

Bureau de la concurrence : Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante

Par Serge Bourque, Patrick Buchholz et Larry Markowitz

Le Bureau canadien de la concurrence a publié un ensemble de lignes directrices décrivant l'approche qu'il entend mettre de l'avant pour appliquer les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives à l'abus de position dominante. Étant donné que le Tribunal de la concurrence n'a rendu jusqu'ici que six décisions¹ en vertu de ces dispositions, et compte tenu du fait que ces décisions ne portent pas sur certains des éléments clés de ces dispositions, notamment sur la question de la domination conjointe, le Bureau a élaboré ces lignes directrices afin de broser un tableau de la jurisprudence actuelle et de préciser sa position sur l'application des dispositions pour lesquelles il n'existe encore aucune jurisprudence.



Un survol de la jurisprudence en la matière donne à entendre qu'il y a abus de position dominante lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises dominant un marché se livrent à une conduite qui est de nature à constituer une forme d'exclusion, de mise au pas ou d'éviction à l'endroit des concurrents en place ou de concurrents potentiels, ce qui a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Bien qu'il soit normal, dans le contexte d'une saine concurrence, que des entreprises réussissent là où d'autres échouent, les dispositions sur l'abus de position dominante visent précisément à circonscrire le comportement concurrentiel légitime et à prévoir les mesures correctives qui seront exercées contre toute entreprise dominante qui, au-delà de cette limite légitime, cherche à nuire à ses concurrents ou à les éliminer de façon à maintenir, à accroître ou à consolider sa puissance commerciale.

Seul le commissaire de la concurrence est habilité à adresser au Tribunal une requête en ordonnance corrective en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante. Cette requête est déposée au terme d'une enquête qu'aura menée le Bureau de la concurrence suite à une plainte émanant d'entreprises d'un même secteur qui allèguent que certaines pratiques de leurs concurrents les empêchent d'accéder à un marché ou de soutenir la concurrence. L'ouverture d'une telle enquête confère au commissaire des pouvoirs officiels d'enquête.

Tel qu'il est énoncé au paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*, trois conditions doivent être réunies pour conclure à l'existence d'une situation d'abus de position dominante de la part d'un participant d'un marché :



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

¹ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet* [1990], 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence) [ci-après *NutraSweet*].
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Lairdlaw Waste Systems Ltd. [1992], 40 C.P.R. (3d) 289 (Tribunal de la concurrence).
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The D&B Companies of Canada Ltd. [1995], 64 C.P.R. (3d) 216 (Tribunal de la concurrence).
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc. [1997], 73 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence).
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Banque de Montréal [1996], 68 C.P.R. (3d) 527 (Tribunal de la concurrence).
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. AGT Director Ltd. et al. [1994], C.C.T.D. N° 24 Trib. Déc. N° CT9402/19.

Serge Bourque est membre du Barreau du Québec depuis 1962 et se spécialise en droit des affaires et notamment en droit de la concurrence



- ce participant contrôle sensiblement ou complètement une catégorie d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- ce participant se livre ou s'est livré à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
- cette pratique d'agissements concurrentiels a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

Contrôler sensiblement un marché

Le Bureau donne au terme « contrôler » le sens d'exercer une puissance commerciale, ladite puissance étant la capacité de fixer de façon rentable les prix au-delà des niveaux concurrentiels pendant une période prolongée. La puissance commerciale peut également être définie à l'égard d'une réduction importante et non transitoire de certains autres aspects de la concurrence comme le service, la qualité, la variété, la publicité ou l'innovation. Pour déterminer s'il y a puissance commerciale dans un cas donné, le Bureau considère habituellement une période d'un an comme une période « prolongée ».

La puissance commerciale se mesure au moyen d'un certain nombre d'indices à la fois qualitatifs et quantitatifs tels que la part de marché, les obstacles à l'entrée dans le marché et d'autres caractéristiques du marché, notamment le pouvoir compensateur des clients ou des fournisseurs.

Dans les affaires contestées qui ont été entendues jusqu'à maintenant en matière d'abus de position dominante, les parts de marché des entreprises dominantes étaient très élevées, ce qui porte à croire que, dans ces cas-là, les clients avaient peu de solutions de rechange si jamais l'entreprise dominante majorait les prix au-delà des

niveaux concurrentiels ou agissait de façon à diminuer sensiblement la concurrence. En règle générale, une part de marché de 35 % ou plus suscitera des préoccupations liées à un abus de position dominante.

Se livrer à des agissements anticoncurrentiels

L'article 78 de la Loi donne une liste d'exemples d'agissements anticoncurrentiels. Bien que cette liste ne soit pas exhaustive, elle couvre un vaste éventail d'activités.

L'objet d'une pratique anticoncurrentielle peut se fonder sur des motifs d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas. En règle générale, l'objet de la pratique peut être établi par déduction découlant des faits et des circonstances. Lorsque le Bureau est convaincu de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle réunissant les trois conditions susmentionnées et que cette pratique a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, cela constitue un motif suffisant pour que le Bureau s'emploie dès lors à chercher, avec la ou les parties concernées, une façon de régler le problème. Si cette démarche s'avère infructueuse, le Bureau saisira le Tribunal de la question.

Empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence

L'expression « empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » indique que le Bureau doit examiner les répercussions sur la concurrence plutôt que sur les concurrents eux-mêmes. Aussi, s'il peut être établi

qu'en l'absence desdits agissements, un concurrent ou groupe de concurrents réels seraient susceptibles, à l'intérieur d'un laps de temps raisonnable, de concurrencer efficacement la ou les entreprises dominantes sous enquête, le Bureau conclura que les agissements examinés ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Toutefois, bon nombre des mesures décrites à l'article 78 peuvent être prises par une entreprise dominante sans donner lieu à une diminution sensible de la concurrence. Par conséquent, dans chaque cas d'abus de position dominante, lorsque le Bureau a établi qu'une entreprise dominante s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels, il se demandera si ces agissements auront pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

Parmi les comportements anticoncurrentiels susceptibles de donner lieu à une enquête, mentionnons la menace de poursuites à l'endroit de concurrents ou l'adoption d'une politique de prix d'éviction, c'est-à-dire la vente à un prix inférieur au coût afin de nuire à un concurrent.

Un autre exemple d'agissement anticoncurrentiel est illustré par l'affaire *NutraSweet*², où NutraSweet a imposé des clauses contractuelles exigeant, expressément ou tacitement, l'exclusivité. Ces clauses obligeaient les clients à acheter de NutraSweet la totalité de leur aspartame.

² Affaire *NutraSweet*, supra, note 1.



Patrick Buchholz est membre du Barreau du Québec depuis 1992 et se spécialise en droit des affaires et notamment en droit de la concurrence



Larry Markowitz est membre du Barreau du Québec depuis 1996 et se spécialise en droit des affaires et notamment en droit de la concurrence

Exercer une domination conjointe

Lorsqu'un groupe d'entreprises est visé par une allégation de domination conjointe, une part de marché combinée de 60 % ou plus incitera généralement le Bureau à procéder à un examen.

Bien que le Tribunal n'ait jamais rendu de décision sur l'existence d'une domination conjointe dans une situation donnée, les lignes directrices élaborées par le Bureau fournissent certaines indications sur la manière dont celui-ci évaluerait une telle situation.

En règle générale, les entreprises d'un oligopole fondent leurs décisions sur la façon dont leurs rivaux se sont comportés par le passé. Par conséquent, il arrive fréquemment qu'elles agissent d'une façon « consciemment parallèle », au sens des lignes directrices, et qu'elles touchent de ce fait des profits plus élevés que ceux qu'elles réaliseraient dans un milieu véritablement concurrentiel. Le Bureau a adopté une position qui reconnaît qu'un élément de plus que le simple parallélisme conscient doit exister pour qu'il soit possible de conclure que les entreprises agissent de façon concertée.

Pour déterminer si un groupe d'entreprises détient le contrôle d'un marché donné, le Bureau tiendra compte des éléments suivants :

- l'importance, en terme de pourcentage, de la part de marché détenue par le groupe d'entreprises considéré comme un ensemble;
- tout élément de preuve indiquant que la conduite concertée reprochée vise à hausser les prix ou à se livrer à toute autre forme de pratique anticoncurrentielle;

- tout élément de preuve indiquant l'existence d'obstacles à l'entrée au sein du groupe ou d'obstacles à la venue de nouveaux participants dans le marché en question;
- tout élément de preuve factuelle indiquant que des membres du groupe ont pris des mesures pour éliminer la concurrence entre eux;
- tout élément de preuve indiquant qu'un nombre important de clients ne peuvent exercer un pouvoir d'opposition pour contrebalancer la menace d'abus.

Pratiques facilitantes

Les pratiques facilitantes ont pour effet d'accroître la capacité des entreprises de coordonner leurs agissements en vue de maintenir ou d'augmenter les prix. Ces agissements permettent de préserver la dominance du groupe dans le marché pertinent. Habituellement, ces pratiques aident les entreprises à se surveiller mutuellement pour s'assurer qu'aucune ne modifie ses prix unilatéralement. Parmi les exemples de pratiques facilitantes, mentionnons le fait d'annoncer à l'avance les augmentations de prix ou de publier des listes de prix.

Mesures correctives

À la suite d'une enquête menée par le Bureau, le commissaire préférera que la partie sous enquête propose une mesure corrective plutôt que d'engager des poursuites contre elle devant le Tribunal de la concurrence. En règle générale toutefois, le commissaire soumettra la mesure corrective convenue à l'examen du Tribunal. Par ailleurs, le commissaire verra à rendre publiques la démarche suivie et la solution retenue, ceci afin, d'une part, d'assurer la transparence du processus et, d'autre part, de permettre à toutes les parties intéressées d'en connaître l'issue.

Si le Tribunal est saisi d'une affaire, il peut alors rendre une ordonnance interdisant la poursuite de la pratique anticoncurrentielle, ou toute ordonnance qu'il juge raisonnable et nécessaire pour enrayer les effets de cette pratique, y compris le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions. Le Tribunal peut également imposer une amende ou une peine d'emprisonnement au contrevenant ou à ses dirigeants.

Conclusion

Le présent bulletin ne vise qu'à fournir certaines orientations générales à l'égard des lignes directrices pour l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* sur l'abus de position dominante. Bien entendu, ce sont les circonstances particulières entourant chaque cas qui dicteront la manière dont le Bureau de la concurrence appliquera ces dispositions. Si vous désirez faire analyser la situation particulière de votre société, veuillez communiquer avec M^e Serge Bourque au (514) 877-2997, M^e Patrick Buchholz au (514) 877-2931 ou M^e Larry Markowitz au (514) 877-3048.

Outre des services de conseil et de représentation, l'équipe de spécialistes du droit de la concurrence de *Lavery, de Billy* peut organiser des séminaires à l'intention de vos employés afin de les informer sur la législation en matière de concurrence et leur fournir des orientations sur le respect de ses dispositions.

M^{es} Bourque, Buchholz et Markowitz sont les coauteurs de la *Loi sur la concurrence annotée* (Les Éditions Yvon Blais inc., 2000), une version annotée de la *Loi sur la concurrence* (Canada).

Serge Bourque
Patrick Buchholz
Larry Markowitz

Vous pouvez communiquer avec les membres suivants du groupe Droit de la concurrence pour toute question relative à ce bulletin.

à nos bureaux de Montréal

Serge Bourque
Patrick Buchholz
Marc Cigana
David Eramian
Benjamin Gross
Guy Lemay
Corinne Lemire
Larry Markowitz
Jean Saint-Onge
Raphaël Schachter, c.r.

Montréal

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
(514) 871-1522
Télécopieur :
(514) 871-8977

Québec

Bureau 500
925, chemin Saint-Louis
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
(418) 688-5000
Télécopieur :
(418) 688-3458

Laval

Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
(450) 978-8100
Télécopieur :
(450) 978-8111

Ottawa

Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1R 7X7

Téléphone :
(613) 594-4936
Télécopieur :
(613) 594-8783

Site Web

www.laverydebilly.com

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.