

Vol. 25, n° 2

Survol du droit canadien de la concurrence

Mistrale Goudreau* et Julian Hallé**

INTRODUCTION	657
1. LES INFRACTIONS CRIMINELLES	659
1.1 Les accords anticoncurrentiels	660
2. LES MATIÈRES CIVILES	664
2.1 Les recours concernant les prix.	664
2.2 Le maintien des prix	665
2.3 Le refus de vendre.	666
2.4 Les pratiques restrictives	667
2.5 L'abus de position dominante.	669
CONCLUSION	670

© Mistrale Goudreau et Julian Hallé, 2013.

* Professeur titulaire, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

** LL.L., LL.M. (Maîtrise en droit, Concentration droit notarial, Université d'Ottawa).

INTRODUCTION

Tout le monde connaît le succès fulgurant qu'ont connu les livres « For Dummies ». Le premier livre a été conçu comme ouvrage de vulgarisation du système d'opération DOS pour les non-initiés aux mystères de l'informatique. Écrit et publié en 1991 par Dan Gookin, il avait été accueilli avec un certain scepticisme¹ qui, on le sait, n'a pas duré. Aujourd'hui, avec plus de 250 millions de livres et 1 800 titres², la série peut certainement servir d'inspiration. En l'occurrence, elle est le point de départ de cette chronique. Nous avons voulu présenter en quelques pages un survol du droit canadien de la concurrence pour les novices.

En premier lieu, il est sans doute bon d'expliquer pourquoi l'adoption d'une *Loi sur la concurrence* est nécessaire dans le contexte économique canadien. Le texte de la loi³, à l'article 1.1, nous indique lui-même son objet :

La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Offrir aux entreprises, notamment aux petites et moyennes entreprises, une *chance honnête de participer*, voilà l'objectif réel de la Loi. Pour fournir une explication encore plus concrète, on peut faire la comparaison avec le sport.

1. Wiley-Blackwell, *The For Dummies Success Story* (2013), en ligne : [www.dummies.com <http://www.dummies.com/Section/The-For-Dummies-Success-Story.id-323929.html>](http://www.dummies.com/Section/The-For-Dummies-Success-Story.id-323929.html).
2. Wiley-Blackwell, *About For Dummies – Making Everything Easier* (2013), en ligne : [www.dummies.com <http://www.dummies.com/about-for-dummies.html>](http://www.dummies.com/about-for-dummies.html).
3. L.R.C. (1985), ch. C-34, aux présentes la Loi.

On peut dire que les attentes vis-à-vis d'un athlète, autant de la part de ses admirateurs que de ses compétiteurs, tournent essentiellement autour de l'honnêteté. On ne veut pas que l'athlète s'entende avec ses compétiteurs pour truquer la compétition, fixer les résultats ou qu'il s'avantage par des moyens déloyaux, en consommant des stéroïdes ou d'autres drogues de performance. L'honnêteté est l'un des piliers des règles de compétition et dans notre cas, de la concurrence entre entreprises. C'est cette honnêteté que la Loi a voulu placer au centre de la conduite des entreprises canadiennes. Cette honnêteté, les entreprises se la doivent non seulement entre elles, mais aussi vis-à-vis du public, ou plus simplement des consommateurs. Cette honnêteté se manifeste par l'interdiction de faire des accords anticoncurrentiels, de manipuler les prix, d'adopter des pratiques restrictives de commerce ou encore de refuser de vendre sans bonne raison. En ce sens, les règles de concurrence protègent l'ensemble de la population.

Pour atteindre son but, la Loi prévoit plusieurs types d'intervention. Les premières lois sur la concurrence comportaient uniquement des mesures pénales interdisant certaines pratiques et prévoyant des pouvoirs d'enquête⁴. De nos jours, il existe, en plus des dispositions pénales, une procédure administrative de surveillance des pratiques commerciales. Le Bureau de la concurrence, dirigé par le Commissaire nommé en vertu la Loi⁵ et chargé de l'application de certaines lois, dont la *Loi sur la concurrence*, surveille les comportements sur le marché afin de déceler les infractions possibles et les comportements qui pourraient nuire à la concurrence. Il fait enquête ou reçoit des plaintes concernant des pratiques commerciales causant des dommages à des entreprises. Si le Bureau est d'avis qu'une personne a adopté une des pratiques visées par la Loi et que cela nuit indûment à la concurrence, il entre en communication avec cette personne. Le Bureau et le Commissaire de la concurrence privilégient davantage l'éducation et la conformité volontaire⁶ que le recours aux tribunaux. Cependant, si cette personne refuse de se conformer volontairement à la Loi, le Bureau peut soumettre la pratique problématique au Tribunal de la concurrence et celui-ci peut ordonner à

4. Pour une étude historique des premières lois canadiennes sur la concurrence, voir MAGWOOD (John M.), *Competition Law of Canada*, (Toronto : Carswell, 1981), c. 5.

5. Article 7 de la Loi.

6. Bureau de la Concurrence, *Le continuum d'observation de la Loi* (2000), en ligne : Bureau de la concurrence <http://www.ic.gc.ca/eic/site/iccatt.nsf/fra/03173_2.html> [*Le continuum d'observation*].

cette personne de changer sa conduite et l'assujettir, en certains cas⁷, au paiement d'une « sanction administrative pécuniaire ». Pour les affaires les plus graves, le Bureau renvoie le dossier au directeur des poursuites pénales qui décide ou non d'intenter une action en vertu des dispositions pénales de la Loi. Une condamnation pénale mène à des amendes ou même à des peines d'emprisonnement⁸.

Notre texte portera donc sur ces deux types de mesures visant à contrer le tort causé par des agissements anticoncurrentiels : les infractions criminelles et les matières civiles, c'est-à-dire ces matières sujettes à révision par un tribunal ou à examen par le Tribunal de la concurrence. Nous n'aborderons pas les règles de concurrence concernant la fusion, car à elles seules, elles représentent un sujet ambitieux de recherche.

1. LES INFRACTIONS CRIMINELLES

Plusieurs infractions pénales visent des cas particuliers, dont : le truquage d'offre⁹, certaines techniques de commercialisation trompeuses comme la publicité mensongère, le télémarketing, la commercialisation à paliers multiples et le concours¹⁰, le complot à l'étranger¹¹, les ententes relatives au sport professionnel¹² et les ententes en matière d'institution financière¹³. Compte tenu de leur portée plus limitée, nous n'en traiterons pas dans notre résumé. Les règles concernant la publicité mensongère ont une application plus vaste et méritent de faire l'objet d'une étude distincte. Elles ont déjà fait l'objet de plusieurs textes accessibles, auxquels nous vous référons¹⁴ et elles ne seront pas analysées dans notre article. Nous allons nous concentrer, dans la catégorie des infractions criminelles, sur la

7. Les sanctions administratives pécuniaires sont prévues pour les abus de positions dominantes, les publicités mensongères et le non-respect des règles concernant les fusions. Voir les par. 74.1(1), 79(3.1) et 123.1(1) de la Loi.

8. Pour un survol des sanctions imposées par les tribunaux depuis 2007, voir le tableau compilé par le Bureau de la concurrence : Bureau de la Concurrence, *Sanctions imposées par les tribunaux*, en ligne : Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01863.html>>.

9. Article 47 de la Loi.

10. Articles 52 à 55.1 de la Loi.

11. Article 46 de la Loi.

12. Article 48 de la Loi.

13. Article 49 de la Loi.

14. GOUDREAU (Mistrale), « Marques de commerce et concurrence déloyale » dans *JurisClasseur Québec – Propriété intellectuelle* (Montréal, LexisNexis Canada, 2012), nos 26-33 et 39 ; L'HEUREUX (Nicole) *et al.*, *Droit de la consommation*, 6^e édition, (Cowansville : Blais, 2011), titre 2.

plus connue et la plus étendue des dispositions, celle qui vise les accords anticoncurrentiels.

1.1 Les accords anticoncurrentiels

On peut dire que c'est l'un des domaines les plus anciens et les plus importants de la politique canadienne dans le domaine économique¹⁵. Les règles concernant les accords anticoncurrentiels ont été substantiellement durcies au cours des dernières années jusqu'à devenir la règle édictée, aujourd'hui, à l'article 45¹⁶. Il est important de remarquer que l'article 90.1, article nouveau¹⁷, est le pendant civil à l'infraction criminelle décrite à l'article 45. Ainsi, le Bureau de la concurrence peut faire la demande afin qu'une poursuite criminelle soit intentée en vertu de l'article 45, mais il lui est aussi possible de choisir d'intenter un recours de type civil. Dans les *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*¹⁸, le Bureau explique de quelle façon il entend appliquer les nouvelles dispositions 45 et 90.1. Notons que si une poursuite criminelle est intentée en vertu de l'article 45, une poursuite civile selon l'article 90.1 est exclue, à moins qu'il y ait plusieurs ententes vis-à-vis des mêmes entreprises¹⁹.

L'infraction de l'article 45 a changé au cours des ans. Jusqu'en 2009, la Loi interdisait de faire un accord pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence, ce qui exigeait entre autres de prouver l'effet de l'accord sur la concurrence dans le marché en cause. Il fallait donc examiner le marché pertinent, sa structure, de même que le degré de puissance commerciale des parties et le comportement des entreprises²⁰. Ces analyses sont très techniques et la preuve de l'effet sur le marché était complexe et difficile à faire²¹. Le

15. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, au para 87 [NSPS].

16. L'article 45 a été modifié par la *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, c 2, art. 410 ; l'article est entré en vigueur un an après la date de sanction de la loi, soit le 12.03.2010 ; voir art. 444 de cette loi.

17. L'article 90.1 a été introduit par l'article 429 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, c 2, il est entré en vigueur un an après la date de sanction de la loi, soit le 12.03.2010 ; voir art. 444 de cette loi.

18. *Bureau de la Concurrence, Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (2009), en ligne : Bureau de la concurrence <<http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03178.html>> [*Lignes directrices sur la collaboration*].

19. Art. 45.1 et 90.1(10).

20. Sur les notions juridiques en cause, voir la décision de la Cour suprême *NSPS*, *supra*, note 15.

21. BÉRIault (Yves) *et al.*, *Le droit de la concurrence au Canada*, (Carswell : Scarborough (Ontario), 1999), aux p. 122 à 125 [BÉRIault].

défaut de faire cette preuve pouvait mener à des acquittements ou rejet des procédures²². Le nouvel article 45 crée des infractions de type *per se*, c'est-à-dire illégales en soi. On ne cherche plus à savoir si l'accord a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence. Le seul fait de faire la preuve que plusieurs concurrents se sont entendus sur divers éléments spécifiques concernant un produit ou un service vis-à-vis duquel ils sont, ou seront éventuellement, en concurrence directe est suffisant. Même des petites et moyennes entreprises pourraient tomber sous le coup de la Loi²³. Selon le Bureau, il est probable que de telles ententes produiront des effets nuisibles à la concurrence et elles méritent donc d'être sanctionnées même si leurs effets réels sur le marché n'ont pas été étudiés en profondeur²⁴.

Certaines caractéristiques de l'article 45 n'ont pas changé : il prohibe tous les types d'« accord, de complot ou d'arrangement » entre concurrents ou concurrents éventuels qui visent les trois sujets précis qui y sont énoncés. Il est important de comprendre qu'au sens de la Loi, un accord, un complot ou un arrangement sont en réalité des synonymes²⁵ et décrivent une entente au sens large. Un accord est en fait un échange de volonté, écrit ou verbal, entre deux entreprises ou deux individus. Le simple fait de communiquer avec un compétiteur ne fait pas présumer à une entente, il faut qu'il y ait une intention réelle de mettre un « plan » à exécution, de la même façon que le fait de suivre une pratique répandue dans une région, ce qui est souvent appelé par le Bureau comme du parallélisme conscient, n'entraîne une violation de cette règle à moins que cette décision soit accompagnée d'autres éléments comme de l'échange d'information ou encore d'une entente illégale²⁶. On vise toute entente entre deux ou plusieurs entités concurrentes ou concurrentes potentielles distinctes, de sorte que la filiale qui contracte avec sa société mère n'est pas visée²⁷. On ne vise pas non plus une entente entre une entreprise et son fournisseur²⁸, si ceux-ci ne sont pas en concurrence.

22. BÉRIAULT, *supra*, note 21, à la p. 118 ; voir à titre d'exemple *R. c. Clarke Transport Canada* (1995), 64 C.P.R. (3d) 289 (C. d'Ont. div. gén.) ; *R. c. Bugden's Taxi* (1970), 2007 NLTD 167 (NL Sup Ct (TD)).

23. DIAWARA (Karounga), « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », (2010) 1:3 *Bulletin de droit économique* 23, 25 [DIAWARA].

24. *Lignes directrices sur la collaboration*, *supra*, note 18, à la p. 6.

25. BÉRIAULT, *supra*, note 21, aux p. 109-111 ; *R v. Armco Canada*, (1976), 24 C.P.R. (2d) 145 aux p. 152-153 (CA d'Ont.).

26. BÉRIAULT, *supra*, note 21, aux p. 110-111 ; *Lignes directrices sur la collaboration*, *supra*, note 18, à la page 7.

27. BÉRIAULT, *supra*, note 21, à la p. 110.

28. DIAWARA, *supra*, note 23, à la p. 24.

La Loi précise trois types d'accords entre concurrents dont l'effet anticoncurrentiel est indiscutable, soit : la fixation de prix, le partage de marché²⁹ ou encore la réduction de la production³⁰. Aujourd'hui la peine maximale pour l'infraction est de 14 années d'emprisonnement et 25 millions de dollars³¹. C'est d'ailleurs ces mesures qui font que le Canada est aujourd'hui l'un des pays les plus stricts à l'égard des cartels, avec ses amendes pécuniaires extrêmement sévères et ses peines d'emprisonnement très lourdes³². De cette manière, la Loi canadienne s'approche de plus en plus de la loi américaine. Un bon exemple d'accord anticoncurrentiel est sans aucun doute celui de la société agroalimentaire Archer Daniels Midland, dont l'histoire a grandement influencé le scénario du film « The Informant ! ». Cette dernière a, en 1998, plaidé coupable, au Canada, à des accusations de fixation de prix et de partage de marché avec des concurrents en vertu de la Loi canadienne, ce qui lui a valu une condamnation de 16 millions de dollars. La compagnie avait été plus précisément accusée d'avoir fait des ententes internationales avec des concurrents dont le but était de fixer les prix de la lysine et de l'acide citrique qui sont des produits surtout utilisés dans le secteur de l'alimentation animale, de la production de boissons gazeuses et détergents. Cette fraude aurait eu lieu entre 1992 et 1995, les plus touchés ont sans aucun doute été les consommateurs de volaille, de porc, de boissons gazeuses et d'aliments transformés, ce qui comprend une très grande partie de la population canadienne³³. Il est à noter que les consommateurs ou clients des parties à un complot peuvent intenter un recours en dommages intérêts³⁴ contre celles-ci et plusieurs recours collectifs ont été certifiés au cours des dernières

29. Ou de clients.

30. Voir le par. 45(1) de la *Loi. McCarthy Tétrault Progresseur MC : Le point sur la Loi sur la concurrence et Investissement Canada – Aperçu à l'intention des entreprises*, (mai 2011), en ligne : McCarthy Tétrault <http://www.mccarthy.ca/pubs/Presentation_droit_concurrence_et_Investissement_Canada_31_05_2011.pdf>.

31. Par. 45(2) de la Loi.

32. GULY (Christopher), *Canada gets tough on cartels*, *The Lawyers Weekly* [2 avril 2010], 29 :44, 2010.

33. Bureau de la concurrence, *Archer Daniels Midland doit acquitter des amendes de 16 millions de dollars pour avoir enfreint la Loi sur la concurrence dans l'industrie des additifs pour l'alimentation humaine et animale* (27 mai 1998) en ligne : Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00629.html>>.

34. Art. 36 de la Loi.

années³⁵. La Cour suprême aura bientôt à préciser les conditions que doivent satisfaire les demandeurs dans ces recours³⁶.

Il existe des moyens de défense, établis dans la Loi ou reconnus par les tribunaux³⁷. L'une des plus importantes concerne l'accord anticoncurrentiel accessoire à une entente plus large ou distinct qui, lui, est légal. C'est la défense dite de « l'effet accessoire » qui, à certaines conditions³⁸, fait échec à la déclaration de culpabilité sous l'article 45. Le Bureau donne l'exemple de « l'entente entre concurrents visant à mettre en œuvre certaines mesures de protection de l'environnement ou une nouvelle norme de l'industrie »³⁹. En augmentant les coûts de production, l'entente aura probablement pour effet de faire monter les prix, mais comme c'est un effet accessoire à une entente plus large qui poursuit un but légitime, elle demeure légale en vertu de l'exception législative.

En ce qui concerne le recours civil de l'article 90.1, il faut préciser que, contrairement aux recours pénaux, celui-ci comporte un critère d'effet sur la concurrence. Il ne touche donc que les parties qui disposent d'une puissance de marché⁴⁰. Toute entente anticoncurrentielle est visée, dont les formes les plus répandues sont : « [les] ententes de commercialisation, ententes de partage d'information, ententes visant la recherche et développement, ententes de coproduction, ententes d'achats groupés et ententes de non-concurrence »⁴¹. Ici, la défense d'accord accessoire n'est pas applicable et les ententes accessoires à une autre entente principale peuvent être examinées en vertu de l'article 90.1⁴². Par contre, à certaines

35. *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon AG*, 2009 BCCA 503 ; *Irving Paper c. Atofina Chemicals*, 2010 ONSC 2705 (C. sup. d'Ont.) ; *Quizno's Canada Restaurant Corporation c. 2038724 Ontario Ltd.*, 2010 ONCA 466 ; *Pro-Sys c. Microsoft*, 2010 BCSC 285, 2011 BCCA 186 ; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2010 BCSC 922, inf. 2011 BCCA 187 ; *Option Consommateurs c. Infineon Technologies*, 2011 QCCA 2116 ; *Fanshawe College c. LG Philips*, 2011 ONSC 2484.

36. *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2011 CanLII 77282 (C.S.C.) ; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2011 CanLII 77189 (C.S.C.) ; *Samsung Electronics Co. Ltd. c. Option Consommateurs*, 2012 CanLII 26718 (C.S.C.).

37. Notamment la défense pour les activités réglementées, les exportations, les ententes entre personnes morales affiliées ou entre institutions financières fédérales visées au par. 49(1) de la Loi ; voir les par. 45(5)(6) et (7) de la Loi.

38. Paragraphe 45(4) de la Loi.

39. *Lignes directrices sur la collaboration*, *supra*, note 18, à la p. 11.

40. DIAWARA, *supra*, note 23, à la p. 26.

41. *Lignes directrices sur la collaboration*, *supra*, note 18, à la p. 20.

42. *Lignes directrices sur la collaboration*, *supra*, note 18, à la p. 19.

conditions⁴³, les parties peuvent invoquer l'exception des gains en efficience. Les économies d'échelle sont un exemple de gain en efficience⁴⁴. Supposons qu'une entreprise veuille faire des recherches pour des produits plus performants, recherches qui demandent des installations et des équipements plus spécialisés et très coûteux. Ce coût fixe fera augmenter le coût unitaire de tous ses produits. Une association avec une entreprise concurrente, pour effectuer ses recherches en partageant les coûts, représentera une économie d'échelle et pourrait constituer un gain en efficience. Si les conditions précises exigées par la loi et de la jurisprudence sont satisfaites, les parties pourront invoquer l'exception, se mettant à l'abri d'une ordonnance en vertu de l'article 90.1⁴⁵. Enfin, notons qu'en vertu de cet article, le tribunal peut imposer aux parties de changer leur conduite mais il ne peut pas ordonner le paiement d'une « sanction administrative pécuniaire ».

2. LES MATIÈRES CIVILES

Les matières civiles couvrent, en plus des ententes concurrentielles, les agissements concernant les prix, le refus de vendre, les pratiques restrictives comme l'entente d'exclusivité, la limitation de marché, la vente liée et l'abus de position dominante.

2.1 Les recours concernant les prix

Dorénavant, tous les recours concernant les prix sont de nature civile ; les infractions criminelles ont été abolies par la modification législative de 2009. Désormais, l'unique disposition qui demeure directement liée aux prix, l'article 76, concerne le maintien de prix. Les autres agissements concernant les prix qui peuvent tomber sous le coup de la loi sont des pratiques révisables ou sujettes à examen,

43. Voir le par. 91.1(4).

44. Dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings*, 1992 CanLII 1901 (Trib. conc.), le tribunal de la concurrence explique : « [Les fusions] peuvent augmenter l'efficience des firmes, par exemple, en leur permettant de bénéficier d'économies d'échelle (le coût unitaire de production diminue à mesure que le volume d'extrants augmente), d'économies de gamme (quand il est moins coûteux de produire ensemble deux ou plusieurs produits que de les produire séparément), de gains en efficience dynamiques obtenus grâce à l'amélioration de la qualité des produits ou à des innovations », citant AREEDA (Phillip) *et al.*, *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases*, 4^e éd. (Boston : Little, Brown, 1988), p. 120.

45. Pour une application de la notion de gain en efficience dans le contexte d'une fusion, voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane*, 2003 CAF 53, [2003] 3 CF 529.

notamment le refus de vendre ou l'abus de position dominante, que nous aborderons ci-dessous.

2.2 Le maintien des prix

Il s'agit d'un élément encadré par l'article 76, disposition de type civile. L'ancien article 61, qui créait des infractions relatives aux prix, a été abrogé. L'article 76 interdit qu'une entreprise qui fabrique, vend, loue ou fournit un produit, fasse une menace, entente ou promesse pour forcer ses clients ou ses concurrents à maintenir ou monter leur prix, ou à enlever un rabais que ceux-ci voudraient accorder sur un produit. Il s'applique aussi au fournisseur qui refuse de vendre à une personne ou fait de la discrimination à l'égard de cette entreprise à cause de son régime de bas prix⁴⁶. Le Bureau de la concurrence donne des exemples de comportements visés, dont celui du détaillant qui « menace de ne plus faire affaire avec un fournisseur, à moins que ce dernier ne s'engage à cesser de fournir des produits à des vendeurs à rabais »⁴⁷. De simples suggestions de prix ne soulèvent pas de problème, mais la Loi exige que le fournisseur indique clairement à ses clients qu'ils peuvent vendre à des prix moindres et qu'ils ne souffriront pas dans leurs relations commerciales s'ils le font⁴⁸.

L'article 76 ne vise que les comportements de maintien de prix qui ont eu, ont ou auront « vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché ». Donc, en pratique, une preuve d'impact sur le marché est nécessaire et l'article vise uniquement les entreprises qui jouissent d'une certaine puissance commerciale. À cet égard, le nouvel article 76 est plus en ligne avec le droit américain. Aux États-Unis, la Cour suprême a décidé en 2007 dans l'arrêt *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*⁴⁹ que les infractions concernant le maintien des prix devaient être considérées en fonction de leur objectif, des conséquences qu'elles entraînent sur le marché et d'un ensemble de facteurs. Elles ne sont plus considérées comme des conduites illégales en soi ou infractions *per se*.

46. Bureau de la concurrence, *Vos prix : À vous de les établir* (2011), en ligne Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03213.html>>.

47. *Ibid.*

48. Par. 76(5) et (6).

49. 551 U.S. 877, (2007).

2.3 Le refus de vendre

Il s'agit, ici aussi, d'une pratique que le Bureau peut réviser. On vise plus particulièrement à protéger les petites entreprises⁵⁰. On veut s'assurer que les entreprises qui ont besoin d'un produit particulier pourront s'approvisionner et seront en mesure de mener à bien leurs opérations. Cependant on ne veut pas mettre un fournisseur en péril en le forçant à transiger avec un client insolvable. On ne veut pas non plus imposer des façons de faire à un producteur : une entreprise doit demeurer libre de limiter sa production ou de changer son mode d'opération pour le rendre plus rentable. Aussi, l'article 75 n'est pas ouvert à toutes les situations. Une série d'éléments doivent être constatés pour que le tribunal accepte le recours. En premier lieu, on doit démontrer que la personne victime du refus n'est pas en mesure de se procurer un produit en quantité suffisante pour mener à bien sa production et que cela la gêne sensiblement⁵¹. Ensuite, il faut prouver que cette personne est en mesure de respecter les conditions normales d'achat du produit : en fait, son incapacité de se procurer le produit de façon suffisante doit être due à l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs sur le marché et non à une autre circonstance. Par exemple, dans l'affaire *Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco*⁵², la Cour a estimé que l'incapacité d'un abattoir de poulets à s'approvisionner en poulets était une conséquence d'un système de gestion de l'offre dans le secteur de la volaille, système qui avait été établi par le gouvernement et qui imposait des quotas de production de poulets. Le recours sous l'article 75 pour refus de vendre a donc été rejeté.

Le fournisseur doit être en mesure de produire la quantité demandée et finalement le refus de vendre doit avoir pour effet de nuire à la concurrence dans un marché, typiquement le marché en aval du produit. Par exemple, dans l'affaire *Nadeau Ferme Avicole*, puisque le plaignant était un abattoir de poulets, la question était de savoir si la concurrence était réduite dans le marché des entreprises qui achetaient des poulets des abattoirs. Une fois tous les éléments prouvés, le tribunal pourra forcer un ou plusieurs fournisseurs à

50. BÉRIAULT, *supra*, note 21, à la p. 234.

51. Voir par exemple l'affaire *Director of Investigation and Research c. Chrysler Canada*, (1989) 27 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.), conf. (1991) 38 C.P.R. (3d) 25 (CAF), dans laquelle on a estimé qu'une entreprise qui exportait des pièces d'automobile et qui ne pouvait plus obtenir des pièces des voitures Chrysler avait été substantiellement affectée puisque, de 1986 à 1988, ses ventes avaient baissé de 200 000 \$ et ses profits bruts de 30 000 \$. Le tribunal indique toutefois que toute une série d'éléments doivent être considérés. *Ibid.*, p. 18.

52. 2011 CAF 188.

vendre le produit en question⁵³. Il est à noter que normalement un produit visé par l'article 75 n'est pas un produit portant une marque en particulier⁵⁴. Par exemple, on ne peut forcer le propriétaire du jus d'orange de marque « X » à vendre du jus d'orange à une entreprise, si par ailleurs d'autres fournisseurs de jus d'orange sont prêts à s'acquitter de la tâche, à moins de pouvoir prouver que la marque « X » est sur ce marché à ce point dominante que celui qui en est privé est sensiblement affecté dans l'exploitation de son entreprise.

2.4 Les pratiques restrictives

L'article 77 vise trois types de pratiques qui sont très répandues dans le monde des affaires : l'entente d'exclusivité, la limitation de marché et la vente liée⁵⁵. Celles-ci deviendront toutefois problématiques si elles ont pour effet de réduire sensiblement la concurrence en créant des barrières dans le marché.

L'entente d'exclusivité sert au fournisseur à garantir l'exclusivité de son produit dans un point de vente. Il est pratique courante qu'un fournisseur demande que son distributeur s'engage à ne pas vendre dans ses succursales le produit d'un fournisseur concurrent. Ce type d'entente est à l'avantage du fournisseur puisqu'elle lui permet de mieux planifier sa production⁵⁶. À la base, une telle entente ne contrevient pas à l'article 77, mais lorsqu'un fournisseur occupe une place dans le marché si importante qu'il est très difficile pour un autre fournisseur de trouver des revendeurs, il y a lieu d'intervenir⁵⁷.

La limitation de marché a lieu lorsque le fournisseur limite l'aire de distribution d'une entreprise qui vend son produit. Cette

53. Paragraphe 75 *in fine* de la Loi.

54. Voir le paragraphe 75(2). Voir aussi la décision *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Tele-Direct (Publications) Inc.*, (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 aux p 30-33 [*Tele-Direct*], dans laquelle le tribunal décide que le refus de fournir une licence de marque de commerce n'est pas un abus de position dominante. Le tribunal a aussi décidé dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Warner Music Canada Ltd.*, (1997), 78 C.P.R. (3d) 321 qu'une licence de droit d'auteur n'est pas un produit visé par l'article 75.

55. Paragraphe 77(1) de la Loi.

56. BÉRIAULT, *supra*, note 21, à la p. 251.

57. Il faut alors satisfaire aux conditions du paragraphe 77(2) de la Loi. Le tribunal de la concurrence a appliqué l'article 77, de même que l'article 79, dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, (1990) 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. Conc.) [*NutraSweet*]. Pour une analyse par la Cour d'appel fédérale des critères applicables, voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Liée*, 2006 CAF 233 (C.A.F.) [*Tuyauteries Canada*].

pratique trouve tout son sens lorsque le fournisseur a plusieurs distributeurs et qu'il ne veut pas qu'ils se fassent concurrence entre eux. La question se pose à savoir dans quelles situations une telle pratique sera préjudiciable pour le marché. Si le fournisseur est en compétition avec d'autres fournisseurs importants, la concurrence par les distributeurs des produits d'autres marques dans le marché empêchera d'augmenter indûment les prix⁵⁸. Par contre, si les autres fournisseurs sont peu nombreux ou de petite taille, il est possible que la concurrence soit réduite et le tribunal pourra réviser les ententes⁵⁹. La Loi autorise l'exclusivité ou la limitation du marché si elle est « pratiquée uniquement pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit »⁶⁰.

La vente liée⁶¹ est un autre type d'entente qui intervient assez fréquemment entre un distributeur et son fournisseur. Celle-ci se produit lorsque le fournisseur accepte de vendre un produit « X » à la condition qu'un produit « Y » soit, lui aussi, acheté par le distributeur. L'affaire BBM fournit un exemple : cette entreprise qui mesure les cotes d'écoute de la radio et de la télévision vendait ses données sur la radio avec ses données sur la télévision ou encore offrait un rabais à ceux qui achetaient les deux sortes de statistiques ensemble, ce qui a été jugé une vente liée réduisant sensiblement la concurrence⁶². L'Union des consommateurs du Québec cite d'autres cas de vente liée : appareil photo numérique et carte mémoire, service Internet et modem, service de télédistribution et décodeur, imprimante et cartouches d'encre⁶³.

Tout comme l'entente d'exclusivité, il est rare que la vente liée cause un préjudice à la concurrence. Néanmoins, si le fournisseur est un vendeur important d'un produit clé, cela peut créer une situation d'iniquité pour les distributeurs qui se voient forcés d'acheter un autre produit de ce fournisseur, ce qui peut à long terme nuire à la concurrence dans le marché de cet autre produit⁶⁴. La Loi pose plu-

58. BÉRIAULT, *supra*, note 21, à la p. 273.

59. *Ibid.*

60. Par. 77 (4) de la Loi.

61. Par. 77(1) de la Loi.

62. *Director of Investigation and Research v. BBM Measurement Bureau*, (1981), 60 C.P.R. (2d) 26 (R.T.P.C.), conf. [1985] 1 C.F. 173 (C.A.F.) [BBM]. Pour un autre exemple, voir *Tele-Direct*, *supra*, note 54.

63. Union des consommateurs, *Les ventes liées : enjeux pour le consommateur* (juin 2010), Union des consommateurs <[http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/06-R18-Vente-liee-f\(rev\).pdf](http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/06-R18-Vente-liee-f(rev).pdf)>.

64. BÉRIAULT, *supra*, note 21, aux p. 261-262.

sieurs conditions avant que le tribunal n'intervienne : il doit arriver à la conclusion que le fournisseur a adopté une pratique de vente liée qui a ou aura vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence, en faisant obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché, ou au lancement d'un produit sur un marché, ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché ou, encore, à un autre effet d'exclusion. Dans ces cas seulement, le tribunal peut interdire les ventes liées. De plus, la Loi crée des exceptions qui font échapper certaines ventes liées aux pouvoirs de révision du tribunal, notamment celles qui sont raisonnables compte tenu de la connexité technologique existant entre les produits⁶⁵.

2.5 L'abus de position dominante

Les articles 78 et 79 encadrent les abus de position dominante. L'article 78 dresse une liste non exhaustive⁶⁶ de comportements qui sont considérés comme des abus de position dominante, c'est-à-dire que celui ou ceux qui sont en bonne position dans le marché pourraient être considérés comme abusant de leur position s'ils commettaient les actes prévus à l'article 78⁶⁷. Le Bureau de la Concurrence fournit des exemples pratiques d'abus :

l'acquisition de la clientèle ou des fournisseurs d'un concurrent, le recours à des « marques de combat » (marques à rabais) afin de mettre au pas les concurrents ou de les éliminer, le fait d'empêcher des sociétés concurrentes d'obtenir des approvisionnements essentiels, le recours à des contrats à long terme pour empêcher la clientèle de changer de fournisseurs et le fait d'outrepasser le pouvoir conféré par un droit de propriété intellectuelle, notamment celui afférent à une marque de commerce ou à un brevet.⁶⁸

65. Par. 77(4).

66. BÉRIAULT, *supra*, note 21, à la p. 300.

67. Pour des exemples d'affaires où le tribunal de la concurrence a conclu à un abus, voir *NutraSweet, supra*, note 57 ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems*, (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.) ; *Canada c. D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. conc.) ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. AGT Directory Ltd.*, [1994] C.C.T.D. 24. Pour une analyse par la Cour d'appel fédérale des critères applicables, voir *Tuyauteries Canada, supra*, note 57.

68. Bureau de la concurrence, *Abus de puissance commerciale*, en ligne : Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03211.html>>.

On peut aussi rajouter comme exemple d'abus fréquent le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent⁶⁹. Aussi, comme pour les autres dispositions, il faut être en mesure d'établir que l'acte posé par l'entreprise qui domine le marché « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché »⁷⁰. Dernièrement, une modification à la Loi a fixé le montant des amendes administratives pécuniaires maximales à 10 000 000 \$ pour une première ordonnance et, pour toute ordonnance subséquente, à 15 000 000 \$⁷¹. L'objectif de cette sanction très sévère est d'enlever l'envie aux compagnies qui dominent un marché d'empêcher toute nouvelle entreprise de percer ce même marché. Cette position est justifiée par le fait que l'un des objectifs premiers de la Loi est de permettre aux petites et moyennes entreprises d'avoir une chance honnête de participer à l'économie canadienne⁷². Le montant de l'amende administrative lorsqu'elle est imposée dépendra de divers facteurs qui sont énumérés au paragraphe 3.2 de l'article 79.

CONCLUSION

Voici en quelques pages un survol des dispositions la *Loi sur la concurrence* qui touchent les pratiques commerciales les plus fréquentes. Évidemment, plusieurs aspects de la Loi demeurent sujets à interprétation et le Commissaire de la concurrence jouit d'une discrétion non négligeable dans son application. Nous espérons néanmoins que ce texte permet au gestionnaire d'une petite ou moyenne entreprise d'identifier les pratiques commerciales courantes qui suscitent des problèmes en droit antitrust et d'ajuster sa conduite en conséquence.

69. Alinéa 78 (1)i.

70. Par. 79(1).

71. Paragraphe 79 (3.1) de la Loi, tel que modifié par l'article 428 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, c. 2.

72. Article 1.1 de la Loi.