s'agit là d'un des facteurs dans l'évaluation globale d'une collaboration.

3.6.4 Communication de renseignements délicats sur le plan de la concurrence

Le Bureau tiendra compte du fait qu'une entente de commercialisation ou de ventes communes crée ou non une possibilité de communiquer ou d'échanger des renseignements délicats sur le plan de la concurrence, par exemple des renseignements sur les coûts, les prix et les stratégies de commercialisation. Le Bureau examinera les possibilités d'échange d'information directement entre les parties ainsi que les possibilités d'échange indirect, par exemple au moyen d'un représentant commercial commun. Les parties sont encouragées à prévoir dans les modalités d'une entente des mesures de protection efficaces contre la communication de renseignements de nature délicate sur le plan de la concurrence. Pour de plus amples renseignements sur ces questions, voir la rubrique 3.7 ci-dessous au sujet du partage d'information entre concurrents.

3.7 Ententes de partage d'information

Les collaborations peuvent donner lieu à un important échange d'information entre concurrents. De même, les associations commerciales peuvent recueillir de l'information auprès des membres de l'industrie afin de réaliser les objectifs de l'association, de procéder à des études comparatives ou de servir les membres d'autres façons. En général, de tels échanges ne suscitent pas de préoccupations en vertu de la *Loi* parce que les concurrents évitent de communiquer de l'information délicate sur le plan de la concurrence afin de préserver leurs avantages concurrentiels. Dans certains cas toutefois, une entente prévoyant une

communication unilatérale d'information ou un échange d'information entre concurrents peut entraver la concurrence en réduisant les incertitudes au sujet des stratégies des concurrents, et en réduisant l'indépendance commerciale de chaque entreprise.

Les cartels supposent souvent l'échange de renseignements commerciaux délicats entre concurrents. De fait, les activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix ou leurs comportements et qui peuvent par ailleurs traduire l'existence d'une entente peuvent suffire à prouver qu'une entente a été conclue entre les parties aux fins du paragraphe 45(1) de la *Loi*²². Par conséquent, les ententes de partage d'information entre concurrents devraient être formulées soigneusement pour s'assurer qu'elles ne soulèvent pas de préoccupations au regard des interdictions criminelles du paragraphe 45(1) de la *Loi*.

Lorsqu'il évalue des ententes de partage d'information entre concurrents en vertu de l'article 90.1, le Bureau examine entre autres les facteurs suivants : la nature de l'information échangée (c.-à-d. la mesure dans laquelle elle est délicate sur le plan de la concurrence); l'actualité de l'information échangée (c.-à-d. si l'information concerne des activités passées, actuelles ou futures); la mesure dans laquelle les parties participant à un échange d'information possèdent ou posséderont vraisemblablement une puissance commerciale; la façon dont l'information est recueillie et disséminée (p. ex., si l'information est partagée directement entre concurrents ou colligée par un tiers); et la mesure dans laquelle les effets anticoncurrentiels sont neutralisés et surpassés par les gains en efficacité engendrés par l'entente d'échange d'information. Chacun de ces facteurs est examiné ci-dessous, sauf les gains en efficacité qui sont abordés à la rubrique 3.5.1 des présentes lignes directrices.

3.7.1 Renseignements délicats sur le plan de la concurrence

Une entente prévoyant de communiquer ou échanger de l'information qui est importante pour la rivalité concurrentielle entre les parties peut entraîner un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Par exemple, l'échange d'information au sujet des prix, des coûts, des conditions commerciales, des plans stratégiques, des stratégies de commercialisation ou d'autres variables concurrentielles importantes peut susciter des préoccupations en vertu de la *Loi*. Lorsque des concurrents conviennent d'échanger des renseignements délicats sur le plan de la concurrence, il leur est plus facile d'agir de concert, ce qui réduit ou élimine la rivalité concurrentielle.

De façon générale, le Bureau ne considère pas que des renseignements accessibles au public sont délicats sur le plan de la concurrence. Cependant, le Bureau pourrait avoir des réserves à l'égard d'une entente entre concurrents visant la divulgation publique de renseignements délicats sur le plan de la concurrence. Par exemple, une entente visant la publication de renseignements sur les prix futurs peut soulever des questions en vertu de la *Loi* lorsqu'elle aurait vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence alors qu'elle ne servirait pas à la réalisation d'un objectif légitime.

22 Voir l'analyse plus haut à la section 2 des présentes lignes directrices.

3.7.2 Actualité de l'information

L'échange d'information au sujet d'activités actuelles ou futures risque davantage de nuire à la concurrence; il suscite dès lors de plus grandes préoccupations que l'échange d'information au sujet d'activités historiques. Par exemple, la communication d'information sur les prix futurs ou les activités de commercialisation futures, ou la communication d'autres renseignements délicats sur le plan de la concurrence soulèverait davantage de questions que la communication d'information sur des activités passées, comme des données historiques sur les coûts ou les ventes. Cependant, il faut noter qu'une entente visant la communication de renseignements historiques peut susciter des préoccupations lorsque ces renseignements donnent une indication utile sur les prix futurs prévus ou d'autres facteurs importants sur le plan de la concurrence.

3.7.3 Puissance commerciale

Comme on l'a vu plus haut, une entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché pertinent lorsqu'elle aura vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité des parties à l'entente d'exercer une puissance commerciale. Par conséquent, le Bureau ne contestera pas en vertu de l'article 90.1 une entente visant le partage d'information à moins que les parties à l'entente possèdent ou posséderont vraisemblablement une puissance commerciale, ou que le marché pertinent soit concentré au point où les entreprises puissent se livrer à l'exercice coordonné d'une puissance commerciale. Les ententes visant le partage d'information entre des parties qui détiennent collectivement une puissance commerciale peuvent diminuer sensiblement la concurrence dans le marché pertinent.

3.7.4 Méthode de collecte et de dissémination

L'information échangée directement entre concurrents risque davantage de susciter des préoccupations que l'information communiquée à un tiers indépendant. Par ailleurs, les renseignements qui sont combinés de façon à éviter de révéler de l'information propre à une entreprise donnée risquent moins de susciter des préoccupations que les renseignements non combinés. Ainsi, les entreprises qui souhaitent déterminer les coûts en comparaison des moyennes de l'industrie ou les tendances de l'industrie peuvent accepter de communiquer à un tiers des renseignements sur les ventes actuelles, pour qu'ils soient divulgués sous forme de données globales, par opposition à la communication directe de ces renseignements.

Lorsqu'il évalue une entente visant l'échange d'information, le Bureau tiendra aussi compte des mesures de protection mises en place dans la structure et la régie de la collaboration afin de prévenir ou minimiser la divulgation de renseignements délicats sur le plan de la concurrence. Par exemple, les participants à la collaboration peuvent limiter la divulgation d'information à des personnes qui ne travaillent pas dans les ventes ou la commercialisation, ou ils peuvent interdire aux personnes qui travaillent dans les ventes et la commercialisation de participer à une coentreprise de recherche et développement.

3.8 Ententes visant la recherche et développement

La coopération dans le cadre d'activités de recherche et développement (R-D) peut engendrer d'importants avantages. Par exemple, les collaborations en R-D peuvent permettre à des entreprises de combiner des technologies et des ressources complémentaires et ainsi créer des produits nouveaux et améliorés. Les collaborations en R-D peuvent aussi permettre aux entreprises de faire baisser les coûts de la recherche, d'accélérer le rythme de l'innovation et de réduire les délais nécessaires au lancement de nouveaux produits sur le marché.

Dans certaines circonstances, les ententes de R-D peuvent empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, par exemple lorsque des restrictions sont imposées à l'exploitation des produits issus de la collaboration.

La question centrale qu'examinera le Bureau sera de savoir si l'entente de R-D empêche ou réduit sensiblement la concurrence à l'égard d'un produit ou d'une innovation. Par exemple, le Bureau peut s'inquiéter de ce qu'une entente de R-D réduirait le niveau d'innovation par rapport à ce qu'il serait en l'absence de l'entente (au point où le choix de produits s'offrant aux consommateurs serait réduit), ou qu'elle augmenterait le délai nécessaire pour lancer des produits sur le marché. Des restrictions à la concurrence peuvent aussi réduire le nombre de concurrents indépendants à l'égard de produits qui font l'objet d'ententes de R-D, ou réduire la concurrence par d'autres moyens.

Pour évaluer les ententes de R-D, le Bureau examine en général les facteurs suivants : le fait que l'entente soit conclue ou non entre des concurrents; le fait que l'entente se limite ou non à la R-D ou prévoie aussi des dispositions sur l'exploitation commune des produits; le fait que les parties détiennent ou non une puissance commerciale dans le marché pertinent; le fait que les restrictions à la concurrence soient raisonnablement nécessaires pour réaliser l'objectif de l'entente de R-D; et le fait que les éventuels effets anticoncurrentiels soient ou non neutralisés et surpassés par les gains en efficacité engendrés par l'entente de R-D. Chacun de ces facteurs est examiné ci-dessous, sauf les gains en efficacité qui sont abordés à la rubrique 3.5.1 des présentes lignes directrices.

3.8.1 Ententes entre concurrents

L'article 90.1 vise uniquement les ententes de R-D conclues entre des parties dont au moins deux sont des concurrents ou des concurrents potentiels à l'égard d'un produit visé par l'entente.

Le Bureau cherchera à savoir si les parties sont en mesure de mettre le produit au point indépendamment de la collaboration. Comme on l'a vu plus haut, si les parties ne peuvent pas mettre le produit au point indépendamment de l'entente, elles ne sont pas considérées comme étant des concurrents aux fins de l'article 90.1 de la *Loi*. Lorsque les parties sont en mesure de mettre le produit au point de façon indépendante mais à un coût supérieur ou sur une période plus longue que dans le cadre de la collaboration, il n'en découle pas nécessairement que l'entente sera contestée mais qu'un examen supplémentaire d'autres facteurs, comme ceux figurant ci-dessous, est nécessaire pour déterminer s'il existe des préoccupations au regard de l'article 90.1.

3.8.2 Ententes prévoyant ou non une exploitation commune

Le Bureau cherchera à déterminer si l'entente comprend des dispositions visant l'exploitation commune des fruits de la R-D. Les ententes qui visent uniquement la R-D et ne comprennent pas des dispositions sur l'exploitation commune des fruits possibles ne suscitent en général des préoccupations en vertu de la *Loi* que dans les circonstances suivantes : (i) l'entente prévoit la communication de renseignements délicats sur le plan de la concurrence qui ne sont pas nécessaires à la réalisation des activités de R-D; (ii) l'entente impose des restrictions inutiles à une innovation qui serait vraisemblablement réalisée en l'absence de l'entente; ou (iii) l'entente réduirait sensiblement la concurrence parce qu'en son absence les parties créeraient vraisemblablement de façon indépendante des produits concurrents. Par exemple, des questions peuvent se poser à l'égard d'une entente de R-D lorsque l'entente limite la possibilité des participants de se livrer à des travaux de R-D visant des produits distincts. Lorsque l'entente comprend des dispositions visant une exploitation commune ou répond à une ou plusieurs des conditions (i), (ii) ou (iii) ci-dessus, le Bureau procédera à une analyse supplémentaire suivant les indications données ci-dessous. Il n'en découle pas que la collaboration sera nécessairement contestée, mais uniquement qu'un examen plus approfondi est nécessaire pour déterminer si la collaboration soulève des problèmes en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*.

3.8.3 Puissance commerciale

Lorsque l'entente de R-D comprend des dispositions visant l'exploitation commune des produits, le Bureau examine la possibilité que les parties à l'entente possèdent ou posséderont vraisemblablement une puissance commerciale. Les parties à une entente de R-D n'auront la possibilité d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans aucun marché pertinent à moins qu'elles possèdent ou posséderont probablement une puissance commerciale.

Tout dépendant de la nature des produits et du stade de développement, il peut être soit simple, soit compliqué de déterminer si les parties à une entente de R-D possèdent une puissance commerciale. Par exemple, lorsque l'entente de R-D vise uniquement des améliorations à des produits existants, il y a vraisemblablement déjà sur le marché pertinent ces produits et des produits qui sont des substituts concurrentiels. Cependant, il peut être plus difficile de déterminer si des participants à une entente de R-D possèdent une puissance commerciale lorsque la collaboration vise la mise au point de nouveaux produits. Dans la mesure du possible, en examinant la possibilité que les parties posséderont vraisemblablement une puissance commerciale à l'égard du produit en cause, le Bureau tient compte des substituts concurrentiels qui sont déjà sur le marché ou qui sont en voie de mise au point par les participants et par des tiers.

3.8.4 Restrictions raisonnablement nécessaires

Pour déterminer si une entente de R-D aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au sens de l'article 90.1 de la *Loi*, le Bureau voudra aussi déterminer si les restrictions éventuelles à l'endroit de la concurrence sont raisonnablement nécessaires pour réaliser les objectifs de l'entente de R-D. Le Bureau examinera chaque entente

à la lumière de ses propres circonstances, mais il ne considérera en général que des restrictions du niveau de production ou restrictions limitant la capacité des parties de mener des travaux de R-D à l'égard de produits ou dans des domaines qui ne sont pas visés par l'entente de R-D, ou limitant leur intérêt à le faire sont raisonnablement nécessaires. Le Bureau examinera aussi toute restriction à l'égard de la concurrence qui est imposée pour une période plus longue que celle raisonnablement nécessaire à la réalisation des objectifs de l'entente de R-D.

3.9 Ententes de coproduction

Les ententes de coproduction peuvent prendre diverses formes, y compris : accords de spécialisation où les parties acceptent unilatéralement ou réciproquement de cesser la production d'un produit et de plutôt acheter ce produit d'une autre partie; ententes de coproduction où les parties produisent des produits dans des installations communes ou par le biais d'une entreprise commune; et arrangements de sous-traitance où une partie retient les services d'une autre partie afin de produire des produits pour son compte.

Les ententes de coproduction peuvent engendrer des économies de coûts de diverses façons, comme des économies d'échelle ou de gamme, la mise en commun de procédés de production plus efficaces ou la combinaison de technologies et de connaissances complémentaires. Dès lors, les ententes de coproduction peuvent être proconcurrentielles et, dans certains cas, elles peuvent offrir un moyen de lancer un nouveau produit, d'accéder à un nouveau marché ou de réaliser un projet donné. Cependant, les ententes de coproduction peuvent aussi avoir des effets anticoncurrentiels, par exemple lorsqu'une entente entraîne une élimination ou une réduction importante de la concurrence à l'égard de la fourniture d'un produit, lorsqu'une entente donne lieu à une importante réduction de la production du produit pertinent ou lorsqu'une entente fait baisser le prix d'un intrant sous les niveaux concurrentiels. Comme on l'a vu plus haut, l'article 90.1 de la *Loi* ne vise pas les accords de spécialisation qui sont inscrits en vertu de l'article 86 de la *Loi*.

Lorsqu'il évalue une entente de coproduction, le Bureau examine divers facteurs dont : le fait que l'entente soit ou non conclue entre des parties qui sont des concurrents ou des concurrents potentiels; le fait que l'entente contienne ou non des dispositions qui limitent la production d'un produit pertinent, fixent les prix ou limitent par d'autres moyens la concurrence à l'égard d'aspects importants de la concurrence; le fait que par ailleurs l'entente réduise ou non l'intérêt des parties à faire concurrence de façon indépendante ou leur capacité de le faire; la mesure dans laquelle les parties à l'entente possèdent ou posséderont vraisemblablement une puissance commerciale (dans les marchés soit en amont, soit en aval); et le fait que les effets anticoncurrentiels soient ou non neutralisés et surpassés par les gains en efficacité engendrés par l'entente. Chacun de ces facteurs est examiné ci-dessous, sauf les gains en efficacité qui sont abordés à la rubrique 3.5.1 des présentes lignes directrices.

3.9.1 Entente entre concurrents

La principale préoccupation que peut susciter une entente de coproduction est qu'elle peut entraîner l'élimination ou la diminution de la rivalité entre des fournisseurs qui sont des

concurrents ou des concurrents potentiels. Pour étudier cette question, le Bureau examine la concurrence aussi bien dans le marché pertinent des produits qui font l'objet de l'entente de coproduction (le « marché en aval ») que dans le marché pertinent de l'achat des intrants de la coproduction (le « marché en amont »). Les ententes de coproduction peuvent réduire sensiblement la concurrence et sont visées par l'article 90.1 lorsque les parties sont des concurrents ou des concurrents potentiels à l'égard d'au moins un produit dans le marché en aval (de sorte que les parties se font concurrence à l'égard du produit qui est coproduit) ou dans le marché en amont (de sorte que les parties se font concurrence à l'égard de l'achat d'intrants).

3.9.2 Restrictions à la concurrence

Le Bureau examinera la mesure dans laquelle une entente de coproduction impose des restrictions à la concurrence dans le marché en aval. Le Bureau peut avoir des préoccupations lorsqu'une entente prévoit des restrictions telles que, par exemple, des limites aux quantités de produits qui peuvent être produits ou fournis sur un marché, une entente sur le prix à imposer pour des produits, l'attribution de clients, l'élimination de stratégies de promotion ou un accord sur d'autres aspects des activités respectives des parties qui sont importants pour la concurrence. Dans l'ensemble, l'analyse du Bureau vise surtout à déterminer si l'entente de coproduction réduira la capacité des parties à faire concurrence de façon indépendante, ou leur intérêt à le faire, et, comme il en est question plus bas, s'il en découlera un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence dans le marché pertinent.

3.9.3 Réduction de l'intérêt à faire concurrence ou de la capacité de le faire

Le Bureau voudra déterminer si une entente de coproduction aura vraisemblablement pour effet de réduire l'intérêt des participants à faire concurrence de façon indépendante à l'égard de la fourniture de produits, ou leur capacité de le faire. Par exemple, le Bureau examinera la possibilité que l'entente de coproduction entraîne un important degré d'uniformité entre les coûts des participants de sorte que la concurrence entre les parties par les prix soit sensiblement limitée. Pour qu'une telle préoccupation se présente, il faut entre autres que le procédé de coproduction régi par l'entente corresponde à une importante partie des coûts totaux de production du produit pertinent. Des préoccupations semblables peuvent survenir lorsque l'entente de coproduction vise l'utilisation d'importantes installations de production des parties, réduisant ainsi le contrôle exercé par les parties individuelles à l'égard des actifs nécessaires à une concurrence indépendante.

3.9.4 Puissance commerciale

Les parties à une entente de coproduction ne peuvent pas empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence dans un marché pertinent à moins de posséder ou de créer une puissance commerciale. Pour déterminer si les parties possèdent collectivement une puissance commerciale, le Bureau examine la concurrence aussi bien dans le marché pertinent des produits qui font l'objet de l'entente de coproduction (le « marché en aval ») que dans le marché pertinent de l'achat des intrants de la coproduction (le « marché en amont »).

Lorsque l'entente de coproduction vise un bien intermédiaire qui est un intrant dans le produit final fourni par les parties (p. ex., une entente de coproduction entre fabricants automobiles concurrents, pour la production de boîtes de vitesse qui seront utilisées dans leurs voitures), le Bureau cherche à déterminer si l'entente de coproduction aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence à l'égard de la fourniture du produit final. Le Bureau n'aura pas de préoccupations à l'égard d'une entente de coproduction visant un produit intermédiaire qui ne correspond pas à une importante proportion des coûts totaux du produit final, ou lorsque les parties ne possèdent pas et ne créeront vraisemblablement pas une puissance commerciale dans le marché en aval du produit final.

Une entente de coproduction permet aux participants de combiner leurs achats d'intrants et d'empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence à l'égard de l'achat de ces intrants. La façon dont le Bureau aborde l'examen des ententes d'achats groupés est décrite à la rubrique 3.10 des présentes lignes directrices.

3.10 Ententes d'achats groupés et groupes d'achat

Une entente d'achats groupés est un accord conclu par des entreprises prévoyant l'achat de la totalité ou d'une partie des quantités nécessaires d'un produit auprès d'un ou de plusieurs fournisseurs. De telles ententes sont souvent pro concurrentielles, permettant à des entreprises de combiner leurs achats et ainsi obtenir des escomptes des fournisseurs et partager les frais de livraison et de distribution. Cependant, les ententes d'achats groupés sont des accords entre parties qui peuvent être des concurrents à l'égard de l'achat des produits visés par l'entente. À ce titre, ces ententes peuvent empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence lorsque, par exemple, les acheteurs conviennent de fixer le prix auquel ils achèteront les produits et exercent ainsi un pouvoir de monopsonie.

Les ententes d'achats groupés peuvent prendre diverses formes, y compris des ententes prévoyant d'acheter des produits par l'entremise d'une société commune, des arrangements contractuels entre un groupe d'entreprises et un fournisseur, et des groupes d'achat. Comme on l'a vu plus haut, l'existence d'un accord écrit entre les parties qui définit clairement les conditions des achats groupés peut aider le Bureau à comprendre les modalités de l'entente et les objectifs qui la sous-tendent.

Pour déterminer si une telle entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Bureau examine l'effet vraisemblable de l'entente sur la concurrence dans le marché d'approvisionnement pertinent (le « marché en amont »). La façon dont le Bureau évalue les effets potentiels des ententes d'achats groupés sur la concurrence dans le marché en amont est examinée ci-dessous.

3.10.1 Définition du marché d'approvisionnement ou du marché en amont pertinent

Pour déterminer si une entente d'achats groupés aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché en amont pertinent, il s'agit de déterminer si l'entente aura pour effet de créer, de préserver ou de rehausser le pouvoir de

monopsonne ou d'oligopsonne des participants. Pour l'application de l'article 90.I, le Bureau considère qu'un acheteur unique possède un « pouvoir de monopsonne » lorsqu'il possède une puissance commerciale dans le marché d'approvisionnement pertinent, de sorte qu'il est en mesure de faire baisser le prix d'un produit pertinent sous les niveaux concurrentiels, avec une réduction correspondante de la quantité totale de l'intrant produit ou fourni dans un marché pertinent, ou une diminution correspondante de toute autre dimension de la concurrence²³. Le pouvoir d'oligopsonne se manifeste lorsqu'une puissance commerciale dans le marché d'approvisionnement pertinent est exercée par un groupe d'acheteurs coordonnés. Par souci de simplification, dans les présentes lignes directrices, le Bureau considère que le pouvoir de monopsonne comprend le pouvoir d'oligopsonne.

Le Bureau examine la possibilité qu'il existe un pouvoir de monopsonne dans le contexte d'un marché d'approvisionnement pertinent. Le marché d'approvisionnement pertinent est défini de la même façon générale que tout marché pertinent, à la nuance près que le concept de substituabilité est défini dans l'optique du fournisseur et non selon la demande de l'acheteur. Le Bureau applique un critère du monopsonneur hypothétique dans lequel un marché pertinent est défini comme étant le plus petit groupe de produits et la plus petite région géographique à l'égard desquels un acheteur unique visant à maximiser son profit (le « monopsonneur hypothétique ») imposerait et maintiendrait une diminution de prix importante et non transitoire, sous les niveaux qui existeraient en l'absence de l'entente d'achats groupés. Par conséquent, la question à poser pour définir le marché pertinent est de savoir si les fournisseurs d'un intrant, en réaction à une diminution du prix de l'intrant, sont en mesure de passer de façon rentable à d'autres acheteurs ou de modifier un intrant qu'ils vendent en quantité suffisante pour rendre la diminution du prix de l'intrant non rentable pour l'acheteur.

Par exemple, si des fournisseurs de maïs pouvaient parer à une diminution du prix du maïs en passant à la production de canola, il en découlerait que dans l'évaluation de la probabilité d'un pouvoir de monopsonne, le maïs et le canola sont dans le même marché de produits. Pour trancher cette question, le Bureau tente de déterminer si, pourvu que les vendeurs aient le temps et l'argent nécessaires pour passer à la production d'autres produits, de telles options assurent une discipline efficace, suffisante et opportune à une diminution du prix de l'intrant pertinent.

3.10.2 Pouvoir de monopsonne

Une fois défini le marché pertinent, le Bureau tente de déterminer si les participants à une entente d'achats groupés possèdent ou posséderont vraisemblablement un pouvoir de monopsonne à l'égard d'un produit pertinent visé par l'entente. De façon générale, pour que des préoccupations surviennent à l'égard des effets vraisemblables d'une entente de coproduction

23 Les cas où la courbe de l'offre est parfaitement inélastique, de sorte qu'une diminution du prix sous les niveaux concurrentiels n'entraîne pas une diminution de la production mais uniquement un transfert, peuvent aussi susciter des préoccupations. Il faut considérer que ce scénario est de façon générale compris dans la notion de puissance commerciale en amont.

sur la concurrence dans un marché en amont, les parties doivent posséder une puissance commerciale dans le marché de l'achat de l'intrant pertinent, et l'entente de coproduction doit avoir pour effet vraisemblable de réduire les prix sous le niveau concurrentiel de sorte qu'il y ait une réduction correspondante des intrants fournis ou une diminution correspondante de toute autre dimension de la concurrence.

Les acheteurs achetant actuellement le produit en cause sont en général considérés comme des participants au marché pertinent. Les acheteurs qui n'achètent pas actuellement l'intrant peuvent être considérés comme des participants au marché pertinent si, en cas de baisse de prix modeste mais sensible, l'acheteur achetait l'intrant et le vendeur le vendait. Il faut aussi noter que les acheteurs qui ne participent pas au même marché en aval que les parties à l'entente d'achats groupés peuvent néanmoins être considérés comme des acheteurs dans le marché d'approvisionnement pertinent. Par exemple, une épicerie vraisemblablement active dans un marché local de la vente d'épiceries, mais il peut acheter un aliment qui est un intrant, comme du maïs, auprès d'un producteur qui peut avoir des acheteurs régionaux, nationaux ou même internationaux, y compris non seulement des épiceries mais aussi des acheteurs industriels.

Une fois que les acheteurs sont connus, l'importance des achats de l'intrant pertinent par les participants à l'entente d'achats groupés est comparée aux ventes totales de l'intrant dans le marché pertinent. Si les achats des parties à l'entente ne représentent qu'un faible pourcentage des ventes des fournisseurs de l'intrant dans le marché pertinent, on considère en général que ces fournisseurs sont bien placés pour renoncer aux ventes aux parties en faveur de ventes à d'autres acheteurs en cas de tentative de faire baisser les prix des intrants. Règle générale, le Bureau ne contestera pas les ententes d'achats groupés en vertu de l'article 90.1 pour parer à l'exercice d'un pouvoir de monopsonne par les parties lorsque la part du marché en amont détenue par les parties à l'entente est inférieure à 35 p. 100. En outre, le Bureau ne contestera en général pas une entente au motif d'un pouvoir d'oligopsonne lorsque : (i) soit la part du marché en amont pertinent détenue par les quatre plus grandes entreprises est inférieure à 65 p. 100; (ii) soit la part du marché en amont pertinent détenue par les parties à l'entente est inférieure à 10 p. 100.

Lorsque les achats des parties à l'entente d'achats groupés représentent une proportion importante des achats d'intrants, le Bureau cherchera à déterminer s'il existe des obstacles importants à l'achat des intrants pertinents. Lorsque les achats des parties à une entente d'achats groupés représentent une proportion importante des achats d'intrants et que les obstacles à l'accès au marché des achats sont importants, le Bureau tirera vraisemblablement la conclusion que les parties possèdent un pouvoir d'achat leur donnant la capacité de faire baisser les prix, et entreprendra une analyse plus poussée pour déterminer si les participants sont susceptibles de posséder et d'exercer un pouvoir de monopsonne.

3.10.3 Probabilité de l'exercice d'un pouvoir de monopsonne

Lorsqu'il est établi que les parties à l'entente possèdent un pouvoir de monopsonne, le Bureau examine divers facteurs pour déterminer si les parties exerceront vraisemblablement un tel pouvoir, y compris : (i) le fait que l'offre soit ou non hautement élastique; (ii) le fait que

l'offre de l'intrant en amont soit ou non assurée par un grand nombre de vendeurs et que les obstacles à l'accès soient faibles de sorte que le prix de vente normal d'un fournisseur soit vraisemblablement concurrentiel; et (iii) le fait qu'il semble ou non vraisemblable que par suite de la baisse prévue des prix, certains fournisseurs quitteront le marché ou réduiront la production. Le Bureau voudra aussi déterminer la possibilité que l'exercice d'un pouvoir de monopsonne compromette en faveur des parties une source d'approvisionnement à long terme et les coûts possibles d'une production réduite dans le marché en aval qui pourrait suivre une diminution des achats d'intrants. Règle générale, le Bureau ne se préoccupe pas des ententes d'achats groupés qui entraînent seulement une baisse des prix des intrants, pourvu que les prix réduits ne résultent pas de l'exercice d'un pouvoir de monopsonne, ainsi qu'il en est question plus haut.

3.11 Clauses de non-concurrence

Les clauses de non-concurrence figurent souvent dans divers genres d'ententes, et peuvent servir à des fins légitimes. Par exemple, elles peuvent permettre à l'acheteur d'une entreprise de tirer pleinement parti de son achat en évitant d'avoir à faire concurrence au vendeur pour s'assurer la loyauté des clients. Les clauses de non-concurrence qui sont souscrites dans le cadre d'une fusion (au sens de l'article 91) sont examinées dans le cadre de l'évaluation de la transaction en vertu de l'article 92 de la *Loi*.

Lorsqu'il examine une clause ou entente de non-concurrence en vertu de l'article 90.1, le Bureau veut déterminer si par suite de la non-concurrence, l'entente empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché pertinent. À cette fin, le Bureau examine la mesure dans laquelle la non-concurrence est raisonnablement nécessaire à la mise en œuvre ou à la poursuite de la collaboration. Pour trancher la question, le Bureau tient compte de la portée géographique de la non-concurrence, de sa durée, des parties qui y souscrivent et des produits qui y sont assujettis.



4. EXEMPLES HYPOTHÉTIQUES

Les exemples suivants sont destinés à illustrer le cadre analytique que le Bureau appliquerait dans l'examen d'une entente donnée. Toutes les ententes figurant ci-dessous ne soulèvent pas des questions qui justifient un examen par le Bureau.

EXEMPLE 1 ENTENTE SUR LA FIXATION DES PRIX

Les entreprises X et Y sont des concurrents pour l'offre de gadgets au Canada. Elles sont toutes deux des acteurs relativement nouveaux dans le marché, ayant peu d'expérience dans la mise en œuvre de stratégies efficaces de ventes et de promotion. X et Y ont chacune pratiqué différents niveaux de prix depuis quelques années, mais n'ont guère réussi à augmenter leurs parts de marché. La demande de gadgets a baissé, et X et Y ont vu leurs bénéfices baisser en conséquence. X et Y se rencontrent et s'entendent pour supprimer les rabais à l'égard de tous les gadgets qu'elles vendent.

Analyse

Le paragraphe 45(8) de la *Loi* définit le terme « prix » aux fins du paragraphe 45(1) de façon à englober « tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit ». En conséquence, une entente visant à éliminer ou réduire des rabais constitue une entente sur la fixation des prix. Cette entente entre concurrents serait donc examinée en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi*. Une défense fondée sur les restrictions accessoires ne peut pas être invoquée parce qu'il n'existe aucune preuve indiquant que la restriction à la concurrence convenue entre X et Y était raisonnablement nécessaire afin de promouvoir ou faciliter l'objectif de quelque entente plus large. À cet égard, le souhait des entreprises d'augmenter leurs parts de marché n'est pas une entente plus large dont la fixation des prix serait un élément. Plutôt, l'entente sur la fixation des prix convenue entre X et Y n'a d'autre objectif que de limiter la concurrence entre les parties. Cette entente susciterait donc vraisemblablement des préoccupations au regard de l'article 45 de la *Loi*.

EXEMPLE 2 ENTENTE SUR L'ATTRIBUTION DE MARCHÉS ENTRE CONCURRENTS POTENTIELS

X est un fournisseur établi de bidules dans l'ensemble de l'Ouest canadien. Il a réalisé d'importants bénéfices dans les dernières années, après avoir reconnu que le marché des bidules de l'Ouest canadien connaissait une insuffisance de l'offre et agi rapidement pour combler la demande avec son propre produit. X souhaite maintenant faire suite à ses succès récents en fournissant des bidules dans l'Est canadien, où Y est le plus grand fournisseur de bidules. Y fournit des bidules uniquement dans l'Est canadien, mais envisage de prendre de l'expansion dans l'Ouest canadien. X et Y se rencontrent pour discuter des tendances dans l'industrie des bidules. À cette réunion, ils apprennent chacun les projets d'expansion de l'autre. Pour préserver la rentabilité de leurs activités respectives, X et Y s'entendent sur ce que X limitera ses ventes de bidules à l'Ouest

canadien et Y, à l'Est canadien. Lorsque questionnées à propos de leur entente, les parties argumentent, entre autres, que la restriction est en fait une restriction accessoire.

Analyse

Le paragraphe 45(8) de la *Loi* définit le terme « concurrent » de façon à englober une personne dont il est raisonnable de croire qu'elle ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit²⁴ en l'absence d'une entente. Même si X et Y ne sont pas des concurrents au moment de l'entente, le Bureau examinera la possibilité qu'un ou l'autre, ou les deux, feraient vraisemblablement concurrence à l'égard de la fourniture de bidules dans le territoire de vente de l'autre en l'absence de l'entente. En particulier, en présence d'éléments de preuve quant aux projets et à la capacité de chaque entreprise de réaliser une expansion nationale, le Bureau tirerait la conclusion que X et Y sont des concurrents potentiels. Cette entente soulèverait donc vraisemblablement des préoccupations en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi* parce qu'il s'agit d'une entente entre concurrents potentiels visant à attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la fourniture d'un produit.

Bien que cette entrave à la concurrence puisse contrevenir au paragraphe 45(1) de la *Loi*, le Bureau étudierait l'argument des parties comme quoi il s'agirait en fait d'une restriction accessoire. En examinant cette défense en vertu du paragraphe 45(4) de la *Loi*, le Bureau vérifie si : (i) la restriction est accessoire à une entente plus large ou distincte entre les mêmes parties; (ii) la restriction est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte et est raisonnablement nécessaire à sa réalisation; et (iii) l'entente plus large ou distincte, considérée indépendamment de la restriction, ne contrevient pas au paragraphe 45(1). En l'occurrence, rien n'indique que la restriction soit accessoire à une entente plus large entre les deux parties. En conséquence, il est improbable que la défense fondée sur les restrictions accessoires s'appliquerait à l'entente entre les parties.

EXEMPLE 3

ENTENTE DE RESTRICTION DE LA PRODUCTION

X et Y se font concurrence pour la production de trucs. Chacune des entreprises exploite quatre usines à divers endroits au Canada. À la suite d'une baisse de la demande, il y a maintenant une capacité excédentaire de production de trucs. X et Y se rencontrent et conviennent de réduire la capacité de production dans l'industrie en vue de stabiliser les prix. Peu après la rencontre, chaque entreprise ferme une usine.

Analyse

Des ententes ne peuvent pas être exemptées des dispositions de la *Loi* uniquement du fait d'une conjoncture économique morose. Dans le présent exemple, l'entente susciterait vraisemblablement des préoccupations en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi* parce qu'il s'agit d'une entente entre concurrents visant à fixer, réduire ou éliminer la production d'un produit.

24 Le terme « produit » désigne aussi bien un seul produit que plusieurs produits, y compris des produits différenciés qui sont en concurrence entre eux.

EXEMPLE 4

ENTENTE DE DISTRIBUTION MIXTE

X est un fabricant canadien de bidules qui vend des bidules à des distributeurs et des détaillants. Y, un distributeur indépendant, s'enquiert auprès de X de la possibilité de distribuer ses bidules. Y ne possède aucune installation de production et n'est par ailleurs pas en mesure de fabriquer des bidules par ses propres moyens. X conclut avec Y une entente de distribution précisant le prix auquel X vendra des bidules à Y. L'entente exige aussi que Y distribue uniquement les bidules de X, et ce, uniquement auprès des détaillants en Ontario. X continuera de vendre ses bidules aux distributeurs et détaillants en Ontario et dans le reste du Canada.

Analyse

Comme l'indique la rubrique 2.3.3 des présentes lignes directrices, le Bureau évalue les ententes de distribution mixte entre des fournisseurs et des distributeurs à la lumière des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi* et non de la disposition criminelle du paragraphe 45(1) de la *Loi*. Dès lors, si le Bureau évaluait cet arrangement, il le ferait par exemple en vertu de l'article 77 de la *Loi*. Fait à noter, le Bureau ne considère pas l'entente entre X et Y visant à fixer le prix auquel X fournit des bidules à Y comme une entente de fixation des prix.

EXEMPLE 5

ENTENTES VISANT DES FRANCHISÉS

(a) Ententes non criminelles

Les ententes conclues par un franchiseur avec chacun de ses franchisés prévoient que les franchisés ne fourniront pas des produits à des clients à l'extérieur des territoires de vente qui leur sont respectivement affectés. Les parties à ces ententes affirment que ces restrictions sont nécessaires pour garantir que chaque franchisé dispose d'un territoire de vente suffisant pour permettre la viabilité globale de la franchise et la promotion efficace des produits.

Analyse

Comme il en est question à la rubrique 2.3.3 des présentes lignes directrices, le Bureau ne considère pas qu'une restriction contenue dans une entente de franchise et prévoyant que les franchisés fournissent des produits uniquement dans un territoire défini soit une entente entre concurrents. En conséquence, l'entente ne serait pas examinée en vertu du paragraphe 45(1) ou de l'article 90.1; elle pourrait toutefois être évaluée en vertu d'une autre disposition civile de la partie VIII de la *Loi*, comme l'article 77 (limitation du marché).

(b) Ententes criminelles

Le franchiseur X a conclu des ententes accordant des franchises à trois franchisés, B, C et D, qui fournissent tous des produits dans la même région et partagent la même clientèle. Les franchisés s'inquiètent de la concurrence par les prix entre eux. Les franchisés B, C et D concluent un accord visant à fixer les prix de leurs produits.

Analyse

Ainsi qu'il en est question à la rubrique 2.3.3 des présentes lignes directrices, le Bureau évalue en général les ententes entre franchiseurs et franchisés qui attribuent des marchés ou des clients pour les activités du franchisé — par exemple lorsque l'entente de franchise attribue aux franchisés un territoire de vente autorisé — à la lumière des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi* et non de la disposition criminelle du paragraphe 45(1) de la *Loi*. Cependant, la simple existence d'une relation franchiseur-franchisé entre deux parties n'exclut pas en soi la possibilité que des ententes entre ces parties en vue de fixer les prix, attribuer les marchés ou limiter la production de produits qui ne sont pas visés par l'accord de franchise puissent être assujetties à l'article 45.

En outre, lorsqu'une entente est en fait une entente entre franchisés visant à limiter la concurrence entre eux, par exemple en attribuant des marchés ou en fixant des prix, elle sera examinée en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi*. Dans le présent exemple, l'entente entre B, C et D susciterait vraisemblablement des préoccupations en vertu du paragraphe 45(1) parce qu'elle constitue une entente entre concurrents en vue de fixer les prix pour la fourniture de produits à l'égard desquels ils sont en concurrence.

EXEMPLE 6 ENTENTE DE VENTES COMMUNES

(a) Ententes non criminelles

X et Y sont en concurrence entre eux pour la fourniture de bidules. Actuellement, ils utilisent chacun leurs propres distributeurs et entrepôts pour fournir des bidules à des détaillants, expédiant chaque semaine les produits par des camions différents depuis des entrepôts différents. X et Y concluent une entente prévoyant qu'ils utiliseront un distributeur commun, un entrepôt commun et des installations de distribution communes, de façon à livrer chaque semaine les bidules aux détaillants au moyen d'expéditions communes. X et Y continuent d'établir indépendamment les prix de leurs produits et restent libres de fournir leurs produits par le biais d'autres distributeurs. X et Y conviennent aussi que le distributeur commun ne communiquera à une des parties aucun renseignement provenant de l'autre partie au sujet des prix, de la commercialisation ou d'autres aspects importants pour la concurrence. La coentreprise ne suppose pas l'acquisition par X ou Y d'un intérêt important dans l'entreprise de l'autre partie qui pourrait être considérée comme une fusion en vertu de la *Loi*.

Analyse

L'entente de cet exemple est manifestement une entente entre concurrents. Cependant, elle serait examinée en vertu de l'article 90.1 de la *Loi* et non du paragraphe 45(1). En effet, elle ne constitue pas une entente entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer des marchés ou réduire la production.

En évaluant l'entente en vertu de l'article 90.1, le Bureau tiendrait compte de divers facteurs, y compris la mesure dans laquelle les parties à l'entente possèdent une puissance commerciale, la mesure dans laquelle l'entente vise des conditions commerciales importantes sur le plan de la concurrence, le fait que les parties puissent ou non fournir des produits en dehors du cadre de l'entente ou par ailleurs conserver la capacité de faire concurrence de façon indépendante, le

fait que l'entente exige ou non la communication entre les parties de renseignements importants pour la concurrence ou crée des possibilités en ce sens, et la mesure dans laquelle tout effet anticoncurrentiel est surpassé et neutralisé par les gains en efficacité engendrés par l'entente.

Dans le présent exemple, le Bureau ne contesterait vraisemblablement pas l'entente puisque celle-ci ne vise pas des conditions commerciales importantes sur le plan de la concurrence, ni ne vise à limiter la capacité des parties de fournir des produits en dehors du cadre de l'entente, et l'entente prévoit des mesures visant à prévenir la communication de renseignements importants pour la concurrence. Dans la mesure où le Bureau déterminerait que l'entente entraînerait vraisemblablement un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence, le Bureau examinerait aussi tous les faits disponibles pour déterminer si les éventuels effets anticoncurrentiels seraient neutralisés et surpassés par les gains en efficacité qui découleraient vraisemblablement de l'entente, avant de juger s'il est opportun de contester l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*.

(b) Ententes criminelles

X et Y sont en concurrence entre eux pour la fourniture de bidules, mais ils sont aussi intéressés à mettre au point un truc, produit sans lien avec les bidules. X et Y concluent une entente de coentreprise pour la mise au point du truc. L'entente précise aussi que les parties fixeront un prix commun pour la fourniture des bidules, ce qui selon les parties est directement lié et raisonnablement nécessaire à la réalisation de la coentreprise. La coentreprise ne suppose pas l'acquisition par X ou Y d'un intérêt important dans l'entreprise de l'autre partie qui pourrait être considérée comme une fusion en vertu de la *Loi*.

Analyse

L'entente de coentreprise comprend une restriction qui fixe les prix des bidules fournis par les parties. Bien que cette restriction puisse contrevenir au paragraphe 45(1) de la *Loi*, le Bureau étudierait la possibilité que s'applique la défense fondée sur les restrictions accessoires.

En examinant cette défense en vertu du paragraphe 45(4) de la *Loi*, le Bureau vérifie si : (i) la restriction est accessoire à une entente plus large ou distincte entre les mêmes parties; (ii) la restriction est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte et est raisonnablement nécessaire à sa réalisation; et (iii) l'entente plus large ou distincte, considérée indépendamment de la restriction, ne contrevient pas au paragraphe 45(1). Il est particulièrement pertinent de savoir si la restriction à la concurrence convenue par les parties est directement liée et raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'entente de coentreprise. Selon les faits, rien n'indique que la fixation d'un prix pour la fourniture des bidules soit ou bien directement liée ou bien raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'entente plus large de coentreprise, laquelle vise la mise au point de trucs. En outre, tel qu'indiqué à la rubrique 2.5.3 des présentes lignes directrices, pour qu'une restriction soit directement liée, il ne suffit pas simplement d'établir que les participants ne concluraient pas l'entente plus large en l'absence de la restriction en cause.

En conséquence, la défense fondée sur les restrictions accessoires ne serait vraisemblablement pas applicable à l'égard de l'entente de fixation des prix des parties, laquelle susciterait vraisemblablement des préoccupations en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi*.

EXEMPLE 7

PARTAGE D'INFORMATION

L'Association canadienne des bidules (ACB) est un regroupement d'entreprises visant à promouvoir les intérêts des fabricants canadiens de bidules. L'ACB compte 25 producteurs de bidules, dont les 5 plus grands producteurs de bidules au Canada. Les membres de l'ACB détiennent collectivement 70 p. 100 du marché de la fourniture de bidules au Canada, bien qu'aucun membre individuel n'en détienne plus de 10 p. 100. Certains membres ont commencé à fournir des bidules récemment. Lors d'une assemblée annuelle de l'ACB, les membres ont unanimement convenu de nommer un tiers indépendant qui recueillera certains renseignements auprès de chaque membre afin de cerner les tendances de l'industrie et d'établir des points de repère. En particulier, les membres conviennent de remettre au tiers des données sur les volumes de ventes par type de client et par région ainsi que certains renseignements historiques sur les coûts. Le tiers fournira aux membres des données globales de sorte que les renseignements sur les ventes d'aucun membre en particulier ne pourront être reconnus.

Analyse

Dans cet exemple, les membres de l'ACB ne s'entendent pas pour fixer les prix, attribuer des marchés ou réduire la production. Par conséquent, le Bureau examinerait l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi* et non du paragraphe 45(1).

En évaluant l'entente en vertu de l'article 90.1, le Bureau tiendrait compte de divers facteurs, y compris : la nature de l'information échangée (c.-à-d. la mesure dans laquelle elle est délicate sur le plan de la concurrence); l'actualité de l'information échangée (c.-à-d. si l'information concerne des activités passées, actuelles ou futures); la mesure dans laquelle les parties participant à un échange d'information possèdent ou posséderont vraisemblablement une puissance commerciale; la façon dont l'information est recueillie et disséminée (p. ex., si l'information est partagée directement entre concurrents ou colligée par un tiers); la mesure dans laquelle les parties sont contraintes de participer à l'échange d'information; et la mesure dans laquelle les éventuels effets anticoncurrentiels sont neutralisés et surpassés par les gains en efficacité engendrés par l'entente d'échange d'information.

Dans le présent exemple, les membres de l'ACB assurent collectivement une importante part de la fourniture de bidules dans le marché pertinent et, tout dépendant des obstacles à l'entrée et d'autres facteurs, ils pourraient collectivement posséder une puissance commerciale. Le Bureau reconnaît que l'échange d'information entre concurrents peut nuire à la concurrence en réduisant les incertitudes quant aux stratégies des concurrents et en réduisant l'indépendance commerciale de chaque entreprise. Cependant, l'information en cause dans le présent exemple sera seulement partagée dans une forme globale par le biais d'un tiers indépendant qui ne révélera pas les données sur les ventes ou les coûts d'entreprises individuelles. Par conséquent, l'information fournie aux membres n'est pas délicate sur le plan de la concurrence, et l'entente ne mènerait vraisemblablement pas à un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence dans le marché pour la fourniture de bidules. Cela étant, le Bureau ne contesterait vraisemblablement pas l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*.

EXEMPLE 8

RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT EN COMMUN

X et Y concluent une entente de coentreprise visant la recherche et développement (R-D) afin de mettre au point un nouveau produit appelé un « truc ». La collaboration engendre un important risque commercial. L'entente de coentreprise précise que chacune des parties doit apporter un investissement considérable à la coentreprise et que les parties ne peuvent pas poursuivre des travaux de R-D sur les trucs en dehors de la coentreprise, de sorte que des trucs concurrents ne seront pas mis au point par les parties parallèlement à la mise au point des trucs par la coentreprise. Une fois que le truc sera mis au point, X et Y doivent chacun produire et vendre le produit indépendamment l'un de l'autre. La coentreprise ne suppose pas l'acquisition par X ou Y d'un intérêt important dans l'entreprise de l'autre partie qui pourrait être considérée comme une fusion en vertu de la *Loi*.

Analyse

Dans le présent exemple, le Bureau examinerait d'abord la mesure dans laquelle X et Y sont des concurrents ou des concurrents potentiels. Pour ce faire, le Bureau voudra déterminer si X et Y sont en mesure de mettre le produit au point indépendamment de l'entente de R-D. Si les parties ne sont pas en mesure de le faire, elles ne seraient pas considérées comme des concurrents aux fins du paragraphe 45(1) ou de l'article 90.1 de la *Loi*. Si elles sont en mesure de le faire, fût-ce à un coût plus élevé ou sur une période plus longue que dans le cadre de la collaboration, le Bureau considérera les parties comme des concurrents.

Si le Bureau détermine que les parties sont des concurrents, il évaluera ensuite la nature de la restriction à la concurrence convenue par les parties. Dans cet exemple, rien n'indique que l'entente est une restriction pure et simple à l'égard de la concurrence, le Bureau examinerait initialement l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*. C'est seulement s'il détermine que l'entente est essentiellement une entente visant à attribuer des ventes ou des marchés pour la production ou la fourniture d'un produit ou à empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture d'un produit que le Bureau examinerait l'entente en vertu du paragraphe 45(1).

Lorsqu'il évalue des ententes de R-D en vertu de l'article 90.1, le Bureau prendra en compte divers facteurs, y compris le fait que l'entente soit limitée à la R-D ou qu'elle contienne des dispositions sur l'exploitation commune de produits; le fait que les parties posséderaient vraisemblablement ou non une puissance commerciale dans le marché pertinent; le fait que les restrictions imposées à la concurrence soient ou non raisonnablement nécessaires à la réalisation de l'objectif de l'entente de R-D, et le fait que les éventuels effets anticoncurrentiels soient ou non neutralisés et surpassés par les gains en efficacité engendrés par l'entente de R-D.

Le Bureau voudra déterminer si les parties à l'entente possèdent ou posséderaient vraisemblablement une puissance commerciale à l'égard de l'offre du produit pertinent. En l'absence d'une telle puissance commerciale, l'entente n'aurait vraisemblablement pas pour

effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Pour en juger, le Bureau examine la mesure dans laquelle des substituts concurrentiels existent dans le marché ou sont en voie de mise au point.

Si le Bureau détermine que l'entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il examinera aussi tous les faits disponibles indiquant si les éventuels effets anticoncurrentiels sont ou non neutralisés et surpassés par les gains en efficacité susceptibles de découler de l'entente. Il déciderait ensuite de l'opportunité de contester l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*.

L'entente de cet exemple serait évaluée en vertu de l'article 90.1, mais dans le cadre des présentes lignes directrices, cet exemple servira aussi à illustrer la façon dont le Bureau procéderait à son analyse à l'égard de la défense fondée sur les restrictions accessoires dans l'éventualité où l'entente était évaluée en vertu de l'article 45. En examinant cette défense en vertu du paragraphe 45(4) de la *Loi*, le Bureau vérifie si : (i) la restriction est accessoire à une entente plus large ou distincte entre les mêmes parties; (ii) la restriction est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte et est raisonnablement nécessaire à sa réalisation; et (iii) l'entente plus large ou distincte, considérée indépendamment de la restriction, ne contrevient pas au paragraphe 45(1). Il est particulièrement pertinent de savoir si la restriction à la concurrence convenue par les parties est directement liée et raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'entente de coentreprise. À cet égard, le Bureau examinera entre autres la durée de la restriction accessoire, l'objet de la restriction (c.-à-d. si elle s'applique à des produits non visés par la collaboration entre concurrents) et la portée de la restriction. Il déterminera ainsi si la restriction est raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de l'entente plus large, comme doit l'être la défense fondée sur les restrictions accessoires.

Le Bureau étudiera aussi la possibilité que des options sensiblement moins restrictives étaient accessibles aux parties, et que les parties auraient pu réaliser une entente équivalente ou comparable par des moyens pratiques et moins restrictifs qui étaient raisonnablement accessibles aux parties au moment où elles ont conclu leur entente. Parmi les faits pertinents à cette analyse du Bureau figurent la présence d'une entente de coentreprise plus large, l'importance de l'investissement exigé de la part de X et de Y, et le risque commercial entourant la coentreprise. Le Bureau évaluera aussi tout élément de preuve indiquant la mesure dans laquelle les parties investiraient dans la collaboration si une d'elles pouvait faire concurrence à la coentreprise de façon indépendante.

Dans le présent exemple, le Bureau tirerait probablement la conclusion que la défense fondée sur les restrictions accessoires est applicable. Par conséquent, il examinerait l'entente en vertu de l'article 90.1 de la *Loi* et non du paragraphe 45(1).

EXEMPLE 9

GROUPES D'ACHAT

De nombreuses entreprises se font concurrence pour la fourniture de trucs au Canada. Les bidules sont des intrants importants dans la production des trucs. Les bidules sont fournis au Canada par deux entreprises, X et Y, qui offrent des escomptes de volume pour les achats de grandes quantités de bidules. Les grands acheteurs peuvent aisément obtenir les escomptes de volume, mais les plus petites entreprises sont souvent incapables d'arriver aux volumes voulus et par conséquent doivent assumer des coûts plus élevés. Dix fabricants de trucs réalisant ensemble environ 10 p. 100 des achats totaux de bidules de X et Y conviennent de former un groupe d'achat pour obtenir les bidules. Le groupe d'achat négocie avec X et Y un prix commun pour la fourniture de bidules à ses membres. En outre, pour s'assurer que le groupe d'achat puisse obtenir les escomptes de volume voulus, le groupe d'achat impose un volume d'achats minimum à ses membres (les entreprises qui veulent acheter des quantités moindres ne peuvent pas faire partie du groupe).

Analyse

Dans le présent exemple, l'entente serait examinée en vertu de l'article 90.1 de la *Loi* et non du paragraphe 45(1) puisqu'elle ne constitue pas une entente entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer des marchés ou réduire la production à l'égard de la **fourniture** d'un produit. Plutôt, l'entente vise l'**achat** de produits par des concurrents.

Comme le groupe d'achat détiendrait une part du marché pertinent en amont d'à peine 10 p. 100, il ne posséderait vraisemblablement pas un pouvoir de monopsonne à l'égard de l'achat de bidules. En conséquence, le Bureau ne contesterait vraisemblablement pas l'entente en vertu de l'article 90.1.

EXEMPLE 10

ENTENTE VISANT L'ÉCHANGE DE PRODUITS

X et Y sont des concurrents situés dans des régions différentes du Canada, produisant un produit commun homogène. Ce produit est expédié à partir de centres régionaux à des distributeurs qui l'entreposent, puis le livrent aux clients. Comme X et Y ont chacun un certain nombre de clients d'envergure nationale, ils vendaient depuis des années le produit à des distributeurs situés dans les régions de l'autre. Récemment, X et Y ont conclu une entente prévoyant qu'ils achèteraient chacun un nombre donné de tonnes du produit provenant de l'usine de l'autre. L'entente permet à X et Y de réduire les coûts d'expédition à leurs distributeurs respectifs dans les régions de l'autre. Elle ne contient aucune disposition visant les prix de ventes ou d'autres aspects de la concurrence.

Analyse

Bien qu'il s'agisse d'une entente entre concurrents, elle serait examinée en vertu de l'article 90.1 de la *Loi* et non du paragraphe 45(1). En effet, elle ne constitue pas une entente entre concurrents visant à fixer les prix, attribuer des marchés ou réduire la production.

En évaluant une entente en vertu de l'article 90.1, le Bureau tiendra compte de divers facteurs, y compris la mesure dans laquelle les parties à l'entente possèdent une puissance commerciale, la mesure dans laquelle l'entente vise des conditions commerciales importantes sur le plan de la concurrence, le fait que les parties puissent ou non fournir des produits en dehors du cadre de l'entente ou par ailleurs conserver la capacité de faire concurrence de façon indépendante, et le fait que l'entente exige ou non la communication entre les parties de renseignements importants pour la concurrence ou crée des possibilités en ce sens.

Un des éléments du présent exemple qui seraient pertinents à l'évaluation du Bureau est le fait que l'entente permet à X et à Y de faire concurrence de façon indépendante à l'égard du prix et d'autres aspects de la vente du produit. Même si l'entente prévoit que X et Y achèteront chaque année un nombre donné de tonnes du produit, elle n'impose aucune restriction à la production d'une ou l'autre partie — et notamment, elle n'empêche pas les parties de construire une nouvelle usine ou d'agrandir une usine existante.

Dans la mesure où le Bureau déterminerait qu'une entente entraînerait vraisemblablement un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence, avant de décider de l'opportunité de la contester en vertu de l'article 90.1 de la *Loi*, il prendrait aussi en considération les éléments de preuve indiquant la mesure dans laquelle les éventuels effets anticoncurrentiels seraient neutralisés et surpassés par les gains en efficacité engendrés par l'entente. Selon les faits du présent exemple, le Bureau ne contesterait vraisemblablement pas l'entente en vertu de l'article 90.1.

EXEMPLE II

ENTENTE D'ÉCHANGE OU DE TROC DE PRODUITS

Les entreprises X et Y sont des concurrents dans un marché de produits où elles sont confrontées à des concurrents de plus grande envergure. Il existe un prix de gros pour le produit à l'échelle mondiale, mais le prix de détail pratiqué par chaque entreprise dépend principalement des coûts de transport.

X et Y concluent une entente d'échange ou de troc de produits. X achètera le produit auprès de Y dans l'Est canadien, et Y achètera le produit de X dans l'Ouest canadien. X et Y peuvent ainsi réduire leurs coûts de transport et servir une gamme de clients plus vaste.

Analyse

Ce genre d'entente ne suppose pas une entente entre concurrents visant à fixer les prix, réduire la production ou attribuer les marchés ou les clients. Toute question concernant la concurrence que l'entente engendrerait serait examinée en vertu de l'article 90.1 de la *Loi* et non du paragraphe 45(1).

Le Bureau ne contesterait probablement pas des ententes d'échange de produits qui servent seulement à permettre à des entreprises régionales de réduire les coûts et de servir une gamme de clients plus vaste de façon concurrentielle.

EXEMPLE 12

LIGNES DIRECTRICES D'UNE ASSOCIATION D'ENTREPRISES

Depuis quelques années, certains membres de l'industrie des trucs ont commencé à déclarer les commandes comme des revenus dans leurs états financiers publics. Par suite d'un ralentissement de l'économie, la plupart des commandes ne se sont pas concrétisées. Les médias ont alors publié des articles critiquant les pratiques comptables de l'industrie de fabrication des trucs. Lors d'une réunion de l'Association canadienne des fabricants de trucs, plusieurs membres ont exprimé des préoccupations au sujet des pratiques comptables de certains fabricants et de leur incidence sur le financement et la réputation de l'industrie. Peu après, l'Association a adopté une ligne directrice non contraignante visant les pratiques comptables des membres de l'industrie, fondée sur les conseils de professionnels de la comptabilité.

Analyse

Même si les membres de l'Association doivent probablement être considérés comme des concurrents, la ligne directrice volontaire de l'industrie ne constituerait pas une entente visant à fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production. En conséquence, elle ne soulèverait pas de problème en vertu du paragraphe 45(1). L'adoption par une industrie d'une ligne directrice volontaire sur les meilleures pratiques comptables n'aurait vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence et donc ne serait pas contestée par le Bureau.



5. DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI

2. (2) Pour l'application de la présente loi :

- a) une personne morale est affiliée à une autre personne morale si l'une d'elles est la filiale de l'autre, si toutes deux sont des filiales d'une même personne morale ou encore si chacune d'elles est contrôlée par la même personne;
- b) si deux personnes morales sont affiliées à la même personne morale au même moment, elles sont réputées être affiliées l'une à l'autre;
- c) une société de personnes ou une entreprise individuelle est affiliée à une autre société de personnes, à une autre entreprise individuelle ou à une personne morale si toutes deux sont contrôlées par la même personne.

(4) Pour l'application de la présente loi :

- a) une personne morale est contrôlée par une personne autre que Sa Majesté si :
 - (i) des valeurs mobilières de cette personne morale comportant plus de cinquante pour cent des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale en question sont détenues, directement ou indirectement, notamment par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs filiales, autrement qu'à titre de garantie uniquement, par cette personne ou pour son bénéficiaire,
 - (ii) les votes que comportent ces valeurs mobilières sont suffisants, en supposant leur exercice, pour élire une majorité des administrateurs de la personne morale;
- b) une personne morale est contrôlée par Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province si :
 - (i) la personne morale est contrôlée par Sa Majesté de la manière décrite à l'alinéa a),
 - (ii) dans le cas d'une personne morale sans capital-actions, une majorité des administrateurs de la personne morale, autres que les administrateurs d'office, sont nommés par :
 - (A) soit le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil de la province, selon le cas,
 - (B) soit un ministre du gouvernement du Canada ou de la province, selon le cas;
- c) contrôle une société de personnes la personne qui détient dans cette société des titres de participation lui donnant droit de recevoir plus de cinquante pour cent des bénéfices de la société ou plus de cinquante pour cent des éléments d'actif de celle-ci au moment de sa dissolution.

45. (1) Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, conclut un accord ou un arrangement :

- a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;
- b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;
- c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de quatorze ans et une amende maximale de 25 000 000 \$, ou l'une de ces peines.

(3) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1) , le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

(4) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (1) à l'égard d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement qui aurait par ailleurs contrevenu à ce paragraphe si, à la fois :

- a) il établit, selon la prépondérance des probabilités :

- (i) que le complot, l'accord ou l'arrangement, selon le cas, est accessoire à un accord ou à un arrangement plus large ou distinct qui inclut les mêmes parties,
 - (ii) qu'il est directement lié à l'objectif de l'accord ou de l'arrangement plus large ou distinct et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif;
- b) l'accord ou l'arrangement plus large ou distinct, considéré individuellement, ne contrevient pas au même paragraphe.

(5) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (1) si le complot, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada, sauf dans les cas suivants :

- a) le complot, l'accord ou l'arrangement a eu pour résultat ou aura vraisemblablement pour résultat de réduire ou de limiter la valeur réelle des exportations d'un produit;
- b) il a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;
- c) il ne vise que la fourniture de services favorisant l'exportation de produits du Canada.

(6) Le paragraphe (1) ne s'applique pas au complot, à l'accord ou à l'arrangement :

- a) intervenu exclusivement entre des personnes morales qui sont chacune des affiliées de toutes les autres;
- b) conclu entre des institutions financières fédérales et visé au paragraphe 49(1).

(7) Les règles et principes de la common law qui font d'une exigence ou d'une autorisation prévue par une autre loi fédérale ou une loi provinciale, ou par l'un de ses règlements, un moyen de défense contre des poursuites intentées en vertu du paragraphe 45(1) de la présente loi, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du présent article, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites intentées en vertu du paragraphe (1).

(8) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« concurrent » S'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement visant à faire l'une des choses prévues aux alinéas (1)a) à c).

« prix » S'entend notamment de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit.

45.1 Aucune poursuite ne peut être intentée à l'endroit d'une personne en application du paragraphe 45(1) si les faits au soutien de la poursuite sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une ordonnance à l'endroit de cette personne demandée par le commissaire en vertu des articles 76, 79, 90.1 ou 92.

85. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 86 à 90.

[...]

« accord de spécialisation » Accord en vertu duquel chacune des parties s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord à la condition que chacune des autres parties à l'accord s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord et s'entend également d'un semblable accord aux termes duquel les parties conviennent en outre d'acheter exclusivement des autres parties les articles et les services qui font l'objet de l'accord.

90. Ni l'article 45, ni l'article 77, dans la mesure où il porte sur l'exclusivité, ni l'article 90.1 ne s'appliquent aux accords de spécialisation ou à leurs modifications lorsque ceux-ci sont inscrits.

90.1 (1) Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :

- a) interdisant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;
- b) enjoignant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

(2) Pour décider s'il arrive à la conclusion visée au paragraphe (1), le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

- a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties à l'accord ou à l'arrangement;
- b) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à l'accord ou à l'arrangement;
- c) les entraves à l'accès à ce marché, notamment :
 - (i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,
 - (ii) les barrières interprovinciales au commerce,
 - (iii) la réglementation de cet accès;
- d) les effets de l'accord ou de l'arrangement sur les entraves visées à l'alinéa c);
- e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans ce marché;
- f) le fait que l'accord ou l'arrangement a entraîné la disparition d'un concurrent dynamique et efficace ou qu'il entraînera ou pourrait entraîner une telle disparition;
- g) la nature et la portée des changements et des innovations dans tout marché pertinent;
- h) tout autre facteur pertinent à l'égard de la concurrence dans le marché qui est ou serait touché par l'accord ou l'arrangement.

(3) Pour l'application des paragraphes (1) et (2), le Tribunal ne peut fonder sa conclusion uniquement sur des constatations relatives à la concentration ou à la part de marché.

(4) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue au paragraphe (1) dans les cas où il conclut que l'accord ou l'arrangement a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement de l'accord ou de l'arrangement et que ces gains n'auraient pas été réalisés, si l'ordonnance avait été rendue ou ne le seraient vraisemblablement pas si l'ordonnance était rendue.

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le Tribunal ne peut fonder uniquement sur une redistribution de revenu entre plusieurs personnes sa conclusion que l'accord ou l'arrangement a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience.

(6) Pour décider si l'accord ou l'arrangement aura vraisemblablement pour effet d'entraîner les gains en efficience visés au paragraphe (4), le Tribunal examine si ces gains se traduiront, selon le cas :

- a) par une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;
- b) par une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(7) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'accord ou à l'arrangement qui est intervenu ou interviendrait exclusivement entre des personnes morales qui sont chacune des affiliées de toutes les autres.

(8) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'accord ou à l'arrangement qui se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada, sauf dans les cas suivants :

- a) il a eu pour résultat ou aura vraisemblablement pour résultat une réduction ou une limitation de la valeur réelle des exportations d'un produit;
- b) il a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;
- c) il a sensiblement empêché ou diminué la concurrence dans la fourniture de services visant à favoriser l'exportation de produits du Canada, ou aura vraisemblablement un tel effet.

(9) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue au paragraphe (1) en ce qui touche :

a) un accord ou un arrangement intervenu entre des institutions financières fédérales, au sens du paragraphe 49(3), à l'égard duquel le ministre des Finances certifie au commissaire le nom des parties et le fait qu'il a été conclu à sa demande ou avec son autorisation pour les besoins de la politique financière;

b) un accord ou un arrangement constituant une fusion — réalisée ou proposée — aux termes de la *Loi sur les banques*, de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, de la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, et à l'égard duquel le ministre certifie au commissaire le nom des parties et le fait que cette fusion est dans l'intérêt public, ou qu'elle le serait compte tenu des conditions qui pourraient être imposées dans le cadre de ces lois;

c) un accord ou un arrangement constituant une fusion — réalisée ou proposée — agréée en vertu du paragraphe 53.27(7) de la *Loi sur les transports au Canada* et à l'égard duquel le ministre des Transports certifie au commissaire le nom des parties.

(10) 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 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, 79 ou 92.

(11) Au paragraphe (1), « concurrent » s'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence de l'accord ou de l'arrangement.



6. 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*, 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

[Numéro 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