Bureau de la concurrence Canada

Competition Bureau Canada

Abus de position dominante

Lignes directrices

Canada

Cette publication n'est pas un document juridique. Elle renferme, à titre de référence, des renseignements d'ordre général. Pour en savoir plus, veuillez vous reporter au texte des lois ou communiquer avec le Bureau de la concurrence.

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) : 1-866-694-8389
Télécopieur : 819-997-0324
Site Web : http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/

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

Cette publication est également offerte sur Internet en version HTML à l'adresse suivante :
http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04420.html

Autorisation de reproduire
À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du Bureau de la concurrence, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le Bureau de la concurrence soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le Bureau de la concurrence ou avec son consentement. Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, veuillez demander l'affranchissement de droit d'auteur ou écrire à :

Direction générale des communications et du marketing
Innovation, Sciences et Développement économique Canada
Édifice C.D.-Howe
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) Canada
K1A 0H5
Courriel : ISDE@Canada.ca

N° de cat. : Iu54-48/1-2019F-PDF
ISBN : 978-0-660-29947-1
2019-03-07

Aussi disponible en anglais sous le titre : *Abuse of Dominance Enforcement Guidelines*

Avant-propos

Le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), en tant qu'organisme d'application de la loi indépendant, veille à ce que les entreprises et les consommateurs canadiens prospèrent dans un marché concurrentiel et innovateur. Dirigé par le commissaire de la concurrence (le « commissaire »), le Bureau enquête sur les pratiques anticoncurrentielles et il est chargé de promouvoir la conformité aux lois relevant de sa compétence, dont la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »)[1].

La concurrence entre les entreprises est le signe d'une économie solide, stimulant la création de valeur et récompensant l'entrepreneuriat et l'innovation. Lorsque les entreprises se livrent à une concurrence fondée sur la qualité intrinsèque de leurs produits et services, les forces du marché génèrent habituellement les retombées économiques les plus efficaces et bénéfiques pour la société.

Dans certains cas toutefois, des entreprises en position dominante peuvent perturber ce processus en se livrant à des comportements qui nuisent aux forces concurrentielles du marché, donnant lieu à des résultats inefficaces. Dans ces rares circonstances, le Bureau peut avoir recours aux dispositions sur l'abus de position dominante (et à d'autres dispositions) de la Loi pour corriger certains comportements et rétablir le processus concurrentiel.

Les présentes lignes directrices décrivent l'approche générale du Bureau dans son application des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la Loi). Elles remplacent les précédentes lignes directrices et les déclarations du commissaire ou d'autres représentants du Bureau relativement à l'administration et à l'application des dispositions sur l'abus de position dominante de la Loi.

Les lignes directrices sur l'abus de position dominante ne remplacent pas l'avis de conseillers juridiques, ne visent pas à reformuler l'état du droit et ne contraignent pas le commissaire quant à la façon d'exercer ses pouvoirs dans une situation donnée. Les décisions du commissaire et la façon dont les questions sont réglées en définitive dépendront des circonstances particulières en cause.

Tout au long de ces lignes directrices, il est fait référence aux décisions judiciaires selon des intitulés abrégés. Les références complètes sont à la fin du document. Tous les renvois aux décisions représentent l'interprétation du droit par le Bureau.

L'interprétation du droit relève en dernier ressort du Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») et des tribunaux judiciaires.

[1] L.R.C. (1985), ch. C-34.

Table des matières

Avant-propos iii

Résumé analytique 01

1. Dominance 04

A. « une catégorie ou espèce d'entreprises » : le marché de produits 05

B. « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » : le marché géographique 08

C. « contrôlent sensiblement ou complètement » : la puissance commerciale 10

i) Parts de marché et barrières à l'entrée 11

ii) Le pouvoir d'exclusion 16

iii) Autres facteurs 17

D. « une ou plusieurs personnes » : dominance conjointe 18

2. Agissements anticoncurrentiels 20

A. Une « pratique » 20

B. Agissements anticoncurrentiels 20

i) Pratiques d'éviction 22

ii) Pratiques d'exclusion 23

iii) Pratique de mise au pas 26

iv) Justifications commerciales 27

3. Effets concurrentiels 30

4. Mesures correctives 34

A. Résolutions consensuelles 34

B. Ordonnances du Tribunal de la concurrence 35

i) Ordonnances d'interdiction et réparatrices 35

ii) Sanctions administratives pécuniaires 36

5. Exemples 38

Exemple n° 1 – Simple exercice d'une puissance commerciale 38

Exemple n° 2 – Définition du marché 39

Exemple n° 3 – La puissance commerciale 41

Exemple n° 4 – La dominance conjointe 42

Exemple n° 5 – Les pratiques d'éviction 43

Exemple n° 6 – L'exclusivité 46

Exemple n° 7 – Les ventes liées 49

Exemple n° 8 – Les règles des associations commerciales 51

Exemple n° 9 – Les pratiques de mise au pas (1) 54

Exemple n° 10 – Les pratiques de mise au pas (2) 56

Références juridiques 58

Résumé analytique

i. L'abus de position dominante survient lorsqu'une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises dominant se livre à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, de sorte que la concurrence est, a été ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement dans un marché. Le simple fait qu'une entreprise occupe une position dominante, ou même une position de monopole, n'est pas en soi suffisant pour faire intervenir les dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante.

ii. Trois éléments doivent être établis pour qu'il y ait abus de position dominante au sens de l'article 79 de la Loi :

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

iii. Pour évaluer le premier élément, la dominance, le Bureau définit d'abord en général un (ou plusieurs) marché, puis cherche à déterminer si l'entreprise (ou les entreprises) dite en position dominante contrôle sensiblement ou complètement ce marché – c'est-à-dire, si elle possède un degré sensible de puissance commerciale dans le marché en question. Dans ce contexte, les marchés sont définis en référence à une dimension de produit et à une dimension géographique, fondées sur la substitution de la demande en l'absence du comportement anticoncurrentiel allégué. Le Bureau examine ensuite la preuve de l'existence et de l'ampleur de la puissance commerciale, à l'aide de divers facteurs tels les parts de marché et les barrières à l'entrée.

iv. Le deuxième élément porte sur le but ou l'objectif visé par les agissements contestés. Ceci requiert de déterminer si l'entreprise (ou les entreprises) en position dominante s'est livrée à une pratique d'agissements destinée à avoir un effet négatif intentionnel visant l'éviction, l'exclusion ou la mise au pas d'un concurrent. Les agissements visant l'exclusion peuvent rendre les concurrents actuels ou potentiels moins efficaces, par exemple, en faisant augmenter leurs coûts. Les agissements visant l'éviction font référence au fait pour une entreprise d'établir délibérément le prix d'un (ou plusieurs) de ses produits en deçà d'une mesure appropriée de ses propres coûts, et ce, afin d'éliminer ou de mettre au pas un concurrent, ou encore de dissuader un concurrent à entrer sur le marché ou à prendre de l'expansion. Les agissements visant la mise au pas concernent des agissements qui ont pour but de dissuader un concurrent actuel ou potentiel de rivaliser vigoureusement, ou d'autrement ébranler le statu quo dans un marché.

v. Au moment d'évaluer le but ou l'objectif visé par un agissement, le Bureau tient compte de la preuve subjective de l'intention (par exemple, des documents d'entreprise qui décrivent le but d'un agissement) ainsi que de la preuve objective, laquelle se déduit des conséquences raisonnablement prévisibles d'un agissement. Le Bureau évaluera la preuve de toute intention anticoncurrentielle par rapport à celle suggérant que l'agissement a été perpétré dans la poursuite d'une justification commerciale légitime – c'est-à-dire, une preuve indiquant que le but de l'agissement visait à accroître l'efficience ou à favoriser la concurrence.

vi. Le troisième élément vise à déterminer si la concurrence – que celle-ci se rapporte au prix, à la qualité, à l'innovation ou à toute autre dimension de la concurrence[2] – serait sensiblement plus importante dans un marché en l'absence du comportement anticoncurrentiel. Cette évaluation est relative, puisqu'elle compare le niveau de concurrence dans un marché avec et sans le comportement anticoncurrentiel allégué, et ne consiste donc pas en une évaluation visant à déterminer si le niveau absolu de concurrence dans un marché est suffisant. Le Bureau tient compte des effets sur la concurrence statique (p. ex. les prix et l'offre à court terme) ainsi que sur la concurrence dynamique (p. ex. la rivalité engendrée par l'innovation à l'égard des produits ou des processus).

vii. Sur demande au Tribunal, le Bureau doit établir chaque élément de l'article 79 selon la prépondérance des probabilités. À cette fin, au moment d'évaluer un comportement en vertu de l'article 79, le Bureau examine s'il existe une preuve claire et convaincante au soutien de chacun des éléments. Le Bureau évalue l'ensemble de la preuve, et peut considéder les mêmes éléments de preuve au soutien de plus d'un élément. Par conséquent, l'analyse par le Bureau des différents éléments est souvent interreliée.

viii. Lorsque les trois éléments prévus à l'article 79 sont réunis, le Tribunal peut ordonner à la personne (ou aux personnes) s'étant livrée aux agissements de cesser de le faire. En outre ou au lieu, si le Tribunal juge qu'une ordonnance d'interdiction n'est pas susceptible de rétablir la concurrence, il peut rendre une ordonnance enjoignant à la (ou aux) personne s'étant livrée au comportement de prendre toute mesure raisonnable et nécessaire pour enrayer les effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels, y compris le dessaisissement d'éléments d'actifs ou d'actions. Enfin, si le Tribunal rend une ordonnance corrective, il peut également ordonner au défendeur de payer une sanction administrative pécuniaire pouvant atteindre 10 millions de dollars (ou 15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente) de façon à encourager la (ou les) personne à adopter des pratiques conformes aux objectifs visés par l'article 79.

[2] Pour simplifier le texte, sauf indication contraire, le mot « prix » dans les présentes lignes directrices se rapporte à toutes les dimensions de la concurrence, comme la qualité ou l'innovation. Ainsi, une augmentation du prix fait référence à une augmentation du prix monétaire, mais peut aussi faire référence à une réduction de la qualité, du choix des produits, du service, de l'innovation ou de toute autre dimension de la concurrence.

ix. Au moment d'appliquer l'article 79, une considération importante pour le Bureau consiste à éviter de paralyser ou de dissuader des comportements qui auraient pour but d'accroître l'efficience ou de favoriser la concurrence. Le Bureau reconnaît qu'il est souvent difficile de distinguer entre un comportement anticoncurrentiel et une concurrence agressive fondée sur les qualités intrinsèques des produits et services puisque souvent, l'objectif de la concurrence agressive est de marginaliser les rivaux ou de les éliminer du marché. Le Bureau reconnaît que les entreprises peuvent acquérir une position dominante en supplantant leurs rivaux, par exemple, en offrant des produits de meilleure qualité aux consommateurs à moindre prix. Dans de telles situations, le fait de sanctionner les entreprises uniquement en raison de leur position dominante dissuaderait celles-ci d'innover, de supplanter leurs rivaux et de se livrer à une concurrence vigoureuse. Une telle concurrence vigoureuse est le type de concurrence dynamique que la Loi a pour but de préserver et, dans la mesure du possible, d'accroître, puisqu'elle mène au final à une répartition plus efficace des ressources.

x. En considérant des mesures d'application de la Loi en vertu de l'article 79, le Bureau évalue attentivement les allégations d'abus de position dominante au cas par cas en fonction des caractéristiques structurelles et autres propres au marché en question. Au cours d'un examen ou d'une enquête, le Bureau donnera généralement l'occasion aux parties de répondre aux préoccupations du Bureau au sujet des manquements allégués à l'article 79 et de discuter de façons de remédier de façon satisfaisante à ceux-ci.

01 Dominance

1. L'alinéa 79(1)a) de la Loi requiert de déterminer si « une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions ». Autrement dit, le premier élément des dispositions de la Loi concernant l'abus de position dominante exige l'établissement de la « dominance ».

2. Quatre facteurs sont pertinents pour évaluer la dominance : (i) « une catégorie ou espèce d'entreprises » – en général, un marché de produits; (ii) « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » – en général, un marché géographique; (iii) « contrôlent » – un degré sensible de puissance commerciale; et (iv) « une ou plusieurs personnes » – la dominance conjointe[3].

3. Dans les cas d'abus de position dominante, la définition du marché consiste en un outil d'analyse pouvant aider à déterminer si une entreprise est dominante[4]. Le Tribunal a reconnu qu'il est souvent ni possible ni nécessaire de définir précisément le (ou les) marché dans le cadre de procédures en vertu de l'article 79[5]. Dans certains cas, il peut être clair qu'une entreprise occupe une position dominante selon toutes les définitions possibles du marché.

4. Les explications qui suivent définissent les marchés dans le contexte de la vente de biens ou de services; ceci dit, un raisonnement similaire peut être emprunté afin de définir les marchés d'intrants du point de vue d'un acheteur occupant une position dominante.

---

[3] Dans le reste du présent document, les mots « entreprise », « personne » et « entité » sont utilisés indifféremment. Également, sauf indication contraire, toute référence à une personne dite en position dominante désigne à la fois une personne unique en position dominante ou plusieurs personnes en position dominante.

[4] Comme on le verra ci-dessous, le Bureau peut définir des marchés différents pour l'application des alinéas 79(1)a) et 79(1)c). Ainsi, la définition de marché est également pertinente à l'évaluation des effets concurrentiels.

[5] TREB TC, au par. 132.

A. « une catégorie ou espèce d'entreprises » : le marché de produits

5. Pour l'application de l'alinéa 79(1)a), le Tribunal a conclu que l'analyse de l'élément « catégorie ou espèce d'entreprises » est synonyme de marché (ou marchés) de produits[6].

6. La définition de marchés de produits débute généralement par l'examen du produit à l'égard duquel un abus de position dominante allégué survient ou est survenu, pour ensuite déterminer s'il existe des substituts proches pour ce produit, en mettant l'accent sur les changements dans la demande[7].

7. Le critère du « monopoleur hypothétique » fournit un cadre utile pour conceptualiser la substituabilité entre produits; il s'agit d'un cadre d'analyse dont le Tribunal a reconnu l'utilité dans les affaires visées par l'article 79[8]. Le Bureau considère si un monopoleur hypothétique ayant pour objectif de maximiser les profits imposerait et maintiendrait une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire pour un ensemble de produits donné au-delà d'un certain seuil de référence. En général, le plus petit ensemble de produits à l'égard duquel l'augmentation de prix serait maintenue, y compris le produit à l'égard duquel l'abus de position dominante allégué survient ou est survenu, est défini comme le marché de produits.

8. Généralement, le premier marché candidat considéré est le produit à l'égard duquel l'abus de position dominante allégué survient ou est survenu et son substitut le plus proche. Si un monopoleur hypothétique ne serait pas en mesure d'imposer une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire au-delà du seuil de référence, en supposant que les conditions de vente de tous les autres produits demeurent stables, le marché candidat est agrandi de façon à englober le prochain substitut le plus proche (lequel pourrait comprendre les produits d'autres entreprises). L'analyse se répète jusqu'à ce que le monopoleur hypothétique parvienne à imposer et à maintenir de manière rentable une telle hausse de prix au sein du marché candidat.

---

6 NutraSweet à la p. 9. Le mot produit inclut aussi les services (voir le paragraphe 2(1) de la Loi).

7 Le Bureau examine les changements dans l'offre ou la capacité des concurrents potentiels de commencer à fournir un marché en réponse à une augmentation du prix pour évaluer l'élément de « contrôle » à l'alinéa 79(1)a), tel qu'au moment d'évaluer les parts de marché et les participants, plutôt qu'en définissant les marchés.

8 TREB TC, au par. 124.

9. Aux fins de l'application du critère du monopoleur hypothétique, le Bureau estime généralement qu'une augmentation est significative si elle dépasse de 5 p. 100 le prix qui prévaudrait en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués, et qu'une période d'un an est non transitoire. Les caractéristiques du marché peuvent être telles qu'il est nécessaire de considérer une différente hausse de prix ou période de temps.

10. Il est important de noter que dans les affaires d'abus de position dominante, il est possible que le prix courant ne soit pas le seuil de référence approprié pour définir le marché, puisque certains produits semblant être de bons substituts au prix courant pourraient ne pas l'être au prix qui prévaudrait en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués[9]. L'inclusion de ces produits pourrait mener à une définition du marché de produits trop étendue, puisque ces produits ne refrènent pas la puissance commerciale de l'entreprise en position dominante. Ces produits sont plutôt considérés comme des substituts dans le marché seulement au prix ayant déjà subi les effets de la puissance commerciale.

11. Une preuve directe de changement dans le comportement de l'acheteur (c'est-à-dire le changement à l'égard des quantités achetées) en réponse à des variations du prix relatif peut démontrer la substituabilité aux fins de la définition du marché[10]. Toutefois, en pratique, une telle preuve directe peut être difficile à obtenir.

12. Pour les raisons qui précèdent, la définition du marché aux fins de l'article 79 mettra souvent l'accent sur des indicateurs de substituabilité, notamment :

- **Les opinions, les stratégies, les comportements et l'identité des acheteurs** : Le fait de savoir si les acheteurs se sont procurés, par le passé, des produits substituts et s'ils ont l'intention de le faire à l'avenir peut indiquer si une augmentation de prix dans un marché candidat est viable. Des sondages auprès de l'industrie, des participants de l'industrie et des spécialistes de l'industrie peuvent également fournir des renseignements utiles en ce qui a trait aux produits pouvant être substituables. Des documents créés dans le cours normal des affaires par l'entreprise en question peuvent également être utiles à cet égard.

- **L'utilisation finale et les caractéristiques physiques** : L'interchangeabilité fonctionnelle entre deux produits est généralement une condition nécessaire, mais non suffisante pour que ceux-ci soient regroupés dans le même marché. En général, plus les acheteurs accordent de l'importance aux caractéristiques physiques ou techniques particulières réelles ou perçues d'un produit, plus il est probable de parvenir à la conclusion que le produit appartient à un marché distinct.

---

9 TREB TC, aux par. 129-130.

10 Lorsque sont disponibles des données détaillées sur les prix et sur les quantités des produits pertinents, de même que sur leurs substituts, les marchés de produits peuvent être définis à l'aide de mesures statistiques. L'élasticité de la demande permet de déterminer la façon dont les acheteurs modifient leur consommation d'un produit en réponse à une variation du prix d'un produit (élasticité par rapport au prix) ou du prix d'un autre produit donné (élasticité croisée des prix). Quoique l'élasticité croisée des prix ne permette pas de mesurer directement la capacité d'une entreprise à augmenter les prix de façon rentable, elle est particulièrement utile pour déterminer si des produits différenciés sont des proches substituts les uns des autres.

- **Les coûts de changement de fournisseur** : Les coûts de transaction que les acheteurs auraient à assumer, par exemple, pour modifier leurs outils et leurs emballages, adapter leur mise en marché, résilier un contrat d'approvisionnement ou s'habituer à de nouvelles méthodes, peuvent faire en sorte que la substitution de produits devient une réponse improbable à une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire.

- **Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs** : La présence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix de deux ou de plusieurs produits au cours d'une période de temps importante peut indiquer que les produits font partie du même marché.

13. Le Bureau peut considérer qu'il soit approprié de définir les marchés en référence à différents types d'acheteurs dans certaines circonstances, comme lorsque les vendeurs se livrent à une discrimination par les prix entre différents ensembles d'acheteurs. Par exemple, le Bureau pourrait définir deux marchés distincts si un vendeur est en mesure de réellement faire une discrimination par les prix entre des clients commerciaux et des consommateurs individuels. De même, le Bureau peut définir les marchés en référence à un niveau donné d'une chaîne d'approvisionnement : par exemple, au moment de déterminer si un fabricant occupe une position dominante dans une industrie où les fabricants vendent leurs produits par l'entremise de détaillants, le Bureau pourrait définir un marché comme celui des ventes aux détaillants.

14. Dans certains cas, le Bureau peut considérer qu'il soit approprié d'analyser ensemble plusieurs marchés de produits différents (ou potentiellement différents) aux fins de la définition d'un marché. Il pourrait en être ainsi dans les situations où les éléments de preuve indiquent qu'il existe potentiellement plus d'un marché de produits, mais que les conditions concurrentielles sont suffisamment semblables au sein de chacun d'eux de sorte que le fait de les analyser ensemble n'ait pas d'incidence dans le contexte de l'évaluation de la dominance. Lorsqu'approprié, le Bureau peut également regrouper plusieurs marchés géographiques (dont il est question ci-dessous) de la même façon.

15. Le Bureau peut définir un marché comme un groupe de produits différents qui ne sont pas en soi des substituts les uns pour les autres, dans le cas où un vendeur unique ayant pour objectif de maximiser ses profits augmenterait le prix du groupe de produits étant donné qu'un nombre suffisant d'acheteurs ne réagiraient pas à la hausse de prix en achetant les produits de façon individuelle auprès de différents vendeurs. Cette situation peut se produire, par exemple, lorsque les coûts de transaction associés à l'intervention de plusieurs vendeurs sont suffisamment élevés.

16. Des considérations particulières surviennent lorsque le critère du monopoleur hypothétique vise les plateformes « à plusieurs côtés ». Dans ce cas, la demande pour l'un des « côtés » dépend de l'utilisation d'un autre. Ce serait par exemple le cas d'un service de publicité qui associe les vendeurs et les acheteurs d'un produit, où l'utilisation accrue par les acheteurs a pour effet d'accroître l'attrait des vendeurs, et où l'utilisation accrue des vendeurs a pour effet d'accroître l'attrait pour les acheteurs. Selon les faits de l'affaire, le Bureau peut définir un marché de produits comme l'un des côtés d'une plateforme à plusieurs côtés (c'est-à-dire considérer les effets d'une hausse de prix sur l'un des côtés de la plateforme); cependant, pour déterminer si un monopoleur hypothétique estimerait que l'imposition de la hausse de prix lui permettrait de maximiser ses profits, il peut

être nécessaire de tenir compte de l'interdépendance de la demande, des effets de rétroaction et des fluctuations des profits sur tous les côtés de la plateforme[11]. Dans d'autres cas, le Bureau peut estimer qu'il convient de définir un marché de façon à ce qu'il comprenne plusieurs côtés de la plateforme.

17. En outre, des difficultés peuvent survenir dans l'application du critère du monopoleur hypothétique lorsque les services sont offerts à prix nul (par exemple, lorsque les services sont offerts gratuitement en vue d'attirer des utilisateurs vers une plateforme à plusieurs côtés dont la monétisation dépend des publicitaires). Dans de tels cas, les entreprises peuvent se livrer concurrence sur des dimensions autres que le prix, telles que la qualité du produit. Bien que le Bureau puisse tenter de déterminer si un monopoleur hypothétique estimerait qu'il maximiserait ses profits en diminuant une dimension pertinente de la concurrence non liée au prix, et ce, de façon modeste, mais significative et non transitoire, il pourrait lui être impossible de le faire en pratique. En conséquence, l'analyse du Bureau peut porter sur les indicateurs qualitatifs de la substituabilité. Cette analyse sera généralement semblable à l'évaluation de la substituabilité selon des indicateurs qualitatifs dans d'autres cas, comme décrit ci-dessus.

B. « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » : le marché géographique

18. Le Tribunal a conclu que l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » est synonyme de marché géographique[12].

19. Un marché géographique comprend tous les lieux ou points d'approvisionnement considérés par les acheteurs comme étant de proches substituts. Du point de vue d'un acheteur, un marché géographique peut comprendre des régions situées à l'extérieur du Canada. Comme dans le cas de la définition du marché de produits, le Bureau utilisera généralement le critère du monopoleur hypothétique pour évaluer les dimensions concernant le changement, par l'acheteur, de fournisseurs d'une région par des fournisseurs d'une autre, en réponse à une augmentation modeste, mais significative et non transitoire des prix. Un marché géographique comprendra tous les lieux ou points d'approvisionnement devant être compris pour qu'une telle augmentation des prix soit rentable. Comme dans le cas de la définition du marché de produits, les paramètres géographiques du marché peuvent être indûment élargis s'ils englobent des régions qui ne le seraient autrement pas en fonction des prix qui prévaudraient en l'absence des agissements anticoncurrentiels allégués.

20. Le Bureau peut examiner si la région dans laquelle l'entreprise dite en position dominante exerce ses activités consiste en un marché géographique. Cependant, le Bureau peut ultimement définir les marchés géographiques de façon plus étendue ou circonscrite. Dans le second cas, si une entreprise dite en position dominante exerce ses activités dans plus d'un marché géographique, le Bureau ten-

---

11 Voir Visa, au par. 189. De même, dans les cas où le Bureau a défini le marché comme étant l'un des côtés d'une plateforme, le Bureau pourrait tenir compte des effets du comportement sur plusieurs côtés de la plateforme, s'il y a lieu, au moment d'évaluer les questions autres que la définition de marché.

12 NutraSweet, à la p. 20.

tera d'évaluer si les conditions concurrentielles varient de façon importante entre ces marchés. Si les conditions concurrentielles sont semblables dans plusieurs marchés géographiques, le Bureau peut les examiner ensemble aux fins d'analyse.

21. Le Bureau tiendra également compte des éléments de preuve indirects de substituabilité entre les lieux ou les points d'approvisionnement pour définir les marchés géographiques, tels que :

- **Les opinions, les stratégies, les comportements et l'identité des acheteurs** : Des facteurs liés à l'aspect pratique ou aux caractéristiques particulières du produit (p. ex. la fragilité ou la nature périssable) peuvent influencer le choix par l'acheteur du fournisseur en cas d'augmentation de prix. Le Bureau examinera ce que les acheteurs ont fait par le passé et ce qu'ils sont susceptibles de faire à l'avenir au fur et à mesure que de nouvelles options apparaissent, par exemple, selon les progrès technologiques, ce qui pourrait avoir une incidence sur la dimension géographique des achats d'un acheteur. Des tierces parties connaissant l'industrie en question peuvent fournir des renseignements tant sur le développement passé que sur le développement futur potentiel de l'industrie qui aideront à définir le marché géographique. La mesure dans laquelle les points d'approvisionnement éloignés sont considérés dans les plans d'affaires, les plans de commercialisation et les autres documents de l'entreprise en question, de même qu'au sein de ceux d'autres vendeurs, peut aussi être un indicateur utile pour définir le marché géographique.

- **Les coûts de changement de fournisseur** : Les coûts de transaction que les acheteurs auraient à assumer pour adapter leurs activités et se procurer le produit auprès d'une autre source peuvent faire en sorte que la substitution des sources d'approvisionnement auprès d'autres zones géographiques devienne une réponse improbable à une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire.

- **Les coûts de transport, les niveaux de prix et les tendances liées à l'expédition** : En général, si les prix qui prévalent dans une région éloignée ont traditionnellement été supérieurs, ou inférieurs, aux prix dans le marché géographique donné, et ce, au-delà des coûts de transport, cela peut indiquer que la région éloignée est dans un marché distinct, et ce, pour des raisons qui vont au-delà des coûts de transport. Inversement, si l'expédition d'importantes quantités du produit en question à partir d'une région éloignée est probable en réponse à une augmentation de prix, ce peut être une indication comme quoi la région éloignée fait partie du marché géographique. Dans tous les cas, le Bureau évaluera si une augmentation modeste, mais significative et non transitoire de prix dans le marché géographique donné aurait une incidence sur toute différence de prix entre emplacements géographiques, à un point tel que les achats effectués par les vendeurs éloignés puissent limiter une telle augmentation de prix.

22. Les principes évoqués plus haut s'appliquent tant aux sources de concurrence nationales qu'internationales, mais d'autres facteurs peuvent être pertinents pour déterminer si les points d'approvisionnement situés à l'extérieur du Canada devraient faire partie du marché géographique. Parmi ceux-ci, on compte les droits et tarifs douaniers, les quotas, les barrières réglementaires, les

politiques gouvernementales en matière d'approvisionnement, les lois sur la propriété intellectuelle, les fluctuations des taux de change et la normalisation internationale des produits.

C. « contrôlent sensiblement ou complètement » : la puissance commerciale

23. Le Tribunal a conclu que l'expression « contrôlent sensiblement ou complètement » envisage un degré sensible de puissance commerciale[13]. La Cour suprême du Canada a défini la « puissance commerciale » comme « la capacité "d'exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l'innovation et les autres dimensions de la concurrence" »[14], et le Tribunal a qualifié le degré sensible de puissance commerciale comme celui qui « confère à une entité une grande latitude pour déterminer les dimensions de la concurrence dans un marché, liées ou non aux prix, et exercer une influence sur ces dimensions, y compris établir les conditions régissant l'exercice sur le marché de ses activités et des activités d'autres entités »[15]. La puissance commerciale peut s'illustrer comme la capacité de limiter l'offre d'autres participants au marché, actuels ou potentiels, et ainsi d'exercer de façon rentable une influence sur les prix (le « pouvoir d'exclusion »)[16].

24. Pour établir si une entreprise détient un degré sensible de puissance commerciale, le Bureau tient compte de l'ensemble des renseignements et/ou des documents pertinents pour déterminer la mesure dans laquelle une entreprise a la capacité d'influencer le marché. La nature exacte de l'analyse du Bureau et le poids accordé à un renseignement ou à un document donné dépendront des circonstances en question.

25. La puissance commerciale peut être mesurée directement ou indirectement. Les indicateurs directs de la puissance commerciale, comme la preuve de rentabilité ou de prix supraconcurrentiels, ne sont pas toujours probants ou effectivement déterminables; des difficultés d'ordre pratique peuvent survenir au moment de définir le niveau du prix « concurrentiel » et la mesure appropriée des coûts à laquelle les prix devraient être comparés[17].

---

13 **TREB TC**, au par. 173.

14 **Tervita**, au par. 44.

15 **TREB TC**, au par. 174.

16 **TREB TC**, au par. 176.

17 Le Tribunal a accepté certains indicateurs directs à titre de preuve de puissance commerciale, notamment une forte marge bénéficiaire et l'état comptable de profits élevés correspondants. Dans le même ordre d'idées, d'importantes variations de prix selon la région, conjuguées à la capacité de réduire les prix en réponse à une concurrence accrue ou à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, ont été acceptées par le Tribunal à titre de preuve de prix supraconcurrentiels dans les régions où les prix étaient plus élevés. Dans ces cas, les indicateurs directs ne suffisaient pas en soi à démontrer la puissance commerciale, ce qui a été fait par l'entremise d'indicateurs indirects. Voir Télé-Direct à la p. 101 et **Tuyauteries Canada TC**, au par. 161.

26. Dans de nombreux cas, le Bureau examine un certain nombre d'indicateurs indirects, tant qualitatifs que quantitatifs, lors de l'analyse de la puissance commerciale, comme les caractéristiques structurelles du marché (notamment, les parts de marché et toute barrière à l'entrée), l'étendue des changements technologiques, les effets d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, de même que le pouvoir compensateur des clients ou des fournisseurs. La démarche analytique du Bureau à l'égard de l'évaluation de ces indicateurs est examinée plus en détail ci-dessous.

27. Une entreprise qui ne livre pas concurrence dans un marché peut néanmoins contrôler sensiblement ou complètement ce marché[18]. Pour déterminer si une entreprise détient un degré sensible de puissance commerciale dans un marché dans lequel elle ne livre pas concurrence, le pouvoir d'exclure des concurrents actuels ou potentiels sera souvent le point de mire de l'analyse du Bureau. Inversement, il se peut que des indicateurs de puissance commerciale tels que les parts de marché ou les profits supraconcurrentiels ne soient pas pertinents dans ces circonstances, alors qu'ils pourraient jouer un rôle déterminant dans l'évaluation de la puissance commerciale si l'entreprise dite en position dominante livrait effectivement concurrence dans le marché.

28. Dans le contexte de l'alinéa 79(1)a), le niveau pertinent de puissance commerciale englobe non seulement la puissance commerciale préexistante (c'est-à-dire toute puissance commerciale détenue par l'entreprise nonobstant tout comportement anticoncurrentiel allégué), mais également la puissance commerciale issue de tout comportement anticoncurrentiel allégué[19].

i) Parts de marché et barrières à l'entrée

29. Une combinaison de barrières à l'entrée et de parts de marché élevées a souvent été considérée dans la jurisprudence comme un indicateur de puissance commerciale. Quoiqu'il n'existe pas de seuil numérique donné, le Bureau estime généralement qu'une forte part de marché est une condition nécessaire, mais non suffisante, pour établir l'existence d'un degré sensible de puissance commerciale[20].

30. Toutes autres choses étant égales, plus la part de marché détenue par les autres concurrents est grande, moins il est probable que l'entreprise en question puisse exercer un degré sensible de puissance commerciale. La capacité qu'ont des clients de se tourner vers des concurrents si une entreprise tente d'augmenter ses prix peut être illustrée par une présence importante de ces

---

18 TREB CAF 1, au par. 13.

19 Le Tribunal a déterminé que l'utilisation de l'indicatif présent à l'alinéa 79(1)a) signifie qu'au moment où une personne se livre à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, elle doit occuper une position de dominance dans le marché (Direct Energy, au par. 40). Le Bureau peut conclure que l'alinéa 79(1)a) est rempli lorsqu'une entreprise atteint une position dominante au moyen d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, dans la mesure où l'entreprise occupe une position dominante à un certain moment alors que la pratique est en cours.

20 Toutefois, comme on le verra plus en détail ci-dessous, dans des cas exceptionnels, le Bureau peut considérer que des entreprises ayant des parts de marché relativement faibles détiennent un degré sensible de puissance commerciale lorsque d'autres éléments de preuve établissent son existence.

concurrents sur le marché. Le cas échéant, le départ d'une importante portion de la clientèle d'une entreprise vers un concurrent peut suffire à empêcher la rentabilité de toute augmentation de prix. Toutefois, la capacité de se tourner vers d'autres options peut dépendre d'une variété de facteurs, comme la vitesse et la facilité qu'ont les entreprises concurrentes à répondre à une demande croissante pour leurs produits au fur et à mesure que les prix des fournisseurs concurrents augmentent, en plus des coûts additionnels associés à un changement de fournisseur.

31. En plus de considérer les parts de marché des vendeurs actuels des produits pertinents, le Bureau peut également tenir compte des parts des entreprises qui, en réponse à une augmentation modeste, mais significative et non transitoire des prix, décideraient d'offrir des produits et participeraient donc comme vendeurs au sein du marché. Dans un tel cas, une entreprise pourrait être considérée comme un participant au marché si elle n'a pas besoin d'effectuer d'importants investissements irrécupérables pour entrer sur le marché et qu'elle peut rapidement et de façon rentable détourner de la capacité ou des ventes existantes pour commencer à approvisionner le marché en réponse à une telle augmentation des prix. En ce qui concerne les entreprises qui entreraient dans un marché grâce à la variation de l'offre, le calcul des parts de marché ne comprendra que les produits ou la capacité qui deviendraient vraisemblablement disponibles sur le marché sans nécessiter d'investissements considérables.

32. Les parts de marché peuvent être mesurées selon les revenus (chiffre d'affaires), les unités de demande (ventes unitaires), la capacité (de produire ou de vendre) ou, dans certaines industries des ressources naturelles, les réserves. Si les produits du marché sont homogènes et que les entreprises fonctionnent à plein rendement, les parts de marché relatives des entreprises devraient être semblables, peu importe l'unité de mesure. Pour les entreprises qui ont une capacité excédentaire, les parts de marché mesurées selon la capacité peuvent refléter plus adéquatement leur position relative sur le marché si elles peuvent facilement augmenter l'offre en réponse à une augmentation de prix. Dans le cas de produits différenciés, les parts de marché mesurées selon le chiffre d'affaires, les ventes unitaires et/ou la capacité peuvent mener à des conclusions différentes sur la position concurrentielle relative des entreprises, et les parts de marché mesurées selon le chiffre d'affaires ou les ventes unitaires peuvent être plus probantes. Pour calculer les parts de marché, le Bureau se servira de la mesure qui selon lui reflète le mieux l'importance concurentielle actuelle et future des concurrents.

33. Dans les affaires contestées d'abus de position dominante entendues jusqu'à présent, les parts de marché des entreprises reconnues comme ayant abusé de leur position dominante étaient très élevées et laissaient donc entendre que dans ces cas, les clients avaient trop peu d'options autres pour refréner une augmentation des prix ou un autre comportement ayant pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence[21].

[21] Dans Télé-Direct à la p. 83, le Tribunal a souligné qu'il serait nécessaire de présenter une preuve de « facteurs atténuants », le plus courant d'entre eux étant la « facilité d'accès », pour infirmer une conclusion prima facie de contrôle fondée sur 80 p. 100 et plus des parts de marchés; dans Laidlaw, le Tribunal a fait remarquer qu'une part de marché inférieure à 50 p. 100 ne donnerait pas lieu à une conclusion prima facie de position dominante, ce qui ne signifie pas pour autant qu'aucun degré sensible de puissance commerciale sur le marché ne pourrait exister si la part de marché se situe sous ce seuil.

34. Souvent, le Bureau utilise les parts de marché comme mécanisme préalable pour évaluer les cas d'allégations d'abus de position dominante. Voici l'approche générale qu'adopte le Bureau :

- Une part de marché de moins de 50 p. 100 ne donnera généralement lieu à un examen plus approfondi que si d'autres éléments de preuve indiquent que l'entreprise possède un degré sensible de puissance commerciale, ou s'il semble probable que le comportement anticoncurrentiel allégué permettra à l'entreprise d'exercer un degré sensible de puissance commerciale à l'intérieur d'une période de temps raisonnable pendant que le comportement est en cours;

- Une part de marché de 50 p. 100 et plus entraînera généralement un examen plus approfondi;

- Dans le cas d'un groupe d'entreprises visé par une allégation de dominance conjointe, une part de marché combinée de 65 p. 100 et plus entraînera généralement un examen plus approfondi.

35. Dans les cas où le Bureau n'a pas tiré de conclusion définitive quant aux limites du marché pertinent, plusieurs définitions de marché plausibles peuvent se présenter. Si au moins l'une d'entre elles indique qu'une entreprise dite en position dominante détient un degré sensible de puissance commerciale, le Bureau peut approfondir son enquête.

36. Le Bureau examinera également la durabilité des parts de marché dans le marché en question. Si les parts de marché ont fluctué considérablement entre les concurrents au fil du temps (par exemple, parce que des entreprises conçoivent régulièrement de nouvelles technologies pour devancer leurs concurrents), le fait pour une entreprise de posséder actuellement une forte part de marché peut ne pas dénoter un degré sensible de puissance commerciale.

37. Les parts de marché ne sont pas le seul facteur dont le Bureau tient compte, et lorsque d'autres éléments de preuve fournissent suffisamment d'indications qu'une entreprise peut occuper une position dominante malgré une part de marché relativement faible, le Bureau peut approfondir son enquête[22]. Parmi les types d'éléments de preuve pouvant inciter le Bureau à pousser plus loin une enquête :

- **Preuve directe de puissance commerciale** : Lorsqu'elle est disponible, la preuve de prix supraconcurrentiels;

[22] Le Tribunal a reconnu que les entreprises ayant des parts de marchés relativement faibles peuvent posséder un certain degré de puissance commerciale. Par exemple, dans le contexte des autres dispositions de la partie VIII de la Loi, le Tribunal a conclu qu'une entreprise possédait une puissance commerciale malgré qu'elle détenait des parts de marché aussi faibles que 33 p. 100 (Visa, au par. 267) et il a reconnu que les parts de marché peuvent surévaluer ou sous-évaluer la puissance commerciale d'une entreprise (Hillsdown, à la p. 318).

- **Levier commercial important** : Les caractéristiques du marché ou de la demande peuvent fournir à l'entreprise dite en position dominante suffisamment de levier commercial sur des entreprises en amont ou en aval, de sorte qu'elle puisse exercer un degré sensible de puissance commerciale, par exemple, grâce à la capacité d'influencer les négociations d'un fournisseur avec d'autres clients;

- **Effets des agissements anticoncurrentiels :** La capacité d'entraîner une hausse des prix sur le marché par rapport à ceux qui existeraient en l'absence du comportement de l'entreprise peut être une preuve de l'existence et/ou de l'ampleur de la puissance commerciale de l'entreprise[23];

- **D'autres éléments de preuve d'influence :** Lorsqu'une entreprise a par ailleurs démontré avoir une « grande latitude »[24] pour déterminer ou influencer une dimension pertinente de concurrence.

38. Le Bureau prévoit que, toutes autres choses étant égales, ces types de preuve sont moins susceptibles d'exister lorsque les parts de marché de l'entreprise dite en position dominante sont faibles. Toutefois, il peut y avoir des circonstances où les parts de marché ne sont pas prises en compte dans l'analyse du Bureau, par exemple, lorsqu'une entreprise contrôle un marché grâce à son pouvoir d'exclusion, comme décrit ci-dessous.

39. Une forte part de marché ne suffit pas en soi à établir l'existence d'un degré sensible de puissance commerciale. La tentative d'une entreprise d'exercer une puissance commerciale peut être entravée par l'expansion de concurrents actuels ou par l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents ayant une envergure et une portée suffisantes pour qu'une telle entrée et/ou une telle expansion soient vraisemblablement rentables. Par conséquent, le Bureau tient compte de la mesure dans laquelle les barrières à l'entrée ou à l'expansion peuvent limiter la capacité des rivaux de réagir à tout exercice de puissance commerciale. Les barrières à l'entrée ou à l'expansion peuvent prendre de nombreuses formes, y compris :

- **Les coûts irrécupérables liés à l'entrée sur le marché ou à l'expansion :** Les coûts sont irrécupérables lorsqu'ils ne peuvent pas être récupérés si l'entreprise sort du marché. Les coûts irrécupérables peuvent représenter une barrière à l'entrée ou à l'expansion lorsqu'il est prévu que les récompenses découlant de l'entrée sur le marché ou de l'expansion seront inférieures aux coûts irrécupérables connexes, ou encore s'il existe un risque suffisant que ce soit le cas et que cela ait un effet dissuasif;

- **Les barrières réglementaires :** En plus de leur pertinence dans le contexte de la définition du marché géographique, les contrôles réglementaires liés à l'entrée sur le marché et les barrières tarifaires et non tarifaires liées au commerce national ou international peuvent nuire à l'entrée sur le marché ou à l'expansion de concurrents;

---

23 Voir, par exemple, TREB TC, au par. 196.

24 Voir TREB TC, au par. 174.

- **Économies d'échelle et de gamme :** Les économies d'échelle se produisent lorsque le coût moyen de production d'un produit décline plus sa production augmente, alors que les économies de gamme surviennent lorsque le coût moyen de production d'un produit décline à mesure de la production d'autres produits. Les cas où de telles économies peuvent devenir des barrières à l'entrée ou à l'expansion comprennent ceux où les économies d'échelle empêchent l'entrée viable sur le marché sur une petite échelle; requièrent que l'entrée soit d'échelle suffisamment importante pour diminuer les prix sur le marché; ou, encore, lorsque les économies de gamme exigent qu'un entrant viable entame la production de divers produits en même temps;

- **Maturité du marché :** Lorsqu'aucune augmentation de la demande du marché n'est prévue, l'entrée sur le marché ou l'expansion peut être plus difficile en ce que toute activité commerciale additionnelle doit être convertie d'entreprises en place, plutôt que d'une croissance dans la demande du marché. De même, il peut être plus facile d'entrer sur un marché lorsqu'il est jeune ou en croissance, ou encore être moins attrayant d'investir dans des actifs pouvant devenir inutilisables en raison du déclin dans la demande du marché;

- **Effets de réseau :** Les effets de réseaux surviennent lorsque la demande pour un produit dépend de l'utilisation de ce produit par d'autres, et ceux-ci peuvent être directs ou indirects. Des effets de réseau directs surviennent lorsque la demande pour un produit ou un service augmente directement avec le nombre d'utilisateurs additionnels. Ce serait le cas dans une situation où l'attrait d'un réseau de communication aux yeux d'une personne puisse croître avec l'augmentation du nombre d'utilisateurs de ce réseau. En revanche, les effets de réseau indirects surviennent lorsque l'utilisation accrue d'un produit ou d'un service par les membres d'un groupe rend celui-ci attrayant pour les membres d'un autre groupe, pouvant ainsi entraîner des effets de rétroaction. Par exemple, dans le cas d'un site Web qui associe des acheteurs et des vendeurs de divers produits, le site Web devient plus attrayant pour les acheteurs au fur et à mesure qu'un nombre plus important de vendeurs utilisent le site Web, et vice versa. Toutes autres choses étant égales, un acheteur peut être indifférent au nombre d'autres acheteurs qui utilisent le site Web, mais si ces autres acheteurs attirent de nouveaux vendeurs, un acheteur profite indirectement d'une plus grande utilisation du site Web par d'autres acheteurs. Des effets de réseau peuvent offrir des avantages importants aux entreprises en place, ce qui rendra l'entrée sur le marché ou l'expansion plus difficile;

- **Accès à des intrants rares ou non reproductibles :** L'incapacité d'accéder à des intrants importants qui sont nécessaires pour être un concurrent viable dans un marché peut empêcher l'entrée sur le marché ou l'expansion.

40. Le Bureau examinera la nature des barrières à l'entrée, y compris celles créées par la pratique alléguée d'agissements anticoncurrentiels[25], pour évaluer la possibilité que l'entrée se fasse en temps voulu et qu'elle soit probable et suffisante dans son envergure et sa portée pour rendre l'exercice d'un degré sensible de puissance commerciale insoutenable. Une entrée effectuée en temps voulu en est une qui se produit dans un laps de temps raisonnable; la probabilité d'une entrée est la perspective qu'elle se produise; et une entrée suffisante en est une sur une échelle suffisante pour empêcher ou dissuader les entreprises d'exercer un degré sensible de puissance commerciale. Au moment d'évaluer si une entrée sur le marché répond à ces critères, le Bureau cherchera en général à déterminer si la menace d'entrée sur le marché ou d'expansion a un effet important sur le comportement de l'entreprise dite en position dominante.

ii) Le pouvoir d'exclusion

41. Tel qu'indiqué précédemment, le Tribunal a reconnu que le pouvoir d'exclusion – la capacité de limiter l'offre d'autres participants au marché actuels ou potentiels, et en conséquence, d'exercer une influence rentable sur les prix – est une illustration de puissance commerciale[26]. Si, après l'évaluation du comportement contesté en vertu des alinéas 79(1)b) et 79(1)c), une entreprise a démontré sa capacité à exclure des rivaux, cela démontre qu'elle possède une puissance commerciale[27].

42. Évaluer l'existence et le degré de puissance commerciale au moyen du pouvoir d'exclusion s'avère particulièrement utile lorsqu'une entreprise ne livre pas concurrence au sein du marché dans lequel les effets des agissements anticoncurrentiels allégués sont présumés survenir. Une entreprise qui ne livre pas concurrence dans un certain marché peut malgré tout le contrôler, par exemple, en contrôlant des intrants importants pour les concurrents dans ce marché ou en établissant des règles qui, dans les faits, contrôlent la conduite de ces concurrents[28]. Le Bureau ne considère pas ces deux mécanismes comme mutuellement exclusifs : par exemple, une entreprise peut tirer profit du contrôle d'importants intrants afin d'imposer et de faire respecter des règles qui ont une incidence sur la conduite des concurrents dans un marché.

---

25 Laidlaw, à la p. 331; Télé-Direct, à la p. 95; **Tuyauteries Canada TC**, aux par. 138, 146; **Tuyauteries Canada CAF 2**, aux par. 24-25, 36.

26 **TREB TC**, au par. 176.

27 **TREB TC**, aux par. 182, 190, 254n).

28 **TREB CAF1**, au par. 13.

43. Au moment d'évaluer si une entreprise contrôle des intrants importants dans un marché au sein duquel elle ne livre pas concurrence (p. ex. un marché en aval), le Tribunal a indiqué qu'il n'est pas nécessaire de définir et d'établir sa position dominante dans un marché additionnel établi autour de ces intrants (p. ex. un marché en amont)[29]. Toutefois, afin de déterminer si le contrôle de cet intrant permet l'exclusion, le Bureau tiendra compte de la mesure dans laquelle il existe des substituts aux intrants fournis par l'entreprise dite en position dominante, ainsi que la mesure dans laquelle ces intrants sont nécessaires pour livrer concurrence. En l'absence de substituts acceptables, et si les concurrents dans le marché sont effectivement incapables de livrer une concurrence efficace sans l'accès à ces intrants, le Bureau conclura que l'entreprise dite en position dominante possède un degré sensible de puissance commerciale dans ce marché (dans les exemples ci-haut, dans le marché en aval).

44. Lorsqu'il évalue si une entreprise possède la capacité d'imposer des règles qui régissent le comportement de concurrents, le Bureau peut tenir compte de la mesure dans laquelle les règles sont respectées ou pourraient être appliquées par l'entreprise dite en position dominante. Si ces règles ne sont pas respectées ou appliquées, le Bureau ne conclura vraisemblablement pas que l'entreprise dite en position dominante possède un degré sensible de puissance commerciale sur cette base.

iii) Autres facteurs

45. Le Bureau peut examiner d'autres indicateurs potentiellement pertinents lorsqu'il évalue l'existence et/ou l'ampleur de la puissance commerciale, y compris :

- **Pouvoir compensateur** : Un client ou un fournisseur peut avoir la capacité et l'incitatif à empêcher une entreprise de tenter d'exercer un degré sensible de puissance commerciale, par exemple, en intégrant verticalement ses propres activités, en refusant d'acheter ou de vendre d'autres produits de l'entreprise localement ou dans d'autres marchés géographiques, ou en encourageant l'expansion ou l'entrée de concurrents actuels ou potentiels;

- **Changements et innovations technologiques** : Le constat d'une évolution technologique rapide et la perspective des entreprises de pouvoir dépasser, en innovant ou en adoptant des solutions plus avancées, la position apparemment ferme d'une entreprise en place peut être un facteur important, tout comme l'évolution et l'innovation en matière de distribution, de services, de ventes, de commercialisation, d'emballage, de préférences des acheteurs, de tendances dans les achats, de structures d'entreprise et de cadres réglementaires.

[29] TREB TC, aux par. 203-207.

D. «une ou plusieurs personnes»: dominance conjointe

46. L'article 79 envisage qu'un groupe d'entreprises peut conjointement contrôler sensiblement ou complètement un marché pour les fins de l'alinéa 79(1)a). La démarche analytique du Bureau pour évaluer la dominance conjointe est semblable à celle utilisée pour évaluer la dominance exercée par une entreprise seule, et porte aussi sur l'existence d'un degré sensible de puissance commerciale. Comme pour la dominance exercée par une entreprise seule, le Bureau détermine la capacité de l'entreprise ou des entreprises d'exercer un degré sensible de puissance commerciale en tenant compte des parts de marché, des barrières à l'entrée et à l'expansion et de tout autre facteur pertinent. Toutefois, dans le cas de dominance conjointe, il est également nécessaire d'évaluer si les entreprises visées par des allégations d'agissements anticoncurrentiels contrôlent conjointement une catégorie ou une espèce d'entreprises, de façon à ensemble posséder un degré sensible de puissance commerciale.

47. Comme dans le cas de dominance exercée par une entreprise seule, le Bureau évalue la mesure dans laquelle la concurrence provenant de rivaux en place et de rivaux potentiels (c'est-à-dire de nouveaux entrants sur le marché) qui ne font pas partie du groupe visé par les allégations de dominance conjointe est suffisante pour faire obstacle à la rentabilité d'une augmentation des prix par les entreprises visées par les allégations de dominance conjointe. Si ces deux sources de concurrence ne sont vraisemblablement pas en mesure de refréner une augmentation des prix, le Bureau examinera alors la nature de la concurrence au sein du groupe visé par les allégations de dominance conjointe.

48. En l'absence d'une contrainte concurrentielle suffisante provenant de l'extérieur d'un groupe visé par les allégations de dominance conjointe, si la concurrence parmi les membres du groupe est également insuffisante pour limiter les prix à leur niveau concurrentiel, les membres de ce groupe seront en mesure d'exercer conjointement un degré sensible de puissance commerciale. Par conséquent, au moment d'évaluer la dominance conjointe, le Bureau peut accorder un poids important à la vigueur avec laquelle les entreprises dites en position dominante se livrent concurrence[30]. En l'absence d'une concurrence vigoureuse, le Bureau peut conclure que l'absence de contraintes concurrentielles mutuelles leur permet d'exercer un degré sensible de puissance commerciale.

30 Des prix qui semblent concurrentiels ou qui semblent près de l'être pourraient être une preuve d'une concurrence vigoureuse. D'autres facteurs peuvent notamment inclure la concurrence par les prix entre concurrents, l'instabilité des parts de marché au fil du temps, les tentatives de sollicitation de clients de concurrents, ou le dépassement des concurrents grâce à l'innovation. En revanche, l'absence de ces facteurs chez les entreprises du groupe visé par les allégations de dominance conjointe pourrait indiquer que ces entreprises ne se livrent pas entre elles une concurrence vigoureuse.

49. Un comportement semblable ou parallèle adopté par des entreprises ne suffit pas en soi pour que le Bureau considère que celles-ci exercent une dominance conjointe. En outre, la preuve d'un comportement coordonné adopté par les entreprises du groupe visé par les allégations de dominance peut s'avérer probante dans la mesure où elle explique la raison pour laquelle les membres de ce groupe ne se livrent pas une concurrence vigoureuse. Toutefois, le Bureau ne considère pas que cette preuve soit nécessaire pour établir qu'un groupe détient une position de dominance conjointe, si d'autres éléments de preuve indiquent que la concurrence entre les membres du groupe visé par les allégations de dominance n'est pas suffisante pour refréner leur exercice d'un degré sensible de puissance commerciale.

50. Comme dans le cas d'une puissance commerciale détenue par une entreprise seule, la capacité d'exercer collectivement un degré sensible de puissance commerciale ne suffit pas en soi à soulever un problème en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante. Bien qu'un groupe d'entreprises puisse ensemble être en mesure d'exercer un degré sensible de puissance commerciale, il demeure néanmoins nécessaire d'établir que le comportement des entreprises en question constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Toutefois, il se pourrait qu'une pratique d'agissements anticoncurrentiels facilite le développement d'une dominance conjointe. Par exemple, il se pourrait que la dominance conjointe soit rendue possible ou autrement renforcée au moyen d'un comportement de mise au pas, comme décrit ci-dessous.

02 Agissements anticoncurrentiels

51. L'alinéa 79(1)b) exige qu'une ou des entreprises « se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Cet élément englobe deux facteurs, et l'approche du Bureau en est exposée ci-après : (i) une « pratique », et (ii) des agissements anticoncurrentiels.

A. Une « pratique »

52. Bien qu'une « pratique » sous-entende normalement davantage qu'un agissement isolé, le Bureau estime qu'un agissement unique peut suffire et être considéré comme une pratique s'il est prolongé et systémique ou s'il a eu ou a un effet durable sur un marché[31]. Par exemple, un contrat d'exclusion à long terme peut effectivement empêcher l'entrée ou l'expansion de concurrents sur le marché, bien que le contrat en soi puisse être considéré comme un agissement unique.

B. Agissements anticoncurrentiels

53. L'article 78 de la Loi dresse une liste non exhaustive d'agissements considérés comme anticoncurrentiels aux fins de l'application de l'article 79[32]. Un agissement anticoncurrentiel est défini en fonction de son but (ou objectif), et le but anticoncurrentiel nécessaire est un effet négatif intentionnel sur un concurrent, visant l'éviction, l'exclusion ou la mise au pas[33]. Bien que plusieurs types de comportements anticoncurrentiels puissent viser à nuire à un concurrent, le Bureau estime que certains agissements qui ne visent pas précisément des concurrents peuvent tout de même être

---

31 Tuyauteries Canada CAF 1, au par. 60.

32 De plus, le paragraphe 79(5) prévoit ce qui suit : « Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel. » Pour obtenir des renseignements sur la façon dont le Bureau examine la conduite relative à la propriété intellectuelle, voir les ***Lignes directrices sur la propriété intellectuelle***.

33 Tuyauteries Canada CAF 1, au par. 66.

considérés comme ayant pour but l'éviction, l'exclusion, la mise au pas ou un autre but anticoncurrentiel[34]. En ce qui a trait à cette dernière catégorie, à titre d'exemple, un comportement visant à miner le processus concurrentiel et la vigueur avec laquelle d'autres entreprises peuvent se livrer concurrence pourrait être considéré comme ayant le but anticoncurrentiel nécessaire.

54. Pour déterminer si un agissement est anticoncurrentiel, le but visé par un agissement peut être établi directement en démontrant l'intention subjective, déduit d'après les conséquences raisonnablement prévisibles du comportement en cause, ou les deux. Bien que des déclarations verbales ou écrites du personnel d'une entreprise puissent aider à établir l'intention subjective, la preuve de l'intention subjective n'est ni strictement nécessaire, ni entièrement déterminante[35]. Dans la plupart des cas, le but d'un agissement peut être déduit des circonstances, et il est présumé que les personnes ont prévu les conséquences raisonnablement prévisibles de leurs agissements[36].

55. Dans certains cas, au moment d'évaluer la nature générale d'une pratique, une preuve établissant que le comportement était motivé par une justification commerciale légitime peut l'emporter sur la preuve d'un but anticoncurrentiel lorsque les deux sont équilibrés l'un par rapport à l'autre. Le rôle des justifications commerciales dans l'évaluation du but visé par le comportement est examiné ci-dessous.

56. Pour l'application de l'alinéa 79(1)b), un concurrent est une personne qui livre concurrence dans le marché, et n'a pas à être un concurrent de l'entreprise dite en position dominante[37]. Ainsi, une entreprise qui n'est pas en concurrence dans un marché peut néanmoins se livrer à une pratique d'agissements anticoncurrentiels visant des concurrents dans ce marché.

---

34 La Cour d'appel fédérale et le Tribunal ont reconnu que l'alinéa 78(1)f) ne contient aucune référence explicite à un objectif à l'égard d'un concurrent. La Cour d'appel fédérale a indiqué que le comportement visé à l'alinéa 78(1)f) traduit « un but intéressé, et non celui, relatif, de nuire à un concurrent », et que, sur la foi de sa jurisprudence antérieure, « exiger – pour qu'il soit conclu à un agissement anticoncurrentiel – un effet négatif sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas dans chaque cas rendrait l'alinéa 78(1)f) dépourvu de sens » (TREB CAF 2, au par. 54).

35 Tuyauteries Canada CAF 1, aux par. 72-73.

36 NutraSweet, à la p. 35.

37 TREB TC, au par. 277; TREB CAF 1, aux par. 17-20.

57. Lorsqu'il est allégué qu'une entreprise qui ne livre pas concurrence dans un marché s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Tribunal a indiqué qu'il doit être convaincu que l'entreprise a un « intérêt concurrentiel valable » à rechercher une incidence négative sur la concurrence dans ce marché[38]. Comme il est indiqué précédemment, la Cour d'appel fédérale a indiqué que les agissements anticoncurrentiels sont ceux qui ont un effet négatif intentionnel sur un concurrent, lequel doit être d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas. Même si le Bureau envisagera habituellement les incitatifs d'une entreprise dominante à limiter la concurrence, il peut conclure qu'une entreprise qui n'est pas en concurrence dans un marché s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels lorsqu'un but d'exclusion, d'éviction, de mise au pas, ou encore tout autre but anticoncurrentiel, peut être démontré.

58. Lorsqu'il détermine s'il est probable qu'un agissement donné soit anticoncurrentiel, le Bureau estime que le comportement anticoncurrentiel relève typiquement de trois catégories générales : (i) les pratiques d'éviction; (ii) les pratiques d'exclusion; et (iii) les pratiques de mise au pas.

i) Pratiques d'éviction

59. Le comportement d'éviction est celui d'une entreprise qui établit délibérément le prix d'un ou de plusieurs produits en deçà d'une mesure appropriée de ses propres coûts de manière à subir des pertes pour la vente du (ou des) produit dans le (ou les) marché pendant une période de temps suffisante pour éliminer un concurrent, le mettre au pas, ou encore dissuader l'entrée ou l'expansion d'un concurrent, tout en prévoyant récupérer ses pertes par la suite en imposant des prix supérieurs à ceux qui auraient prévalu en l'absence des agissements contestés[39]. La pratique d'éviction peut être implicite (remises et rabais, par exemple) ou explicite.

60. Le Bureau estime que les coûts évitables moyens sont le critère le plus approprié pour déterminer si les prix d'une entreprise en position dominante sont inférieurs aux coûts[40]. Les coûts évitables englobent tous les coûts qui auraient pu être évités par une entreprise si elle avait choisi de ne pas vendre le (ou les) produit en question. La question de savoir si un coût est évitable dépend en partie de la durée de la pratique d'éviction alléguée, puisque de façon générale, plus de coûts deviennent évitables avec le temps. Lorsque le prix du (ou des) produit fixé par l'entreprise ne couvre pas ses coûts évitables moyens, le Bureau estimera que le prix résulte de pratiques d'éviction en l'absence d'une preuve selon laquelle l'objectif principal de ce comportement était la poursuite de gains en efficience ou la réalisation d'objectifs proconcurrentiels crédibles. Par exemple, il peut être raisonnable

---

38 **TREB TC**, aux par. 279-282.

39 Le Bureau examinera généralement si une entreprise peut recouvrer les pertes subies en cas d'éviction lorsqu'il analyse si le comportement a empêché ou diminué sensiblement la concurrence en application de l'alinéa 79(1)c). Dans de nombreux cas, la capacité de recouvrer les pertes de l'éviction dépendra des barrières à l'entrée qui empêchent une nouvelle entrée en réponse à des prix supraconcurrentiels ou le retour des entreprises victimes d'éviction. En l'absence d'un recouvrement dans le passé, le présent, ou susceptible de se produire à l'avenir, le Bureau estimera généralement qu'il n'est pas satisfait à l'alinéa 79(1)c).

40 **Air Canada**, aux par. 76, 80.

pour une entreprise de vendre des produits excédentaires, obsolètes ou périssables à un prix inférieur à leurs coûts. De même, des entreprises peuvent recourir à des prix promotionnels inférieurs au coût pour inciter les consommateurs à essayer un nouveau produit.

61. Il existe des difficultés inhérentes lorsque vient le temps d'appliquer le critère du rapport prix-coût pour établir les prix d'éviction, toutes autres choses étant égales. Le Bureau a généralement recours à divers « filtres » avant d'effectuer une analyse des coûts évitables. Plus précisément, le Bureau évaluera si les concurrents peuvent égaler le prix d'éviction allégué sans subir de pertes (ce qui signifie que la mise au pas ou l'exclusion des concurrents, puis la récupération subséquente des pertes, n'est pas de l'ordre du probable) et si le prix d'éviction allégué n'est en fait qu'un moyen de répondre à la concurrence en réagissant pour égaler le prix d'un concurrent.

ii) Pratiques d'exclusion

62. En général, le Bureau ne s'intéresse pas à un comportement qui force les concurrents à être plus efficaces, mais bien à celui qui leur rend la tâche plus difficile de l'être. Une concurrence vigoureuse fondée sur les qualités intrinsèques des produits et services (p. ex. offrir un service supérieur à un coût inférieur) peut entraîner les concurrents à être plus efficaces ou encore se solder en leur expulsion du marché, mais cela ne déclenche pas l'application des dispositions sur l'abus de position dominante. En revanche, la pratique d'exclusion est conçue pour rendre les rivaux actuels et/ou potentiels moins efficaces, les empêcher d'entrer sur le marché ou les en exclure complètement. Un tel comportement consiste souvent à faire grimper les coûts des concurrents ou à réduire leurs revenus.

63. Dans une liste non exhaustive, l'article 78 décrit divers moyens qu'une entreprise peut prendre pour se livrer à des pratiques d'exclusion, y compris la compression par un fournisseur intégré verticalement de la marge bénéficiaire d'un concurrent en aval, les acquisitions verticales, la préemption d'installations ou de ressources rares, l'adoption de normes incompatibles pour des produits, et l'exclusivité. D'autres stratégies d'exclusion consistent à lier les ventes et à grouper les offres, ou encore à augmenter les coûts de changement de fournisseur. Tous ces moyens peuvent, dans certaines circonstances, servir à augmenter les coûts d'un concurrent et/ou à réduire ses revenus, ce qui peut ainsi lui rendre la tâche plus ardue de livrer concurrence, ou encore résulter en son expulsion du marché.

64. Voici un bref examen de trois types de comportements d'exclusion pouvant soulever des questions en vertu des dispositions sur l'abus de position de dominance : l'exclusivité, les ventes liées et les offres groupées et les refus d'approvisionnement. Il ne s'agit pas des seules catégories de comportement d'exclusion et elles ne sont pas mutuellement exclusives. En effet, selon l'expérience du Bureau, certains agissements anticoncurrentiels individuels peuvent être considérés comme faisant partie de plus d'une catégorie, ou du moins, peuvent brouiller les démarcations entre elles. Par exemple, la mise en œuvre d'une vente liée peut avoir pour effet d'amener les clients d'une entreprise à acheter exclusivement un produit lié de cette entreprise.

Exclusivité

65. Il y a exclusivité lorsqu'une entreprise fournit son (ou ses) produit à un client sous la condition que le client ou le fournisseur n'achète et/ou ne vende que ces versions du (ou des) produit. De plus ou subsidiairement, l'exclusivité peut survenir si une entreprise exige que les clients (ou les fournisseurs) n'achètent pas (et/ou ne vendent pas) de produits de concurrents. L'exclusivité peut aussi consister en ce qu'une entreprise oblige ou induise ses propres fournisseurs à traiter uniquement avec ladite entreprise, et non avec ses concurrents. L'exclusivité peut être requise expressément, ou s'imposer par d'autres méthodes, telles que des incompatibilités technologiques, des exigences contractuelles, des clauses d'alignement sur la concurrence, des clauses de la nation la plus favorisée ou d'autres pratiques de nature contractuelle.

66. L'exclusivité n'est pas nécessairement une pratique anticoncurrentielle et est souvent adoptée pour des raisons autres que l'exclusion de concurrents. Par exemple, l'exclusivité peut régler les problèmes de « resquillage », où une entreprise fournissant un produit à un détaillant en aval fournit également des services connexes, de l'information technologique ou un soutien après-vente, lesquels améliorent le rendement du produit pour les consommateurs. Si le détaillant peut utiliser cette information pour améliorer par la même occasion les produits de fournisseurs rivaux, l'entreprise, en l'absence de protections contractuelles, aura peu d'incitatifs à fournir ce soutien. Dans une telle situation, l'exclusivité peut préserver cet intérêt à offrir de tels services, ce qui est généralement à l'avantage des consommateurs.

67. Toutefois, en incitant à l'exclusivité un nombre suffisant de fournisseurs ou de clients, une entreprise en position dominante peut ériger des barrières à l'entrée ou à l'expansion en augmentant les coûts des entreprises concurrentes. À titre d'exemples, mentionnons le fait d'empêcher ses concurrents de mener suffisamment d'activités commerciales pour réaliser des économies d'échelle, d'empêcher les concurrents d'obtenir des intrants nécessaires, d'obliger les concurrents à indemniser les clients pour les sanctions découlant du changement de fournisseur, ou d'inciter les concurrents à s'intégrer verticalement de manière inefficace.

Ventes liées et offres groupées

68. Il y a vente liée lorsqu'une entreprise exige d'un client, comme condition à ce qu'il obtienne ou utilise un produit (le produit « clef »), qu'il acquière également un autre produit (le produit « lié »). De façon similaire, une offre groupée est habituellement une situation où des produits sont vendus ensemble dans des proportions fixes. Les ventes liées et les offres groupées sont répandues dans plusieurs industries, puisque de nombreux articles mis en vente peuvent être considérés comme des produits liés distincts ou un regroupement de différents éléments. Dans de nombreux cas, d'importants gains en efficience motivent les ventes liées et les offres groupées.

69. Toutefois, dans la mesure où une stratégie en matière de vente liée ou d'offre groupée exclut, évince ou met au pas un concurrent, elle est susceptible de soulever des préoccupations en vertu des dispositions de la Loi relatives à l'abus de position dominante. Plus précisément, le Bureau déterminera si la vente liée en cause entraîne l'exclusion totale ou partielle des concurrents en augmentant leurs coûts ou en diminuant leurs revenus. Par exemple, une vente liée peut amener une entreprise détenant un degré sensible de puissance commerciale dans un marché à créer, à accroître ou à maintenir sa puissance commerciale dans un autre marché. Comme l'exclusivité, les ventes liées peuvent augmenter les coûts de changement de fournisseur pour les consommateurs, priver les concurrents des économies d'échelle ou de gamme nécessaires pour une production efficace, ou encore inciter les concurrents à faire des choix de production inefficaces.

70. Avant de conclure qu'une entreprise se livre à une vente liée, le Bureau cherchera à déterminer si les produits dits « clef » et « lié » sont en fait des produits distincts. Une question essentielle porte sur la mesure dans laquelle il existe une demande de consommateurs distincte pour le produit « clef » et le produit « lié ». Le Bureau peut aussi tenir compte des gains en efficience qui découlent d'une vente liée; si, par exemple, la mise en œuvre d'une vente liée donne lieu à des gains en efficience de sorte qu'il n'est pas commercialement viable d'offrir les produits séparément, le Bureau ne conclurait pas que le produit « clef » et le produit « lié » sont des produits distincts, malgré la demande des consommateurs.

Refus de fournir

71. De façon générale, aucune entreprise n'est tenue de fournir un produit à une autre entreprise, ou encore de se procurer un produit auprès d'une autre entreprise. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, les refus de fournir peuvent déclencher l'application des dispositions sur l'abus de position dominante.

72. Dans certains cas, une entreprise peut explicitement refuser de fournir un produit. Toutefois, des préoccupations peuvent également survenir en ce qui concerne les refus imputés, c'est-à-dire lorsqu'une entreprise accepte de fournir à des conditions tellement onéreuses qu'elles ont le même effet qu'un refus explicite (p. ex. facturer un prix exagérément élevé).

73. Pour que le Bureau conclue qu'un refus de fournir est un agissement anticoncurrentiel, il faut que le produit ou le service refusé soit important du point de vue de la concurrence et qu'il ne puisse être obtenu autrement de façon réaliste (p. ex. auprès d'autres fournisseurs ou au moyen de l'auto-approvisionnement). Lorsque c'est le cas, le Bureau pourrait conclure qu'il était raisonnablement prévisible que le but visé par le refus consistait à exclure un concurrent, en l'absence d'une justification commerciale légitime.

74. Lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire d'application de la Loi en ce qui a trait aux refus de fournir, le Bureau reconnaît que les intrants importants du point de vue de la concurrence découlent souvent d'investissements importants et coûteux et de l'innovation, et le fait de forcer des entreprises à fournir des produits peut miner les incitatifs des entreprises à développer des produits et services tant nouveaux que bénéfiques.

iii) Pratique de mise au pas

75. Le Bureau estime qu'une entreprise en position dominante se livre à un comportement de mise au pas lorsqu'elle prend des mesures visant à dissuader un concurrent actuel ou potentiel de rivaliser plus vigoureusement ou d'autrement ébranler le statu quo dans un marché. Un tel comportement peut ne pas avoir comme objectif l'éviction ou l'exclusion, mais plutôt chercher à atténuer la concurrence. L'article 78 donne deux exemples de comportements pouvant relever de la mise au pas : l'alinéa 78(1)d) prévoit l'utilisation de marques de combat destinées à mettre au pas un concurrent, et l'alinéa 78(1)i) fait référence à la mise au pas en vendant des articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition.

76. Le comportement de mise au pas peut aider à faciliter, à maintenir ou à susciter la coordination entre entreprises. Dans de nombreux cas, lorsque des entreprises se livrent à un comportement coordonné, chaque participant est incité à s'écarter des résultats coordonnés. Par exemple, lorsque des entreprises se coordonnent pour augmenter les prix dans un marché, chaque participant à cette ligne de conduite commune peut être encouragé à diminuer ses propres prix afin d'augmenter ses ventes par rapport aux autres participants dont les prix sont plus élevés. Par conséquent, l'une des exigences pour qu'un comportement coordonné soit vraisemblablement durable consiste en la capacité de répondre à tout écart par rapport à la ligne de conduite commune au moyen de mécanismes de dissuasion crédibles. La pratique de mise au pas peut constituer un tel mécanisme : en se livrant à une pratique de mise au pas, l'entreprise en position dominante peut susciter ou préserver la coordination en punissant – ou en menaçant de punir de manière crédible – tout écart par rapport aux résultats coordonnés.

77. Le comportement de mise au pas peut également comprendre des agissements qui ne punissent pas directement les concurrents, mais qui facilitent plutôt les sanctions ou augmentent la crédibilité des menaces de sanctions envers les concurrents. Par exemple, si une entreprise adopte des modalités contractuelles avec ses clients qui lui donnent plus de renseignements sur la mesure dans laquelle les concurrents s'écartent des prix supraconcurrentiels, augmentant ainsi la probabilité qu'une mise au pas survienne, le Bureau pourrait estimer que les modalités contractuelles correspondent à un comportement de mise au pas.

78. Pour évaluer si le but visé par une pratique est la mise au pas, le Bureau peut être plus enclin à se fonder sur la preuve subjective de l'intention que lorsqu'il évalue d'autres types d'agissements anticoncurrentiels, en particulier lorsque les agissements de mise au pas allégués ne consistent qu'en un comportement relatif au prix. Comme ces agissements de mise au pas peuvent être particulièrement difficiles à distinguer de la concurrence vigoureuse fondée sur les qualités intrinsèques des produits et services, le Bureau peut hésiter à conclure qu'un agissement vise la mise au pas en se fondant uniquement sur ses conséquences raisonnablement prévisibles[41]. Lorsqu'il évalue la preuve de l'intention subjective, le Bureau cherchera généralement « quelque chose de plus » que l'intention typique d'une entreprise de surpasser ses concurrents. Par exemple, lorsque la preuve indique

[41] Il peut exister des exceptions à cette démarche. Par exemple, si une entreprise récidive après avoir été sanctionnée pour s'être livrée à une pratique de mise au pas, ou si le Bureau a observé un comportement sensiblement semblable dans un marché où une pratique de mise au pas a précédemment eu lieu, le Bureau pourrait moins mettre l'accent sur la preuve de l'intention subjective.

qu'une entreprise s'est livrée à un comportement concurrentiel agressif non pas pour répondre à la concurrence d'un rival ou le supplanter, mais plutôt pour inciter ce rival à livrer concurrence de façon moins vigoureuse, le Bureau peut conclure que ce « quelque chose de plus » est présent.

79. Compte tenu de ce qui précède, le Bureau prévoit faire enquête sur des comportements de mise au pas allégués que dans des cas limités et qu'en général, il devrait être convaincu que le comportement allégué vise la mise au pas à sa face même[42].

iv) Justifications commerciales

80. Pour déterminer si un agissement est anticoncurrentiel, le Bureau évalue également si cet agissement avait pour but de favoriser la réalisation d'objectifs opérationnels légitimes. Une justification commerciale n'est pas une défense à une allégation selon laquelle une entreprise s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels; elle se veut plutôt une autre façon d'expliquer l'objectif principal du comportement en question. La preuve de l'existence d'un **quelconque** objectif opérationnel légitime qui explique le comportement en cause ne suffit pas. En effet, la Cour d'appel fédérale a affirmé que « la justification commerciale doit être une raison fondée sur l'efficience ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anticoncurrentiels et/ou à l'intention subjective de ce comportement et leur fait contrepoids »[43]. Selon les circonstances, la raison pourrait par exemple être fondée sur la volonté de réduire les coûts de production ou d'exploitation de l'entreprise ou d'instaurer des améliorations technologiques ou des processus de fabrication donnant lieu à la mise au point de nouveaux produits novateurs ou à l'amélioration de la qualité du produit ou du service[44]. Le respect d'une exigence législative ou réglementaire peut également constituer une justification commerciale, lorsqu'un agissement est requis pour respecter cette exigence législative ou réglementaire[45].

---

42 Le Bureau reconnaît que des difficultés peuvent découler de la détermination de la mesure corrective appropriée en ce qui a trait aux pratiques de mise au pas anticoncurrentielles. Comme pour les autres comportements qui peuvent faire l'objet d'une poursuite en vertu de l'article 79, la mesure corrective appropriée dans le cadre d'une pratique de mise au pas dépendra au bout du compte des faits précis d'une affaire donnée. Au moment de déterminer la mesure corrective appropriée pour une pratique de mise au pas, le Bureau examinera l'ensemble des options offertes par l'article 79, y compris l'imposition de sanctions administratives pécuniaires, le cas échéant.

43 Tuyauteries Canada CAF 1, au par. 73.

44 Toutefois, comme le Tribunal l'a reconnu, il est nécessaire de prendre en compte l'ensemble des circonstances connues; par exemple, les réductions de coûts envisagées ou opérées en poussant l'un de ses concurrents à quitter le marché pertinent ne suffiraient pas pour justifier des comportements essentiellement motivés par un objectif abusif ou visant une exclusion ou une mise au pas (voir TREB TC, au par. 295).

45 TREB CAF 2, au par. 146.

81. Bien que le Bureau tienne compte de toute justification commerciale avancée par l'entreprise dite en position dominante, tel que reconnu par les tribunaux, le fardeau d'établir la preuve de la justification commerciale repose sur l'entreprise dite en position dominante qui l'invoque[46].

82. Lors de l'évaluation de l'objectif principal du comportement anticoncurrentiel, le Bureau examinera la crédibilité de toute prétention fondée sur l'efficience ou proconcurrentielle soulevée par l'entreprise dite en position dominante, leur lien avec l'agissement anticoncurrentiel allégué et la probabilité que ces prétentions soient réalisées. Dans le cadre de cette évaluation, le Bureau peut chercher à obtenir la preuve du rôle qu'a joué l'efficience ou la justification proconcurrentielle invoquée dans le processus décisionnel de l'entreprise dite en position dominante. En l'absence d'éléments de preuve contemporains selon lesquels la justification commerciale invoquée a motivé de façon rationnelle l'entreprise dite en position dominante, le Bureau sera moins susceptible de conclure que la justification commerciale est crédible.

83. De plus, après avoir obtenu des éléments de preuve à l'appui du but anticoncurrentiel et de la justification commerciale invoquée, au moment d'évaluer la nature générale d'une pratique, le Bureau peut évaluer si l'efficience ou les avantages concurrentiels invoqués auraient pu être réalisés par des moyens crédibles autres qui auraient eu une moins grande incidence sur les concurrents, le cas échéant. Lorsqu'il effectue cette analyse, le Bureau tiendra habituellement compte d'autres méthodes pour parvenir à un objectif commercial uniquement lorsque la preuve subjective établit que l'entreprise dite en position dominante a envisagé ces alternatives ou si une preuve objective claire indique qu'il serait déraisonnable pour cette entreprise de ne pas avoir tenu compte de ces alternatives (p. ex. si une entreprise change la manière dont elle poursuit ses objectifs commerciaux, le Bureau présumera habituellement qu'elle a envisagé de maintenir son plan d'action antérieur).

[46] TREB CAF 2, au par. 144.

84. Conformément à une approche notée par le Tribunal, au moment d'évaluer la nature générale d'une pratique, le Bureau peut considérer si les agissements anticoncurrentiels allégués présentaient des avantages au plan économique, n'eût été leurs effets anticoncurrentiels sur un concurrent[47]. Le comportement qui n'a aucun avantage raisonnablement prévisible au plan économique, n'eût été ses effets anticoncurrentiels, est susceptible d'avoir un but principal de nature anticoncurrentielle. Toutefois, des circonstances peuvent se présenter où le Bureau conclut qu'une pratique satisfait à l'alinéa 79(1)b), même lorsque l'évaluation des conséquences raisonnablement prévisibles indique que celles-ci peuvent présenter un avantage économique, et ce, sans avoir d'effet anticoncurrentiel sur un concurrent. Ces cas peuvent comprendre la situation où la preuve d'une intention subjective établit un but anticoncurrentiel, ou encore lorsque les avantages raisonnablement prévisibles sur le plan économique découlant de l'exclusion sont suffisamment importants comparativement aux autres profits tirés de la pratique pour permettre de conclure que le but principal était un effet anticoncurrentiel sur un concurrent[48].

85. Les justifications commerciales sont utiles pour évaluer l'objectif anticoncurrentiel, et n'ont pas d'incidence directe sur l'analyse des effets concurrentiels visée à l'alinéa 79(1)c)[49]. Le Bureau n'est pas tenu de quantifier les gains en efficience issus d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, mais il examinera ces gains en efficience dans le cadre de l'analyse axée sur le but (ou objectif), en vertu de l'alinéa 79(1)b)[50].

---

47 TREB TC, aux par. 311-318. De plus, le Tribunal a indiqué qu'il peut aussi examiner la question de savoir si les agissements supposaient le sacrifice de profits à court terme qu'on ne pourrait pas recouvrer, n'eût été les effets anticoncurrentiels d'un concurrent. L'approche du Bureau à l'égard de cette analyse est semblable à celle indiquée ci-dessus en ce qui concerne l'analyse de l'absence d'avantages sur le plan économique.

48 Au moment de déterminer si le comportement présentait un avantage raisonnablement prévisible sur le plan économique, n'eût été l'exclusion d'un concurrent, le Bureau ne considérera pas toujours que le scénario contrefactuel approprié, par rapport auquel évaluer les avantages économiques relatifs, est celui dans le cadre duquel l'entreprise n'a pris aucune mesure. Par exemple, lorsqu'une entreprise a deux options et choisit de donner suite à celle dans laquelle elle prévoit tirer le plus de profits en raison de l'exclusion (et de réduire les profits d'autres sources) plutôt que la solution alternative, le Bureau considérerait que cela ne présentait aucun avantage sur le plan économique n'eut été l'exclusion d'un concurrent.

49 Tuyauteries Canada CAF 1, au par. 87.

50 Le Tribunal a reconnu que les justifications commerciales ne font pas intervenir « le type d'appréciation quantitative envisagé par l'exception relative aux gains en efficience prévue à l'article 96 de la Loi » et que cette exception « serait beaucoup plus difficile, voire carrément problématique dans le contexte de l'article 79 » (TREB TC, au par. 291).

03 Effets concurrentiels

86. L'alinéa 79(1)c) exige que le comportement en question « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Autrement dit, une fois qu'il est déterminé que l'entreprise occupe une position dominante et s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, il demeure nécessaire de déterminer si cette pratique a eu ou aura vraisemblablement pour effet de nuire sensiblement à la concurrence dans un ou plusieurs marchés[51]. De façon générale, un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence se produit lorsque la pratique contestée entraîne un degré de puissance commerciale nettement plus important que ce qui aurait été le cas en l'absence de la pratique.

87. Le fait de démontrer un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence ne se veut pas une façon d'évaluer si le niveau absolu de concurrence dans un marché est important ou suffisant, mais se veut plutôt une évaluation relative du niveau de concurrence en présence et en l'absence de la pratique contestée. En réalisant cette évaluation, la démarche générale du Bureau consiste à se demander si, en l'absence de la pratique contestée, la concurrence dans le marché aurait été sensiblement plus importante dans le passé, le présent ou le futur[52].

---

51 Lorsqu'il évalue les effets concurrentiels en vertu de l'alinéa 79(1)c), le Bureau analyse les effets en référence à un marché, ce qui à son tour fait intervenir les concepts de définition de marché. Le Bureau est d'avis que les marchés, pour l'application des alinéas 79(1)a) et 79(1)c), n'ont pas à être les mêmes; c'est-à-dire que l'article 79 peut s'appliquer lorsqu'une entreprise occupe une position dominante dans un marché, mais qu'elle empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un autre marché (voir, par exemple, Télé-Direct, à la p. 214). Au besoin, le Bureau applique la même approche à la définition de marché pour l'application de l'alinéa 79(1)c) qu'il le fait ce qui concerne l'alinéa 79(1)a), tel que discuté ci-dessus.

52 Ce critère a été accepté par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt **Tuyauteries Canada CAF 1**, au par. 38. La Cour a affirmé que d'autres critères pourraient aussi être appropriés, le cas échéant.

88. Pour répondre à l'alinéa 79(1)c), le comportement peut soit **diminuer** ou **empêcher** la concurrence. Le Tribunal a reconnu que la démarche analytique générale est semblable dans les deux cas, mais des différences importantes demeurent. Le comportement qui diminue la concurrence permet généralement l'exercice de la puissance commerciale nouvelle ou accrue en diminuant la contrainte posée par des concurrents actuels ou potentiels. Le comportement qui empêche la concurrence, en revanche, préserve généralement toute puissance commerciale existante en empêchant la concurrence nouvelle qui se serait matérialisée en l'absence de la pratique contestée[53].

89. Dans plusieurs cas, un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence s'effectue en érigeant ou en renforçant les barrières à l'entrée ou à l'expansion. En raison de ces barrières accrues, les concurrents actuels ou potentiels sont empêchés ou dissuadés de livrer concurrence aussi vigoureusement qu'elles ne le feraient autrement, refrénant ainsi l'exercice de la puissance commerciale[54]. En examinant les agissements anticoncurrentiels et leurs effets sur les barrières à l'entrée ou à l'expansion, l'analyse du Bureau est axée sur l'évaluation de l'état de la concurrence qui prévaudrait dans le marché en l'absence de ces agissements. Par exemple, s'il peut être démontré que, n'eût été les agissements anticoncurrentiels, un concurrent ou un groupe de concurrents efficaces pourraient vraisemblablement entrer sur le marché à l'intérieur d'une période de temps raisonnable et y menacer l'exercice de la puissance commerciale, le Bureau conclura que les agissements en question entraînent un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence[55].

---

53 TREB TC, aux par. 472-474.

54 Cela pourrait comprendre le fait d'inciter des rivaux à adopter des réactions concurrentielles plus conciliantes.

55 Pour évaluer la période de temps raisonnable requise pour que des concurrents potentiels puissent livrer une concurrence efficace en l'absence des agissements anticoncurrentiels, le Bureau considérera le temps requis aux concurrents pour concevoir des produits et des plans de commercialisation, construire des installations ou modifier des installations déjà existantes, et atteindre des ventes suffisantes pour empêcher ou refréner une hausse importante des prix par des entreprises en position dominante. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'une période de deux ans sera généralement suffisante pour établir un effet (TREB CAF 2, au par. 64).

90. Bien que la démarche conceptuelle du Bureau soit axée sur les barrières accrues à l'entrée ou à l'expansion, le Bureau peut également évaluer les effets d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels selon divers indicateurs relatifs à l'intensité de la concurrence. Parmi ceux-ci, il peut s'agir d'évaluer la mesure dans laquelle, en l'absence de la pratique d'agissements anticoncurrentiels :

- les prix seraient plus bas;
- la qualité, le service, l'innovation ou le choix liés aux produits seraient meilleurs;
- le changement de produit ou de fournisseur serait plus fréquent.

91. La question de savoir si l'empêchement ou la diminution de la concurrence est sensible est évaluée par rapport à son degré, à sa durée ainsi qu'à la mesure dans laquelle cet empêchement ou cette diminution est répandu dans le marché. Il n'existe aucun seuil définitif au-delà duquel une diminution ou un empêchement peut être qualifié de sensible. En fait, le caractère sensible est évalué en fonction des facteurs précis du marché, y compris de la puissance commerciale de l'entreprise dite en position dominante. Comme l'a confirmé le Tribunal, « [d]ans le cas d'une entreprise jouissant d'une forte puissance commerciale et dont on a reconnu qu'elle s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels, les effets sur la concurrence de ces agissements n'ont pas à être aussi importants qu'ils doivent l'être sur un marché où la concurrence est déjà plus grande pour établir qu'il y a "diminution sensible" de la concurrence »[56].

92. Au moment d'évaluer si une pratique d'agissements anticoncurrentiels entraîne un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence, le Bureau peut se fonder sur des preuves qualitatives (p. ex. des documents d'affaires, l'opinion de participants de l'industrie, etc.) ou des preuves quantitatives (p. ex. des études économétriques)[57]. Le Bureau tente d'évaluer l'incidence causale de la pratique des agissements anticoncurrentiels en comparant l'état de la concurrence sur le marché à un scénario contrefactuel où la pratique n'a pas eu lieu. En menant cette évaluation, le Bureau peut chercher à obtenir une preuve qui porte directement sur le scénario contrefactuel (p. ex. les points de vue de participants au marché) ainsi qu'une preuve d'expériences naturelles dans le marché en question ou dans d'autres marchés.

93. Les expériences naturelles sont souvent utiles pour évaluer les situations contrefactuelles, car elles permettent d'étudier les événements historiques faisant le lien entre les changements aux conditions concurrentielles (p. ex. l'entrée ou la sortie d'entreprises, la présence de certains concurrents, de produits, de services, de pratiques contractuelles, etc.) et des changements au niveau d'effets observables. Lorsque les circonstances s'y prêtent, l'étude des événements et de leur incidence sur la concurrence dans un marché peut s'avérer très instructive et permettre l'évaluation des effets probables dans un autre marché. Par exemple, le Bureau peut chercher à obtenir des éléments de

---

56 Télé-Direct, à la p. 247.

57 Bien que dans certaines circonstances le Bureau puisse entreprendre des études quantitatives des effets concurrentiels au moment d'évaluer les abus potentiels de position dominante, il n'est pas nécessaire pour le Bureau de présenter des éléments de preuve quantitatifs pour établir un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence (**TREB CAF 2**, aux par. 101, 104).

preuve sur la façon dont les résultats concurrentiels diffèrent dans des marchés semblables où le comportement contesté n'a pas eu lieu, ou encore examiner la preuve liée à l'état de la concurrence dans le marché avant et après une pratique d'agissements anticoncurrentiels (ou d'autres événements, comme la sortie d'un concurrent) afin de déterminer son effet causal.

94. Au moment d'évaluer l'incidence d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Bureau peut tenir compte d'effets sur la concurrence statique (p. ex. l'incidence sur les prix et l'offre) et la concurrence dynamique (p. ex. la rivalité engendrée par l'innovation à l'égard des produits ou des processus). En effet, le comportement qui crée ou renforce des barrières qui diminuent la concurrence dynamique, comme l'innovation – que le Tribunal a d'ailleurs qualifiée comme étant le « type de concurrence le plus important »[58] – est particulièrement préoccupant pour le Bureau. Toutefois, en raison de leur nature prospective et incertaine, les effets sur la concurrence dynamique sont souvent plus difficiles à évaluer que les effets sur la concurrence statique. Dans de tels cas, des expériences naturelles provenant d'autres marchés (lorsque disponibles) peuvent aider dans l'établissement des effets concurrentiels.

95. Le risque que des mesures d'application de la Loi dissuadent la concurrence dynamique en faveur d'une concurrence statique accrue représente une importante considération pour le Bureau lorsqu'il s'agit de déterminer s'il ira de l'avant avec des mesures d'application de la Loi, de même que lorsqu'il détermine la mesure corrective appropriée, dans l'éventualité où une mesure d'application de la Loi est justifiée. Une concurrence dynamique saine peut entraîner une concurrence « à un seul gagnant » dans un marché en fonction de la qualité ou de l'innovation d'un produit, de sorte que l'entreprise qui réussit acquiert une puissance commerciale. Souvent, c'est la perspective de la puissance commerciale qui incite les entreprises à se livrer à une concurrence dynamique. Mettre l'accent des mesures d'exécution sur des résultats statiques peut entraîner un préjudice à plus long terme, en ce que cela peut dissuader les entreprises à livrer à une concurrence dynamique bénéfique, et il faut donc faire preuve de prudence au moment d'intervenir dans des marchés qui évoluent rapidement. Toutefois, ce résultat potentiel n'autorise pas les entreprises occupant une position dominante à diminuer ou empêcher la concurrence. En particulier, lorsqu'une entreprise en position dominante accroît des barrières qui empêchent des rivaux plus (ou potentiellement plus) novateurs de menacer sa position, le Bureau n'hésitera pas à prendre des mesures, le cas échéant.

[58] TREB TC, au par. 712.

04 Mesures correctives

96. Le Bureau considère les mesures correctives potentielles tôt dans le processus d'enquête mené en vertu de l'article 79 afin d'évaluer la nature, la portée et les moyens par lesquels une mesure corrective peut être mise en œuvre. Lorsque le Bureau est convaincu que la preuve recueillie permet de présenter une demande en vertu de l'article 79, diverses voies s'offrent au Bureau afin de remédier à la situation.

A. Résolutions consensuelles

97. De façon générale, parmi l'éventail des outils d'application de la Loi disponibles, le Bureau encourage et favorise la conformité volontaire et tentera souvent de parvenir à un règlement négocié pour remédier à un manquement à l'article 79[59].

98. Lorsque le Bureau a conclu que l'article 79 est en cause, dans la majorité des cas, le Bureau exigera que toute mesure corrective proposée dont les parties conviennent soit officialisée dans un consentement et que celui-ci soit enregistré auprès du Tribunal conformément à l'article 105 de la Loi[60]. Les consentements conclus entre le Bureau et un défendeur doivent être fondés sur des modalités pouvant faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal. Une fois enregistrés, les consentements ont la même force et le même effet qu'une ordonnance du Tribunal.

---

59 Voir également le bulletin du Bureau sur le ***Cadre d'action pour la concurrence et la conformité***.

60 Lorsque le Bureau a conclu que les éléments de l'article 79 sont rencontrés, le commissaire ne mettra généralement pas fin à l'enquête ou à la demande si l'entreprise en position dominante cesse unilatéralement sa pratique d'agissements anticoncurrentiels, à moins que l'entreprise en position dominante conclue un consentement. Cela procure la certitude et la prévisibilité nécessaires au Bureau et aux participants au marché que le comportement anticoncurrentiel ne sera pas adopté à nouveau. Dans certains cas, le Bureau peut, dans le cadre d'un consentement, demander une réparation pour les coûts liés à l'enquête. Également, le Bureau peut demander une sanction administrative pécuniaire dans le cadre de consentements, le cas échéant.

B. Ordonnances du Tribunal de la concurrence

99. Lorsque le Bureau est convaincu que la preuve permet de présenter une demande au Tribunal en vertu de l'article 79 et qu'une résolution consensuelle n'est pas possible, ou encore lorsqu'une résolution consensuelle n'est pas considérée comme appropriée, le cas échéant, le Bureau peut présenter une demande au Tribunal pour obtenir une ordonnance corrective[61].

100. Lorsque le Tribunal conclut que les éléments de l'article 79 sont rencontrés, la Loi confère au Tribunal de vastes pouvoirs discrétionnaires pour remédier au comportement anticoncurrentiel en question, y compris la capacité d'imposer des mesures correctives de nature comportementale et structurelle, qui varient de l'ordonnance d'interdiction (paragraphe 79(1)) à l'ordonnance réparatrice exigeant que certaines mesures correctives soient mises de l'avant (paragraphe 79(2)) ainsi qu'à l'imposition de sanctions administratives pécuniaires (paragraphe 79(3.1)).

i) Ordonnances d'interdiction et réparatrices

101. Conformément au paragraphe 79(1), le Tribunal peut interdire à un défendeur de se livrer à la pratique contestée d'agissements anticoncurrentiels. De plus, ou à titre subsidiaire, si le Tribunal conclut qu'une ordonnance interdisant la pratique ne rétablira vraisemblablement pas la concurrence dans le marché en question, le paragraphe 79(2) prévoit que le Tribunal peut rendre une ordonnance obligeant le défendeur à prendre des mesures raisonnables et nécessaires pour enrayer les effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels, y compris le dessaisissement d'éléments d'actif

[61] Le commissaire est la seule partie pouvant présenter des demandes au Tribunal en vertu de l'article 79. Voir le paragraphe 79(1) de la Loi.

ou d'actions[62]. D'autres mesures peuvent être prises, comme des modifications à des modalités contractuelles ou la mise sur pied d'un programme de conformité. Le Bureau considère généralement comme complémentaires les ordonnances d'interdiction et les ordonnances réparatrices et, le cas échéant, il peut demander des ordonnances interdisant le comportement anticoncurrentiel et enjoignant également au défendeur de prendre des mesures positives nécessaires pour rétablir la concurrence dans le marché.

102. L'omission de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'article 79 (autre qu'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 79(3.1)) ou à un consentement enregistré auprès du Tribunal en vertu de l'article 105 est une infraction criminelle[63].

ii) Sanctions administratives pécuniaires

103. Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en vertu des paragraphes 79(1) et/ou 79(2) de la Loi, il peut également, en vertu du paragraphe 79(3.1), ordonner au défendeur de payer une sanction administrative pécuniaire (« SAP »). Une telle sanction ne peut dépasser 10 millions de dollars pour la première ordonnance, ou 15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente. Dans un cas d'abus de position dominante, la SAP vise à favoriser des pratiques qui sont conformes à l'article 79 et non à punir le défendeur pour s'être livré à un comportement anticoncurrentiel[64]. Le défendeur qui omet de payer une SAP s'expose à une poursuite civile, puisqu'il s'agit d'une créance envers la Couronne[65].

104. Le Bureau considère en général les SAP comme un complément aux autres mesures correctives offertes par l'article 79 conçues afin de rétablir la concurrence. Étant donné qu'elles visent à encourager l'entreprise en position dominante à adopter des pratiques conformes à l'article 79, la décision du Bureau de demander des SAP et leur montant dépendront largement des faits précis de chaque affaire.

---

62 Le paragraphe 79(2) permet au Tribunal d'ordonner des mesures correctives de nature comportementale (p. ex. enjoindre à un défendeur d'adopter un certain comportement obligatoire) et de nature structurelle (p. ex. le dessaisissement d'éléments d'actif). Le Bureau ne demande pas de redressement de nature structurelle dans la vaste majorité des circonstances dans les cas d'abus de position dominante, mais il peut considérer ce faire lorsqu'un abus de position dominante entraîne des changements structurels dans un marché, de sorte que la concurrence ne peut être rétablie en ayant recours à une mesure corrective de nature comportementale seulement. Par exemple, lorsqu'une pratique a éliminé des concurrents efficaces préexistants d'un marché où les barrières à l'entrée (lesquelles n'ont pas été érigées ou renforcées par l'abus de position dominante) se sont vues accroître au fil du temps, empêchant ainsi la possibilité d'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, le Bureau peut demander un dessaisissement qui permettrait à un nouvel entrant d'être un concurrent viable. Ceci pourrait être soit au lieu, ou en plus d'une ordonnance d'interdiction en vertu du paragraphe 79(1) et/ou d'une mesure corrective de nature comportementale en vertu du paragraphe 79(2).

63 Voir l'**article 66 de la Loi**.

64 Voir le **paragraphe 79(3.3) de la Loi**.

65 Voir l'**article 79.1 de la Loi**.

105. Au moment de déterminer si une SAP est appropriée, le Bureau tiendra compte de facteurs tels que : (i) la volonté du défendeur de collaborer de façon opportune avec le Bureau dans le contexte de l'enquête, y compris à cesser immédiatement le comportement contesté lorsque le Bureau soulève des préoccupations liées à la concurrence; (ii) l'historique de conformité du défendeur par rapport à la Loi; et (iii) si la preuve suggère que le défendeur avait l'intention de ne pas se conformer à la Loi ou qu'il a fait preuve d'insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l'égard de la Loi.

106. Lorsque le Bureau décide qu'une SAP est justifiée dans les circonstances, la détermination de son montant sera guidée par les facteurs aggravants et atténuants énoncés au paragraphe 79(3.2) de la Loi :

- l'effet sur la concurrence dans le marché;
- le revenu brut provenant des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence;
- les bénéfices réels ou prévus sur lesquels la pratique a eu une incidence;
- la situation financière de la personne visée par l'ordonnance;
- le comportement antérieur de la personne visée par l'ordonnance en ce qui a trait au respect de la Loi;
- tout autre élément pertinent.

107. Le montant d'une SAP doit être établi selon la totalité des considérations pertinentes dans les circonstances; ainsi, aucun facteur unique ne sera déterminant.

108. Dans les cas où une SAP est demandée, le Bureau demeurera soucieux de demander des SAP au montant nécessaire pour veiller à ce que les SAP ne deviennent pas simplement le « coût opérationnel » d'une entreprise en position dominante qui se livre à un comportement anticoncurrentiel, dans les limites législatives, tout en veillant également à ce qu'elles ne soient pas excessives ou disproportionnées dans les circonstances et qu'elles respectent leur but législatif, c'est-à-dire favoriser le comportement qui est conforme aux dispositions sur l'abus de position dominante.

109. Le Bureau est guidé par des considérations et des facteurs similaires lorsqu'il décide d'inclure ou non une SAP dans le contexte d'un consentement relatif à un abus de position dominante et lorsqu'il en fixe le montant.

05 Exemples

110. Les exemples qui suivent visent à illustrer la démarche analytique générale pouvant être appliquée par le Bureau dans l'application de l'article 79. Ces exemples ne visent pas à dresser une liste exhaustive de tous les comportements pouvant soulever des préoccupations en vertu de l'article 79 et compte tenu des faits particuliers de chaque affaire, le Bureau peut s'écarter de la démarche analytique énoncée ci-dessous. Comme pour l'ensemble des présentes lignes directrices, l'analyse des exemples réalisée ci-dessous par le Bureau ne remplace pas les avis de conseillers juridiques, ne vise pas à reformuler l'état du droit et ne contraint pas le commissaire quant à la façon dont il exercera son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée. Les décisions du commissaire en matière d'application de la Loi et la façon dont les questions sont réglées en définitive dépendront des faits particuliers de chaque affaire.

A. Exemple nº 1 – Simple exercice d'une puissance commerciale

111. HO3 et SANTA sont des entreprises concurrentes en matière de fourniture de bonnets de père Noël au Canada. Il s'agit des plus importants participants au sein du marché, détenant respectivement des parts de marché de 65 p.100 (HO3) et de 20 p.100 (SANTA). D'importantes barrières à l'entrée rendent l'accès au marché difficile pour les nouveaux concurrents. Récemment, HO3 a unilatéralement majoré les prix pour les bonnets de père Noël qu'elle vend au Canada de plus de 250 p.100. Le Bureau a reçu des plaintes indiquant que HO3 a abusé de sa position dominante.

Analyse

112. Bien qu'il soit nécessaire qu'une entreprise détienne un degré sensible de puissance commerciale pour qu'il y ait manquement à l'article 79, ce facteur à lui seul n'est pas suffisant pour soulever des préoccupations en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position de dominante. Même lorsqu'une entreprise occupe une position dominante, elle doit également se livrer à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui donne lieu à un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Le Bureau ne considérerait pas la majoration des prix par HO3 comme un agissement anticoncurrentiel, puisque cela n'a pas pour effet d'exclure, d'éliminer ou de mettre au pas un concurrent actuel ou potentiel. De plus, comme la majoration des prix est issue de la puissance commerciale préexistante de HO3, et non pas d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, l'élément énoncé à l'alinéa 79(1)c) ne peut être établi.

B. Exemple nº 2 – Définition du marché

113. DUTY s'inscrit parmi les nombreux fabricants de perceuses robustes de l'Ouest du Canada. Au cours de la dernière année, SMASH, un fabricant de grande réputation dans le marché des marteaux haut de gamme, a commencé à commercialiser des perceuses « hyper robustes » à des détaillants dans l'Ouest du pays. Ces perceuses « hyper robustes » coûtent 20 p. 100 de plus que celles offertes par DUTY, mais elles ont également une puissance supérieure de 30 p. 100. SMASH, DUTY et tous les autres fabricants de perceuses dans l'Ouest du Canada ne vendent leurs produits que par l'entremise de canaux de détaillants non affiliés.

114. L'Est du Canada compte différents fabricants de perceuses, mais les expéditions entre les deux régions sont limitées, correspondant à environ 5 p. 100 des perceuses achetées dans l'Ouest du pays. La part de marché des perceuses produites dans l'Est et achetées dans l'Ouest du pays est demeurée relativement stable, en dépit des fluctuations de prix entre les deux régions. Toutefois, dans l'Ouest, les prix se suivent généralement dans l'ensemble de la région et les expéditions de perceuses varient en fonction des écarts de prix.

115. SMASH a porté plainte auprès au Bureau, alléguant que DUTY s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels liés à certaines pratiques contractuelles de DUTY. Dans le cadre de sa plainte, SMASH a fourni des preuves selon lesquelles ses coûts, et par conséquent, ses prix, ont augmenté en raison du comportement de DUTY, alors que les prix de DUTY et ceux d'autres perceuses traditionnelles sont demeurés stables.

Analyse

116. Cet exemple porte sur la définition du marché géographique et du marché de produits.

117. Pour conceptualiser au départ la substituabilité, le Bureau utilise généralement le critère du monopoleur hypothétique. À cette fin, le Bureau pourrait tenter d'obtenir des données sur les tendances liées à la substitution entre les différents types de perceuses d'une part, et fabricants de perceuses, d'autre part. De plus, le Bureau tenterait d'obtenir des renseignements sur les facteurs qualitatifs liés à la substituabilité; tel qu'il a été mentionné précédemment, parmi ces facteurs, on retrouve (i) l'interchangeabilité fonctionnelle, (ii) les opinions, les stratégies, les comportements et l'identité des acheteurs, (iii) les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial (la concurrence interindustrielle), (iv) les liens entre les prix et les niveaux des prix relatifs, et

(v) les coûts de changement de fournisseur. Par exemple, le Bureau tenterait d'évaluer si la puissance additionnelle ou le coût supérieur des perceuses « hyper robustes » empêche ou limite la substitution, ou si ces perceuses sont compatibles avec l'équipement existant. Le Bureau pourrait obtenir de tels renseignements auprès de diverses sources, notamment des entrepreneurs, des détaillants et d'autres fabricants de perceuses.

118. En l'espèce, comme tous les fabricants de perceuses ne vendront leurs produits que par l'entremise de détaillants, le Bureau chercherait vraisemblablement à définir un marché lié à la vente de perceuses aux détaillants, plutôt qu'aux consommateurs. Toutefois, comme la substitution au niveau de la vente au détail pourrait être définie en fonction de la demande des consommateurs, des éléments de preuve sur les préférences des consommateurs finaux et sur les tendances liées à la substitution peuvent s'avérer pertinents.

119. Pour définir les marchés aux fins de l'application de l'article 79, il s'agit d'évaluer la substituabilité au prix qui aurait prévalu en l'absence du comportement contesté. En l'espèce, le Bureau pourrait accorder un poids particulier à la preuve de substituabilité concernant la période antérieure à celle où DUTY s'est livrée au comportement allégué. Toutefois, le Bureau considérerait la preuve selon laquelle la majoration du prix des perceuses « hyper robustes » n'était pas corrélée avec une majoration du prix des perceuses traditionnelles comme une indication que ceux-ci n'appartiennent pas au même marché.

120. De la même manière, le Bureau utiliserait le critère du monopoleur hypothétique pour examiner les frontières du marché géographique, à savoir la mesure dans laquelle les détaillants abandonnent les fabricants de perceuses d'une région au profit de fabricants d'une autre région. En règle générale, le Bureau examinerait si une région est suffisamment isolée des tensions sur les prix émanant d'autres régions, de sorte que ses caractéristiques particulières peuvent entraîner des différences sensibles à l'égard de ses prix par rapport à ceux des autres régions pendant une période de temps donnée. Compte tenu de l'écart des prix avec l'Est du Canada, de la présence de différents concurrents et des importations limitées et constantes malgré les écarts de prix, le Bureau conclurait vraisemblablement que l'Est du Canada ne devrait pas être inclus dans le même marché géographique que celui de l'Ouest du Canada. La concurrence que se livrent les fabricants de perceuses dans l'ensemble de l'Ouest canadien et le fait que les prix et les achats se suivent dans l'ensemble de la région appuieraient la conclusion selon laquelle l'Ouest du Canada correspond au marché géographique approprié.

C. Exemple nº 3 – La puissance commerciale

121. L'entreprise SUBSTANTIAL est le principal fournisseur de tuques au Canada. Les tuques sont vendues dans des boutiques spécialisées. Bien que les détaillants de tuques gardent généralement en stock plusieurs marques de tuques, ils ne commercialisent habituellement pas de produits non apparentés. SUBSTANTIAL détient une part de marché de 40 p. 100. Le reste du marché est distribué de façon égale entre six autres concurrents.

122. Selon les renseignements recueillis par le Bureau, un grand nombre de consommateurs préfèrent largement les produits de SUBSTANTIAL et ne s'approvisionnent qu'auprès de détaillants qui gardent ces produits en stock. D'autres clients ne partagent pas cette préférence et sont disposés à envisager d'autres substituts, mais aucune autre marque de tuques ne donne lieu à une même fidélité des clients. Selon les consommateurs, les produits de SUBSTANTIAL sont essentiels à la crédibilité d'une boutique de tuques, et les détaillants qui ne commercialisent pas de tuques provenant de SUBSTANTIAL seront conséquemment considérablement désavantagés par rapport à leurs concurrents. Ceci explique pourquoi SUBSTANTIAL est en mesure d'obtenir davantage de soutien des canaux de vente au détail, y compris un positionnement préférentiel de ses produits et des dépenses affectées aux activités promotionnelles.

123. L'un des concurrents de SUBSTANTIAL a porté plainte auprès du Bureau, alléguant que l'entreprise s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels liée aux modalités contractuelles entre SUBSTANTIAL et les détaillants qui a mené à son exclusion du marché ainsi qu'à l'exclusion d'autres concurrents. Selon les éléments de preuve crédibles fournis, par suite de la pratique alléguée, SUBSTANTIAL a majoré le prix de ses tuques de plus de 33 p. 100.

Analyse

124. Ce scénario vise à illustrer la démarche adoptée par le Bureau pour évaluer la puissance commerciale dans les cas d'abus de position dominante. Aux fins de la présente analyse, le Bureau a déjà déterminé que le marché est celui des tuques vendues à des détaillants au Canada.

125. En règle générale, le Bureau commencera par évaluer si l'entreprise possède un degré sensible de puissance commerciale compte tenu des considérations structurelles. Il s'agit de déterminer le marché puis d'examiner les parts de marché et les barrières à l'entrée. En l'absence d'autres éléments de preuve, et selon ces facteurs uniquement, le Bureau ne conclura généralement pas à l'existence de l'élément de dominance dans les cas où l'entreprise dite en position dominante détient moins de 50 p. 100 des parts du marché. Toutefois, dans certains cas, des facteurs contextuels peuvent indiquer que les parts de marché ne reflètent pas nécessairement l'ampleur réelle de la puissance commerciale d'une entreprise et peuvent entraîner une enquête plus approfondie par le Bureau.

126. Dans ce cas, la preuve de l'influence de SUBSTANTIAL sur les canaux de vente au détail et de l'incidence concurrentielle des agissements de SUBSTANTIAL entraînerait vraisemblablement une enquête plus approfondie. Au moment d'évaluer la mesure dans laquelle SUBSTANTIAL exerce une influence sur les canaux de vente au détail, le Bureau tenterait de déterminer si SUBSTANTIAL est disposée et en mesure de mettre au pas les détaillants qui ne respectent pas ses modalités, ou encore si la menace de sanction suffit pour exercer une influence sur les détaillants. Si SUBSTANTIAL est en mesure de demander et de recevoir unilatéralement des modalités nettement plus favorables que d'autres fournisseurs, ou encore de dicter le degré de soutien que reçoivent les autres marques de tuques, le Bureau pourrait estimer qu'il s'agit d'un indicateur de puissance commerciale. Une considération clef de l'analyse du Bureau serait l'examen de la demande sous-jacente des consommateurs pour les produits de SUBSTANTIAL et l'ampleur du détournement en cas d'augmentation des prix des produits de SUBSTANTIAL, nonobstant tout agissement anticoncurrentiel allégué. Le Bureau pourrait également estimer que la preuve selon laquelle les prix des tuques de SUBSTANTIAL ont augmenté de plus de 33 p. 100 à la suite du comportement dit anticoncurrentiel adopté par SUBSTANTIAL indique que celle-ci possède une puissance commerciale.

127. Compte tenu de ces facteurs, le Bureau pourrait conclure que SUBSTANTIAL contrôle sensiblement ou complètement un marché au sens de l'alinéa 79(1)a), c'est-à-dire qu'elle possède un degré sensible de puissance commerciale, nonobstant la part de marché de 40 p. 100 que détient SUBSTANTIAL.

D. Exemple nº 4 – La dominance conjointe

128. BUDDY, PAL et CHUM fabriquent des vélos tandems, qu'ils commercialisent par l'intermédiaire de détaillants. Les trois entreprises ont à peu près la même taille et chacune détient des parts de marché d'environ 33 p. 100. Ces parts de marché sont demeurées stables au cours des cinq dernières années. Selon la preuve, BUDDY, PAL et CHUM n'ont pas tenté de façon importante de s'approprier les clients des uns des autres, et on note chez les clients très peu de changement de fournisseur entre les entreprises.

129. BUDDY, PAL et CHUM concluent des contrats à long terme avec les détaillants, lesquels prévoient des renouvellements automatiques, des clauses de dommages-intérêts importants en cas de résiliation anticipée, ainsi que des clauses d'alignement sur la concurrence applicables à une période subséquente à un contrat qui est résilié conformément aux conditions du contrat. Ces contrats limitent les incitatifs qu'auraient BUDDY, PAL et CHUM à se livrer concurrence et rend la tâche plus difficile aux nouveaux entrants qui veulent s'approprier des clients.

130. FRIENDLY a tenté en vain d'entrer sur le marché des vélos tandems. Malgré des prix moins élevés, FRIENDLY n'a pas été en mesure de s'approprier un nombre suffisant de clients en raison des pratiques contractuelles adoptées par BUDDY, PAL et CHUM. Sans la capacité de réaliser les économies d'échelle nécessaires pour livrer concurrence aux entreprises en place, FRIENDLY a été contrainte d'abandonner ses efforts quant à son entrée sur le marché.

Analyse

131. Ce scénario propose de mettre l'accent sur la question à savoir si BUDDY, PAL et CHUM exercent une dominance conjointe, plutôt que sur les autres éléments de l'article 79. Le Bureau a déjà établi que le marché de produits est celui des vélos tandems, et que le marché géographique est le territoire du Canada.

132. D'abord, le Bureau chercherait à déterminer si les entreprises qui ne font pas partie du groupe visé par les allégations de dominance conjointe, à savoir les concurrents actuels ou de nouveaux entrants potentiels, peuvent refréner tout exercice de puissance commerciale par BUDDY, PAL ou CHUM. En l'espèce, comme il n'y a aucune autre entreprise dans le marché, l'examen serait axé sur les entrants potentiels. Le Bureau tiendrait compte des barrières à l'entrée existantes, ainsi que les circonstances entourant l'échec connu par l'entreprise FRIENDLY lors de sa tentative d'entrée sur le marché. À moins que le Bureau n'ait conclu que les barrières à l'entrée étaient faibles (y compris les barrières érigées par suite du comportement contesté), le Bureau pourrait conclure que les entrants potentiels n'ont pas été en mesure de refréner la puissance commerciale exercée conjointement par les entreprises en place.

133. Le Bureau se demanderait ensuite si la concurrence que se livrent BUDDY, PAL et CHUM est suffisante pour empêcher l'exercice conjoint d'un degré sensible de puissance commerciale. Parmi les renseignements pertinents à cette analyse, on note la stabilité des parts de marché au fil du temps, l'absence de sollicitation active des clients des autres entreprises et la rareté des changements de fournisseurs chez les clients, lesquels sembleraient indiquer que BUDDY, PAL et CHUM possèdent conjointement un degré sensible de puissance commerciale. Le fait que BUDDY, PAL et CHUM aient adopté des modalités contractuelles semblables pourraient être pertinent à cette analyse dans la mesure où elles réduisent la vigueur de la concurrence entre les trois entreprises et facilitent ainsi l'exercice conjoint de la puissance commerciale.

134. Par conséquent, le Bureau pourrait conclure que BUDDY, PAL et CHUM exercent une dominance conjointe dans le marché des vélos tandems au Canada, répondant ainsi à l'exigence énoncée à l'alinéa 79(1)a)[66].

E. Exemple nº 5 – Les pratiques d'éviction

135. CHÂTEAU et DOMAINE sont des producteurs canadiens de vin de glace à l'érable. Les deux entreprises ne produisent qu'un seul type de vin, lequel est propre à ces deux vignobles. De fait, ces deux vignobles se trouvent sur une grande colline à Gatineau qui bénéficie d'un microclimat particulier qu'on ne retrouve nulle part ailleurs dans le monde, ce qui confère aux produits une saveur particulière recherchée par les connaisseurs.

[66] Outre les facteurs susmentionnés, le Bureau tiendrait aussi compte de tout autre élément de preuve pertinent concernant le degré sensible de puissance commerciale exercé par BUDDY, PAL ou CHUM, comme une preuve directe de puissance commerciale ou la capacité d'exclure.

136. À la suite d'un changement dans la direction de CHÂTEAU, l'année dernière, la nouvelle équipe de gestion a augmenté de façon significative la production et offre dorénavant aux clients un rabais de 40 $ sur le prix régulier de 50 $ de chaque bouteille de son vin de glace classique de la cuvée de cette année. Ceci a incité DOMAINE à porter plainte auprès du Bureau, alléguant qu'il s'agit d'une pratique d'éviction.

Analyse

137. Les allégations de pratique d'éviction sont examinées en vertu de l'article 79 de la Loi. Il y a pratique d'éviction lorsque l'entreprise fixe délibérément les prix sous son propre prix coûtant, de manière à éliminer ou à mettre au pas des rivaux actuels ou encore à dissuader des tentatives d'entrée sur le marché. Cette stratégie peut empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence lorsque l'entreprise se livrant à la pratique d'éviction est en mesure de recouvrer par la suite les pertes essuyées en imposant des prix supérieurs au niveau qui aurait autrement prévalu. Aux fins de la présente analyse, il convient de présumer que les vins de CHÂTEAU et de DOMAINE constituent le marché de produits, que le marché géographique englobe le territoire du Canada, et que CHÂTEAU détient un degré sensible de puissance commerciale dans ce marché.

138. À titre de condition préalable dans les cas de pratiques d'éviction, le Bureau considère qu'il est nécessaire que les prix des produits pertinents soient inférieurs à leurs coûts évitables moyens. En l'espèce, une façon pertinente et préalable d'évaluer le bien-fondé des préoccupations exprimées par DOMAINE consisterait à demander à cette dernière des renseignements sur ses propres coûts de production et sur sa rentabilité. Si le prix fixé par CHÂTEAU est supérieur aux coûts de production de DOMAINE, le Bureau conclurait qu'il est invraisemblable que DOMAINE soit évincée à la suite de la stratégie relative aux prix et qu'ainsi, les exigences énoncées à l'alinéa 79(1)c) ne sont vraisemblablement pas rencontrées. De plus, ceci jetterait un doute sur l'affirmation selon laquelle CHÂTEAU fixe des prix inférieurs à ses propres coûts.

139. Lorsqu'il s'agit d'évaluer les coûts évitables moyens de CHÂTEAU, le Bureau mettra l'accent sur la détermination des coûts qui auraient pu être évités si CHÂTEAU n'avait pas produit et vendu le vin faisant l'objet de la stratégie de de prix, y compris les coûts de renonciation. Par souci de simplicité, présumons qu'il existe quatre catégories de coûts engagés par CHÂTEAU :

- Bouteilles : CHÂTEAU fait l'acquisition de bouteilles peu de temps avant l'embouteillage de ladite cuvée en fonction de la quantité qu'elle requiert;

- Tonneaux : CHÂTEAU possède un stock déterminé de tonneaux pour le vieillissement du vin, qui est plus important que ce qu'elle requiert généralement à n'importe quel moment, et CHÂTEAU loue les tonneaux excédentaires à d'autres vignobles;

- Main-d'œuvre : CHÂTEAU compte des employés permanents qui ne peuvent faire l'objet d'un licenciement que dans des circonstances extrêmes, et embauche des employés saisonniers pour prêter main-forte à la plantation des vignes, à la récolte, au traitement et à l'embouteillage;

- Terres : CHÂTEAU détient depuis 68 ans un bail d'une durée de 100 ans pour les terres sur lesquelles se trouve le vignoble, ne peut augmenter ou réduire la superficie qu'elle loue, et ne peut non plus utiliser les terres à d'autres fins que les présentes.

140. Étant donné que le nombre de bouteilles qu'achète CHÂTEAU varie en fonction de la quantité de vin qu'elle produit, le Bureau estimerait qu'il s'agit d'un coût évitable. En revanche, comme CHÂTEAU est dans l'impossibilité d'agrandir ou de réduire la superficie des terres louées, le Bureau ne considérerait pas que les terres correspondent à un coût évitable, et ce, peu importe le pourcentage de la totalité des coûts que représente le bail.

141. Puisque CHÂTEAU loue des tonneaux à d'autres vignobles, lorsqu'elle s'en sert plutôt pour le vieillissement de son propre vin, elle engage un coût d'opportunité à l'égard du loyer qu'elle aurait autrement perçu. Ce loyer manqué devient donc un coût évitable, même si CHÂTEAU n'aurait pas acheté de tonneaux additionnels.

142. Certains coûts liés à la main-d'œuvre de CHÂTEAU pourraient vraisemblablement constituer des coûts évitables, alors que d'autres non. Les coûts engagés par suite de l'embauche des employés saisonniers pour la production du vin faisant l'objet de la stratégie de prix seraient évitables. Si CHÂTEAU n'avait pas embauché d'employés permanents supplémentaires pour la production du vin, et compte tenu des restrictions quant au licenciement de cette catégorie d'employés, ces coûts n'auraient pas été considérés comme évitables, selon la durée de la stratégie de prix. À titre d'illustration, si la stratégie de prix est adoptée pour une courte durée, CHÂTEAU pourrait ne pas être en mesure de modifier les coûts engagés relativement aux employés permanents. Par contre, si la pratique persiste pour une plus longue durée, de sorte que certains employés permanents pourraient démissionner ou prendre leur retraite et que CHÂTEAU serait dès lors libre de choisir de les remplacer ou non, les coûts liés à la main-d'œuvre permanente pourraient devenir des coûts évitables.

143. En règle générale, le Bureau chercherait également à déterminer s'il existe des éléments de preuve crédibles concernant un objectif opérationnel légitime de la part de CHÂTEAU, par exemple, si l'entreprise établissait un prix de vente pour égaler celui d'un concurrent, vendait des inventaires excédentaires, périmés ou périssables, ou encore si elle visait à inciter les clients à essayer un nouveau produit.

144. Après avoir déterminé les coûts évitables de CHÂTEAU, le Bureau les comparerait au prix du vin visé par la stratégie de prix. En l'absence d'une justification opérationnelle crédible, si CHÂTEAU fixait ses prix sous ses coûts évitables moyens, le Bureau conclurait vraisemblablement que CHÂTEAU s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels.

145. De plus, même lorsqu'une entreprise fixe des prix inférieurs à ses coûts évitables moyens, pour empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence et ainsi soulever des préoccupations au regard de la Loi, il doit être vraisemblable que l'entreprise puisse procéder au recouvrement des pertes enregistrées en raison de la stratégie de prix. Si toute tentative de majorer les prix par la suite était contrecarrée par l'entrée ou le retour sur le marché en temps opportun de nouveaux entrants ou par d'autres concurrents actuels, la fixation des prix en deçà des coûts n'aurait pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. En pareil cas, si l'entreprise en position dominante parvient à effectivement majorer les prix, et que les barrières empêchent que l'entrée, le retour ou l'expansion sur le marché de concurrents actuels se fasse en temps suffisamment opportun ou de façon suffisante pour refréner la puissance commerciale exercée par l'entreprise en position dominante, la concurrence sera empêchée ou diminuée sensiblement.

146. Les pratiques d'éviction peuvent ériger ou renforcer des barrières à l'entrée. Par exemple, en se forgeant une réputation en matière de pratiques d'éviction, l'entreprise en position dominante qui est en place pourrait donner l'impression que l'entrée sur le marché ne sera pas rentable, ce qui aura un effet dissuasif sur les entrants actuels ou potentiels.

147. En l'espèce, le Bureau évaluerait si une tentative de CHÂTEAU de hausser les prix et d'exercer une puissance commerciale serait contrecarrée par le retour sur le marché de DOMAINE, ou encore par une nouvelle entrée. Dans ce cas, si le retour sur le marché de DOMAINE est peu probable ou ne refrénerait pas la puissance commerciale de CHÂTEAU, et si un nouvel entrant n'était pas en mesure d'obtenir les terres, les biens ou le savoir-faire nécessaires pour produire un vin concurrentiel, ou encore s'il doit surmonter des barrières importantes en matière de réputation qui l'empêcheront de refréner la puissance commerciale de CHÂTEAU, par exemple en raison de son statut de nouvel entrant n'ayant pas encore fait ses preuves, le Bureau pourrait conclure qu'il est possible que CHÂTEAU recouvre ses pertes et que le comportement adopté empêche ou diminue sensiblement la concurrence.

F. Exemple nº 6 – L'exclusivité

148. Un panoptique est un appareil électronique de consommation qui est devenu omniprésent depuis son lancement il y a trois ans. La majorité des principaux fabricants de produits électroniques de consommation ont commencé à élaborer leurs propres appareils panoptiques et se livrent concurrence pour offrir aux consommateurs les meilleurs produits qui présentent le plus de caractéristiques de pointe.

149. Les appareils panoptiques recueillent un important volume de données sur leurs utilisateurs, notamment sur la localisation et les habitudes de consommation. Ayant pris conscience de la valeur de ces données, plusieurs entreprises, connues comme des agrégateurs de données panoptiques, ont commencé à faire l'acquisition de données panoptiques directement auprès des fabricants de ces appareils afin d'analyser et de monétiser les renseignements provenant de ces données. L'une des principales utilisations des données agrégées panoptiques consiste à fournir des informations sur les préférences et les achats des consommateurs à des fins de publicité et de promotion.

150. Contrairement aux États-Unis où il y a trois grands agrégateurs de données panoptiques, le Canada ne compte qu'une entreprise offrant ces services. Cette entreprise, du nom de THOTH, recueille des données panoptiques depuis deux ans et utilise celles-ci pour améliorer son algorithme, rendant ainsi son produit plus attrayant aux yeux des clients. Le fait que son algorithme renferme les données panoptiques canadiennes des deux dernières années octroie à THOTH un avantage concurrentiel important par rapport à tout nouvel entrant sur le marché de l'agrégation de données panoptiques au Canada. En outre, THOTH recueille des données sur la façon dont ses clients font usage des données agrégées de THOTH, lui permettant ainsi d'améliorer en outre la qualité de son algorithme.

151. Au cours de la dernière année, THOTH a commencé à conclure de nouveaux contrats d'une durée de dix ans avec tous ses fournisseurs de données panoptiques au Canada. Ces contrats prévoient des sanctions pécuniaires sévères en cas de résiliation anticipée, ainsi que le versement de primes en cas d'octroi d'accès aux données exclusivement à THOTH. THOTH prétend que ces modalités contractuelles sont nécessaires pour lui permettre de recouvrer les investissements importants effectués pour l'intégration dans son algorithme de données transmises par ses fournisseurs. THOTH soumet également que le versement des primes pour l'exclusivité incite les fournisseurs de données à s'intégrer au plan technologique à la plateforme de THOTH, contribuant ainsi à améliorer la qualité des données que recueille THOTH de même que l'analyse qu'elle peut fournir aux clients.

152. ENKI, le plus important concurrent de THOTH aux États-Unis, a porté plainte auprès du Bureau alléguant qu'en raison des modalités contractuelles, l'entreprise n'est pas en mesure de sécuriser les données dont elle aurait besoin pour lui permettre d'entrer sur le marché canadien et livrer concurrence à THOTH.

Analyse

153. Aux fins du présent scénario, présumons que le Bureau a déjà défini le marché de produits en fonction de l'agrégation de données panoptiques au Canada, et que THOTH occupe une position dominante dans ce marché.

154. Pour évaluer si THOTH s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Bureau concentrerait vraisemblablement son analyse sur les paiements pour l'accès exclusif aux données panoptiques[67]. En particulier, le Bureau souhaiterait déterminer si le but visé par les paiements était d'empêcher l'accès aux données panoptiques, et ce, afin d'exclure les concurrents.

155. Pour déterminer le but visé par les modalités contractuelles, le Bureau pourrait examiner la preuve ayant trait à leur négociation. Cette analyse pourrait porter sur la question à savoir si les modalités contractuelles ont été incluses à la demande de THOTH ou des fournisseurs. Dans ce dernier cas, le Bureau pourrait évaluer l'intention de THOTH d'accepter la demande du fournisseur, ou toute modification à la demande du fournisseur qui pourrait être le fruit d'une demande de THOTH.

[67] Étant donné que les modalités contractuelles ont constamment été insérées dans les ententes de dix ans conclues avec les fournisseurs de données, le Bureau serait d'avis que THOTH s'est livrée à une telle pratique.

156. Dans le contexte de l'enquête du Bureau, outre la recherche d'éléments de preuve d'intention subjective de la part de THOTH, le Bureau pourrait tenter d'établir si l'exclusion d'ENKI était une conséquence raisonnablement prévisible des modalités contractuelles. Le Bureau pourrait recueillir des renseignements sur la mesure dans laquelle des substituts existent pour les fournisseurs de données assujettis aux ententes contractuelles de THOTH, sur la possibilité d'entrée sur le marché d'autres fournisseurs ou sur la possibilité que ENKI s'auto-approvisionne en ce qui a trait aux données, et si les paiements effectués en échange de l'exclusivité ont pour effet d'inciter certains fournisseurs de données ou la totalité de ceux-ci à ne pas faire des affaires avec ENKI. Le Bureau chercherait également à déterminer la mesure dans laquelle ENKI a besoin des données provenant de tous les fournisseurs pour être viable dans le marché. De plus, le Bureau pourrait évaluer si, même en l'absence des paiements visant l'exclusivité, il était raisonnablement prévisible que les fournisseurs de données panoptiques n'auraient pas fourni les données à ENKI. Si les modalités contractuelles ont pour effet d'empêcher un nombre suffisant de fournisseurs de données de traiter avec ENKI et qu'il n'existe pas d'autres alternatives viables, le Bureau pourrait conclure qu'une incidence négative visant à exclure un concurrent était raisonnablement prévisible.

157. Le Bureau peut également examiner toute justification commerciale pertinente relative aux modalités contractuelles mise de l'avant par THOTH, en l'espèce, voulant que les paiements en contrepartie de l'exclusivité incitent à une intégration technologique avantageuse. Par exemple, s'il n'y avait aucune preuve contemporaine au moment de la conclusion des modalités contractuelles selon laquelle les paiements auraient pour effet d'améliorer l'intégration technologique et par conséquent, la qualité des produits, il serait peu probable que le Bureau juge crédible la justification de THOTH. Même en présence de certains éléments de preuve indiquant le caractère avantageux des paiements, s'il existait des éléments de preuve contemporains indiquant que THOTH avait envisagé d'autres options pour obtenir des résultats similaires au moyen de méthodes moins contraignantes (p. ex. conclure des ententes contractuelles pour des services semblables plutôt que demander l'exclusivité), le Bureau pourrait ne pas considérer la justification commerciale de THOTH comme convaincante.

158. Le Bureau pourrait également considérer si les paiements de THOTH en contrepartie de l'exclusivité étaient rationnels au plan économique, n'eût été l'exclusion des concurrents. Il serait question de comparer les coûts liés aux paiements pour l'exclusivité par rapport aux revenus tirés d'avantages autres que l'exclusion (p. ex. l'augmentation des ventes des données panoptiques agrégées en raison d'une qualité supérieure, le cas échéant). Faute d'établir l'existence de revenus qui ne dépendent pas de l'exclusion, le Bureau pourrait considérer ceci comme indiquant que les paiements d'exclusivité ont un but anticoncurrentiel.

159. Le Bureau considérerait ensuite si les modalités contractuelles ont empêché ou diminué sensiblement la concurrence dans le marché de l'agrégation de données panoptiques, c'est-à-dire si les modalités contractuelles permettent à THOTH d'exercer une puissance commerciale nettement plus importante par le passé, le présent, ou vraisemblablement à l'avenir.

160. Dans ces circonstances, le Bureau chercherait à évaluer la mesure dans laquelle les barrières à l'entrée sont attribuables aux modalités contractuelles de THOTH, comparativement aux caractéristiques propres au marché. Par exemple, dans le cas d'une industrie caractérisée par des effets de réseau, la mesure dans laquelle des barrières à l'entrée existent doit être prise en compte dans l'évaluation de l'effet des modalités sur la concurrence. Dans le présent scénario, l'algorithme supérieur de THOTH qui est le fruit de deux ans d'agrégation de données panoptiques ainsi que de données sur l'utilisation par les clients pourrait créer des barrières suffisamment solides, de sorte que les modalités contractuelles n'ont aucun effet différentiel.

161. Le Bureau chercherait à déterminer si, en l'absence des modalités contractuelles de THOTH, l'entrée s'effectuerait en temps opportun et serait probable et suffisante pour refréner la puissance commerciale de THOTH. Pour évaluer les effets des modalités contractuelles, le Bureau pourrait tenter d'obtenir des renseignements sur l'état de la concurrence aux États-Unis où il n'y a pas de clauses d'exclusivité et l'opinion d'autres entrants potentiels. Si la preuve démontre que l'entrée serait peu probable en raison de la structure du marché et ce, même en l'absence de telles clauses, il serait beaucoup moins probable que le Bureau estime qu'il y a, a eu ou aura vraisemblablement un empêchement de la concurrence en raison des clauses.

162. Si les modalités contractuelles ont comme effet différentiel de dissuader l'entrée sur le marché, le Bureau tenterait d'évaluer l'incidence d'une telle entrée sur la concurrence. Le Bureau pourrait examiner, entre autres, des éléments de preuve sur l'état relatif de la concurrence dans les marchés de l'agrégation de données panoptiques où il n'y a pas de clauses d'exclusivité liant les fournisseurs, par exemple aux États-Unis. Si la preuve indique que le prix payé pour des données panoptiques serait sensiblement inférieur, que la qualité des services serait supérieure, ou encore que l'innovation serait plus importante en l'absence des modalités contractuelles, le Bureau pourrait conclure que le comportement auquel THOTH s'est livrée a empêché sensiblement la concurrence.

G. Exemple nº 7 – Les ventes liées

163. GORDIAN fabrique des attaches qui sont destinées à diverses applications industrielles. L'utilisation de ces attaches nécessite un cordage qui se détériore rapidement et qui doit souvent être remplacé.

164. Il y a de cela deux ans à peine, le marché comptait quatre producteurs de cordes, dont l'entreprise GORDIAN. À ce moment, un producteur concurrent, ALEXANDER, a commencé à élaborer des plans pour introduire un produit concurrent aux attaches de GORDIAN. ALEXANDER prévoyait tirer parti des synergies entre la production d'attaches et de cordes afin de réduire les coûts et offrir les attaches à un prix de 20 p. 100 inférieur à celui de GORDIAN. Peu après, GORDIAN a adopté une politique exigeant l'utilisation de corde GORDIAN pour que les attaches GORDIAN puissent à leur tour bénéficier d'une couverture de garantie. Par la suite, la vaste majorité des utilisateurs d'attaches se sont tournés vers les cordes de GORDIAN. Par conséquent, ALEXANDER et d'autres tierces parties fabricantes de cordes sont sorties du marché et, comme ALEXANDER ne pouvait plus s'en remettre à l'efficience de production entre les attaches et les cordes, elle a abandonné ses efforts visant à livrer concurrence aux attaches de GORDIAN.

165. GORDIAN soutient avoir adopté la politique en cause en raison de la qualité inférieure des cordes provenant de tiers, lesquelles endommagent ses attaches et entraînent une augmentation des coûts liés à ses services et portent atteinte à la réputation de ses produits.

Analyse

166. Aux fins du présent scénario, présumons que le Bureau a déjà défini le marché de produits en fonction des attaches et que GORDIAN occupe une position dominante dans ce marché. De plus, dans la mesure où les attaches et les cordes sont des produits distincts (tel que discuté ci-dessous), présumons que le Bureau a défini les cordes comme un marché de produits. Dans les deux cas, présumons que le marché géographique pertinent est le Canada.

167. Le Bureau chercherait à évaluer si les produits dits « clef » et « lié » sont en fait des produits distincts. L'une des questions essentielles dans le cadre de l'examen porterait sur la mesure dans laquelle il existe une demande distincte des clients pour le produit clef et le produit lié. En outre, le Bureau pourrait considérer les gains en efficience découlant d'une vente liée. Si, par exemple, la mise en place d'une vente liée entraînait des gains en efficience de sorte que l'offre séparée des produits n'était pas viable sur le plan commercial, le Bureau ne pourrait pas conclure que le produit clef et le produit lié sont distincts, nonobstant la demande des consommateurs.

168. En l'espèce, lorsqu'il cherche à déterminer s'il existe une demande distincte, le Bureau pourrait prendre en considération les antécédents en matière d'achat d'attaches et de cordes auprès de différents fabricants, ainsi que les opinions des acheteurs de cordes actuels ou potentiels. Selon cette information, le Bureau pourrait conclure qu'une demande distincte existe.

169. Le Bureau pourrait également examiner si la mise en place de ventes liées entraîne des gains en efficience, de sorte que l'offre des attaches et des cordes en tant que produits distincts ne soit pas pratique. Comme les économies de gamme entre les cordes et les attaches dépendent de leur production conjointe plutôt que de la vente liée, les économies de gamme ne seraient pas considérées comme faisant partie de cette analyse. En l'espèce, le Bureau pourrait estimer que les antécédents concernant la vente séparée des deux produits sont déterminants, et conclure que les attaches et les cordes sont des produits distincts.

170. Le Bureau pourrait ensuite se pencher sur la question de déterminer si le but visé par GORDIAN lors de la mise en place des ventes liées était anticoncurrentiel. En l'espèce, l'accent serait mis sur la question à savoir si la vente liée avait pour objectif d'exclure un ou plusieurs concurrents du marché des cordes. Ceci requerrait l'examen de la preuve relative à l'intention subjective de GORDIAN quant à la mise en place des ventes liées, ainsi que les effets raisonnablement prévisibles de ces ventes liées.

171. De façon générale, le Bureau examinerait la mesure dans laquelle les ventes liées ont un caractère contraignant, c'est-à-dire la mesure dans laquelle il était vraisemblable que la vente liée ait pour effet de détourner la demande dans le marché des cordes vers GORDIAN. Par exemple, si les utilisateurs d'attaches peuvent facilement se tourner vers des substituts efficaces à l'égard des services de garantie de GORDIAN, et ce, à des prix suffisamment bas, il est peu probable que l'exclusion provenant de la modification à la couverture de garantie soit raisonnablement prévisible (et, de même, si la vente liée n'a pas de caractère contraignant, elle est peu susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence). Le Bureau examinerait également la mesure dans laquelle l'entrée serait efficace dans le marché des attaches en l'absence d'économies de gamme entre les attaches et les cordes, ainsi que la faisabilité et l'efficacité de l'entrée sur les deux marchés simultanément.

172. Le Bureau prendrait également en compte toute justification commerciale invoquée par GORDIAN. En l'espèce, il s'agirait notamment de recueillir des éléments de preuve sur la mesure dans laquelle les cordes provenant des tierces parties avaient causé le dysfonctionnement des attaches avant la mise en place des ventes liées, si les dysfonctionnements sont devenus moins fréquents à la suite de la mise en place des ventes liées et si la satisfaction des clients à l'égard des attaches a connu une amélioration.

173. Si des éléments de preuve subjectifs ou objectifs indiquent que les ventes liées ont été mises en place avec une intention d'exclusion et que la preuve à l'appui de la justification commerciale n'est pas convaincante, le Bureau pourrait conclure que GORDIAN s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels.

174. Le Bureau déterminerait par la suite si les ventes liées ont, ont eu ou auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché des attaches ou encore dans celui des cordes. Par exemple, si le Bureau concluait que la vente liée avait érigé des barrières à l'entrée sur le marché des attaches en niant les économies de gamme quant à la production de cordes, le Bureau pourrait conclure qu'il y a eu un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence.

H. Exemple nº 8 – Les règles des associations commerciales

175. SOL est une association commerciale provinciale de fabricants de panneaux solaires. Entre autres, SOL coordonne les normes de l'industrie en matière de qualité et de performance réservées à l'usage exclusif de ses membres et certifie la conformité à ces normes. Les acheteurs de panneaux solaires en sont venus à reconnaître et demander la certification fournie par SOL, et les panneaux solaires non certifiés enregistrent des ventes nettement inférieures. En raison des avantages considérables associés à ces normes, pratiquement tous les fabricants de panneaux solaires de la province sont membres de SOL. Des associations commerciales semblables à SOL existent dans d'autres provinces et se livrent à des activités de la même nature. SOL est strictement une association commerciale; elle ne produit pas de panneaux solaires et ne jouit d'aucun pouvoir conféré par une loi fédérale ou provinciale et ne joue aucun rôle en matière de réglementation.

176. SOL compte parmi ses membres de nombreux fabricants de panneaux solaires, dont aucun ne détient une part de marché supérieure à 5 p.100. Au cours des dernières années, le marché a connu l'entrée et la sortie de divers fabricants de panneaux solaires.

177. SUNNY est un fabricant de panneaux solaires qui connaît beaucoup de succès à l'extérieur de la province où SOL exerce ses activités. Contrairement aux autres fabricants qui vendent des panneaux solaires homogènes par l'intermédiaire de canaux de vente au détail traditionnels, SUNNY a élaboré un modèle opérationnel selon lequel les clients ont la possibilité de commander des panneaux solaires personnalisés par Internet, qui leur sont ensuite expédiés directement. Plusieurs consommateurs estiment que les panneaux solaires de SUNNY leur conviennent davantage et qu'ils sont de qualité supérieure par rapport aux panneaux offerts par ses concurrents, le tout à des prix comparables. SUNNY a connu une croissance rapide dans sa province d'origine et envisage l'expansion de ses activités partout au pays.

178. À l'époque où SUNNY entamait sa croissance rapide, SOL a adopté des règles interdisant à ses membres de vendre des produits personnalisés directement aux clients. SOL soumet qu'en raison de la diversité des panneaux solaires sur mesure, si ceux-ci ne sont pas distribués au moyen des canaux traditionnels de vente au détail (qui permettent plus de surveillance), ils ne peuvent faire l'objet du même degré de contrôle et ne peuvent ainsi recevoir la certification relative aux normes en la matière établies par SOL. SUNNY a porté plainte au Bureau, indiquant qu'elle souhaite se lancer en affaires dans la province où SOL exerce ses activités, mais que les règles de cette dernière l'empêchent d'entrer sur le marché. SUNNY soutient que sans la certification de SOL, la demande pour les produits de SUNNY sera considérablement réduite et que son entrée sur le marché selon son modèle d'affaires actuel ne sera pas viable.

Analyse

179. En l'espèce, présumons que le Bureau a déterminé que le marché pertinent consiste en celui des panneaux solaires vendus dans la province où SOL exerce ses activités.

180. Après avoir défini le marché, le Bureau chercherait à déterminer si SOL contrôle sensiblement ou complètement ce marché. Bien que le Bureau puisse chercher à comprendre s'il existe des substituts pour les services offerts par SOL (par exemple, si des certifications autres existent et auxquelles les membres de SOL pourraient adhérer en remplacement de celle offerte par SOL), il pourrait ne pas s'adonner à définir séparément le marché entourant les services de SOL ou évaluer sa puissance commerciale dans ce second marché. Toutefois, l'existence et la praticabilité des substituts relatifs aux services de SOL peuvent s'avérer pertinentes pour déterminer si SOL détient un degré sensible de puissance commerciale en ce qui a trait aux panneaux solaires, les effets raisonnablement prévisibles des restrictions mises en place par l'entreprise, et si ces restrictions entraînent un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence.

181. Lorsqu'il s'agit de déterminer si SOL contrôle sensiblement ou complètement le marché des panneaux solaires, le Bureau pourrait prendre en considération la mesure dans laquelle SOL peut avoir une influence sur des facteurs comme le prix, la qualité, la variété, le service, la publicité ou l'innovation dans le marché des panneaux solaires. Il serait généralement question de déterminer si l'appartenance à l'association de SOL et l'accès à sa certification sont nécessaires sur le plan commercial pour être en mesure de livrer concurrence sur le marché, et la mesure dans laquelle SOL est en mesure de contraindre ses membres à respecter ses règles. Si, par exemple, SOL peut effectivement exclure du marché des concurrents ou des formes de concurrence, le Bureau pourrait estimer cette exigence comme étant remplie. En l'espèce, le Bureau pourrait chercher à évaluer la mesure dans laquelle la demande des consommateurs pour les panneaux solaires d'un fabricant donné repose sur la certification fournie par SOL. Si la demande des consommateurs pour les panneaux solaires sans certification était suffisamment réduite de façon à rendre irréalisable la capacité à livrer concurrence, le Bureau pourrait conclure que SOL détient un degré sensible de puissance commerciale.

182. Le Bureau cherchera ensuite à comprendre si SOL s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Étant donné que SOL ne livre pas concurrence au sein du marché des panneaux solaires, le Bureau pourrait chercher à déterminer si l'association poursuit un intérêt concurrentiel valable en nuisant à la concurrence dans le marché des panneaux solaires. En raison de son statut d'association commerciale qui agit dans l'intérêt de ses membres, le Bureau conclurait vraisemblablement que SOL a effectivement un tel intérêt concurrentiel.

183. Le Bureau chercherait à déterminer l'objectif des règles adoptées par SOL. Il pourrait notamment examiner des éléments de preuve contemporains faisant état de l'intention ayant motivé les changements apportés aux règles, tels que des documents ou déclarations provenant de dirigeants de SOL. Le Bureau pourrait également considérer si l'exclusion de modèles opérationnels comme celui adopté par SUNNY était une conséquence raisonnablement prévisible des règles adoptées par SOL. De plus, le Bureau examinerait toute justification commerciale invoquée par SOL, évaluerait leur crédibilité et déterminerait si de telles justifications l'emportent sur la preuve relative à l'intention anticoncurrentielle. Dans le cadre de l'examen de la justification concernant le risque que les produits personnalisés ne soient pas conformes aux normes établies par SOL, le Bureau pourrait évaluer l'expérience provenant de régions où de telles restrictions ne sont pas adoptées et la mesure dans laquelle SOL a mené des études pour appuyer la nécessité d'adopter de telles restrictions. Le Bureau pourrait aussi tenir compte de la question à savoir si les restrictions étaient rationnelles économiquement, n'eût été l'exclusion d'une concurrence perturbatrice.

184. Par la suite, le Bureau chercherait à déterminer si les restrictions entraînent un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Le Bureau évaluerait donc si la concurrence serait sensiblement plus importante parmi les membres de SOL en l'absence des restrictions. Plus particulièrement, le Bureau ne serait pas porté à considérer comme élément déterminant à cet égard les parts de marché relativement faibles des membres individuels de SOL, ou encore l'entrée ou la sortie du marché (c'est-à-dire le niveau absolu de concurrence dans le marché). Les préoccupations du Bureau pourraient être axées sur le fait que les règles de SOL excluent ou entravent les entrants (ou entrants potentiels) de même que l'innovation parmi les membres de SOL, menant ainsi à une

concurrence dynamique réduite. Des facteurs pertinents compteraient la question de savoir si les restrictions ont mené au renforcement des barrières à l'entrée et à l'expansion, si les restrictions ont eu pour effet de réduire l'éventail de panneaux solaires offerts ou leur qualité, et si les restrictions ont réduit l'innovation. Le Bureau pourrait trouver convaincantes les expériences naturelles dans d'autres marchés, ainsi que les projections des entreprises portant sur les services qu'elles pourraient offrir n'eussent été les restrictions. Le Bureau chercherait également à déterminer si d'autres membres de SOL offriraient des services de qualité supérieure, innoveraient davantage, ou autrement livreraient une concurrence plus vigoureuse en l'absence des restrictions.

I. Exemple nº 9 – Les pratiques de mise au pas (1)

185. STATIC est le plus important fournisseur au Canada de swaps de prêts garantis (SPG), des produits financiers destinés aux consommateurs, vendant 60 p. 100 de tous les SPG au Canada. STATIC a un concurrent, DYNAMIC, qui effectue les 40 p. 100 restants des ventes. Depuis l'entrée de STATIC et de DYNAMIC sur le marché, des mesures fiscales importantes à l'intention de l'industrie ont été abolies et les exigences réglementaires pour les nouveaux entrants se sont multipliées, rendant ainsi l'entrée sur le marché extrêmement difficile.

186. Les conditions concurrentielles qui caractérisent le marché des SPG – parts de marché, niveaux des frais et offres de services – sont demeurées généralement stables au cours des dix dernières années. Selon les documents recueillis par le Bureau, les participants au marché ont chacun réalisé au fil du temps qu'ils retirent des avantages d'une concurrence moins vigoureuse entre eux et ils n'ont pas tenté, en général, de solliciter les clients de leur concurrent, de réduire leurs prix ou d'améliorer leurs offres de services.

187. Il y a six mois, DYNAMIC a embauché un nouveau PDG qui a annoncé publiquement le lancement d'un nouveau programme pour attirer de nouveaux clients, prévoyant une réduction de 10 p. 100 des frais et comportant le développement d'une nouvelle application plus pratique pour téléphones intelligents permettant aux clients de surveiller et de gérer leurs SPG. Peu de temps après, STATIC a lancé le programme QUANTIFY, une deuxième marque de SPG, au travers duquel STATIC a commencé à vendre ses produits en offrant un rabais de 70 p. 100 sur les frais réguliers. Un mois plus tard, DYNAMIC a annoncé le maintien de sa tarification; STATIC a tout de suite diminué à nouveau les frais liés à la marque QUANTIFY à 20 p. 100 de leurs niveaux historiques, annonçant le maintien de ces frais tant et aussi longtemps que DYNAMIC continuerait d'appliquer son programme d'attraction de clients. Le mois suivant, le PDG de DYNAMIC a déclaré que l'entreprise abandonnait son programme d'attraction de clients, invoquant le changement des conditions concurrentielles. STATIC a retiré du marché la marque QUANTIFY.

188. À la suite d'une plainte portée auprès du Bureau et une enquête préliminaire, la preuve recueillie indique que STATIC n'avait en aucun temps établi des prix inférieurs à ses coûts évitables moyens. Toutefois, la correspondance interne et les notes de service indiquaient que le lancement de la marque QUANTIFY visait à sanctionner DYNAMIC pour avoir adopté une nouvelle stratégie en matière de frais et à dissuader DYNAMIC de continuer d'appliquer des frais peu élevés, plutôt que de se contenter de s'aligner aux prix fixés par DYNAMIC ou d'établir des prix plus compétitifs. STATIC a informé le Bureau qu'il s'agissait tout simplement d'une réponse agressive et proconcurrentielle aux prix fixés par DYNAMIC.

Analyse

189. Présumons que le Bureau a défini le marché comme correspondant aux SPG vendus au Canada et a conclu que STATIC détient un degré sensible de puissance commerciale.

190. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le comportement adopté par STATIC correspond à un agissement anticoncurrentiel, le Bureau peut accorder un poids particulier à la preuve subjective relative à l'intention, afin de distinguer une mesure de mise au pas de la concurrence agressive fondée sur les qualités intrinsèques des produits et services. Plus particulièrement, le Bureau pourrait tenter d'obtenir des éléments de preuve selon lesquels, en lançant la marque QUANTIFY, STATIC tentait de punir DYNAMIC pour son programme d'attraction de clients et de rétablir les conditions antérieures du marché de statu quo. En déterminant l'objectif principal visé par le comportement de STATIC, le Bureau pourrait également considérer la preuve documentaire démontrant que d'autres réponses concurrentielles de STATIC auraient été rentables si DYNAMIC n'avait pas abandonné son programme d'attraction de clients.

191. Si le Bureau était convaincu que le comportement adopté par STATIC constituait une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Bureau chercherait à déterminer si le comportement en question a entraîné un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Ceci comprendrait l'évaluation des niveaux de frais qui auraient vraisemblablement prévalu si STATIC avait adopté une réponse différente et si DYNAMIC avait continué à appliquer sa stratégie visant à attirer de nouveaux clients, de même que les effets non liés aux prix issus de l'abandon par DYNAMIC de sa nouvelle application pour téléphones intelligents.

J. Exemple nº 10 – Les pratiques de mise au pas (2)

192. WILDERNESS est le plus important détaillant d'équipement de plein air du Canada et vend ses produits principalement en ligne. En raison d'avantages comme des algorithmes sophistiqués formulant des recommandations fondées sur les données des consommateurs, WILDERNESS bénéficie d'une importante loyauté de la part de ses clients. WILDERNESS est bien connue pour utiliser des algorithmes et la collecte automatisée de données afin de surveiller les tendances du marché et d'y réagir.

193. Au cours des trois dernières années, WILDERNESS a vendu plus de 85 p.100 des tentes achetées au Canada. Il y a deux producteurs de tentes, YURT et BIVOUAC.

194. FRONTIER est un détaillant de commerce électronique concurrent qui a récemment commencé à faire des affaires au Canada et à vendre des tentes, produites par YURT et BIVOUAC. À ce jour, FRONTIER a à peine réussi à faire des percées dans le marché canadien et n'a permis jusqu'à présent la vente que de 4 p.100 des tentes.

195. Jusqu'à récemment, les prix des tentes sur la plateforme de FRONTIER étaient comparables à ceux de WILDERNESS. Au cours des derniers mois, FRONTIER a commencé à livrer une concurrence plus dynamique en ce qui a trait à la vente des tentes, offrant des rabais pouvant aller jusqu'à 20 p.100 en deçà des prix de WILDERNESS. Toutefois, lorsque FRONTIER a commencé à ce faire, YURT et BIVOUAC ont constaté que les commandes pour leurs produits étaient expédiées à une vitesse sensiblement moins rapide aux clients par WILDERNESS, et que leurs produits bénéficiaient d'une visibilité beaucoup moins favorable sur le site Web de WILDERNESS. Bien que WILDERNESS n'ait pas confirmé qu'il s'agissait d'un résultat direct du comportement de FRONTIER en matière de prix, YURT et BIVOUAC ont pris des mesures pour empêcher FRONTIER de vendre les tentes à prix moindre que WILDERNESS. Une fois ceci accompli, les niveaux de service antérieurs et la visibilité sur le site Web de WILDERNESS sont revenus à la normale.

196. FRONTIER a porté plainte au Bureau à l'égard du comportement de WILDERNESS.

Analyse

197. Pour les fins de cet exemple, présumons que le Bureau a défini un marché pertinent qui consiste en la vente au détail de tentes au Canada, et qu'il a été conclu que WILDERNESS détient un degré sensible de puissance commerciale dans ce marché.

198. Selon les faits et la preuve, le Bureau pourrait estimer que le comportement de WILDERNESS avait pour but l'exclusion, la mise au pas, ou les deux. Dans la mesure où WILDERNESS avait l'intention de faire grimper les coûts de FRONTIER afin de rendre ce détaillant moins efficace sur le marché des tentes, le Bureau pourrait être d'avis que WILDERNESS s'est livrée à un comportement d'exclusion. Subsidiairement, si WILDERNESS, par exemple, avait l'intention de dissuader FRONTIER de livrer une concurrence plus vigoureuse, sans toutefois influencer sa capacité à livrer concurrence, le Bureau pourrait être d'avis qu'il s'agit d'un comportement de mise au pas.

199. Dans un cas comme dans l'autre, pour évaluer les prétentions de FRONTIER, le Bureau pourrait tenter d'obtenir des éléments de preuve de WILDERNESS en ce qui concerne l'exploitation de ses algorithmes de surveillance, de ses services d'exécution des commandes et les décisions portant sur la visibilité sur le site Web, y compris la mesure dans laquelle les ventes des produits de YURT et de BIVOUAC dépendaient effectivement des prix inférieurs de FRONTIER.

200. Pour évaluer si le comportement de WILDERNESS entraîne un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence, le Bureau tenterait d'obtenir des éléments de preuve suggérant que n'eût été le comportement contesté, les prix seraient inférieurs dans le marché des tentes. Cela nécessiterait vraisemblablement l'examen de la mesure dans laquelle FRONTIER réduirait ses prix en l'absence du comportement contesté. Dans cadre de cette analyse, le Bureau analyserait vraisemblablement la mesure dans laquelle YURT et BIVOUAC sont affectées par le comportement de WILDERNESS, l'incidence causale de ce comportement sur la décision de YURT et de BIVOUAC d'empêcher FRONTIER d'afficher des prix inférieurs à ceux de WILDERNESS, ainsi que la mesure dans laquelle FRONTIER accaparerait une part importante des anciens clients de WILDERNESS si la qualité du service offert par WILDERNESS en ce qui a trait aux commandes de tentes continuait à se dégrader. Le Bureau évaluerait également la durée de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence; par exemple, si FRONTIER s'adonnait à offrir des prix promotionnels pendant une période limitée, entraînant peu d'avantages durables quant à sa capacité de livrer concurrence à WILDERNESS, le Bureau serait moins susceptible de conclure que la concurrence est sensiblement diminuée ou empêchée.

Références juridiques

Air Canada :
Commissaire de la concurrence c. Air Canada, 2003 Trib conc 13.

Tuyauteries Canada TC :
Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada, 2005 Trib conc 3.

Tuyauteries Canada CAF 1 :
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, 2006 CAF 233, autorisation de pourvoi refusée (10 mai 2007).

Tuyauteries Canada CAF 2 :
La commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée, 2006 CAF 236, autorisation de pourvoi refusée (10 mai 2007).

Direct Energy :
The Commissioner of Competition v Direct Energy Marketing Limited, 2015 Comp Trib 2. (en anglais seulement)

Hillsdown:
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltée (1992), 41 CPR (3e) 289 (Trib conc).

Laidlaw :
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd (1992), 40 CPR (3e) 289 (Trib de la conc).

NutraSweet :
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co (1990), 32 CPR (3e) 1 (Trib de la conc).

Télé-Direct:
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc. (1997), 73 CPR (3e) 1 (Trib de la conc).

Tervita :
Tervita Corp c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2015 CSC 3.

TREB TC :
Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board, 2016 Trib conc 7.

TREB CAF 1:
Commissaire de la concurrence c. Toronto Real Estate Board, 2014 CAF 29, autorisation de pourvoi refusée (24 juillet 2014).

TREB CAF 2:
Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence, 2017 CAF 236, autorisation de pourvoi refusée (23 août 2018).

Visa :
La commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated, 2013 Trib conc 10.