

La version révisée des Lignes directrices sur l'abus de position dominante apporte des éclaircissements utiles et intéressants sur de nombreuses questions

27 MARS 2019 17 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Commerce de détail et biens de consommation](#)
- [Droit de la concurrence](#)
- [Droit du commerce international et de l'investissement](#)
- [Électricité et services publics](#)
- [Énergie](#)
- [Propriété intellectuelle](#)
- [Publicité et marketing](#)
- [Respect de la vie privée et gestion de l'information](#)
- [Services financiers](#)

Auteurs(trice): [Kaeleigh Kuzma](#), [Michelle Lally](#), [Shuli Rodal](#)

Dans ce bulletin d'actualités

- Le 7 mars 2019, le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») a publié la version mise à jour des *Lignes directrices sur l'abus de position dominante*.
- Les Lignes directrices expliquent de manière détaillée l'approche adoptée par le Bureau à l'égard des dispositions sur l'abus de position dominante de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*.
- Les Lignes directrices indiquent la position du Bureau selon laquelle un comportement semblable, même s'il est unilatéral, adopté par des entreprises concurrentes dans un marché relativement concentré peut constituer un motif justifiant de conclure à l'existence d'une dominance conjointe.
- Le sens d'« intérêt concurrentiel valable » demeure imprécis.
- Les Lignes directrices confirment que 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 ».
- Dans certaines parties des Lignes directrices, le Bureau adopte des positions qui ne reflètent pas la jurisprudence et élargissent considérablement la portée de la loi.

Le 7 mars 2019, le Bureau, sous l'égide du commissaire Boswell récemment nommé, a publié la version mise à jour des *Lignes directrices sur l'abus de position dominante* (les « Lignes directrices »), que vous pouvez consulter [ici](#). Les Lignes directrices sont pour l'essentiel identiques à la version provisoire qui avait été publiée aux fins de consultation publique en mars 2018, et qui est disponible [ici](#). Nous tenons à saluer le travail du Bureau pour le vaste exercice de consultation qu'il a mené et pour les précisions additionnelles apportées aux lignes directrices. Nous savons gré au Bureau d'avoir apporté des précisions aux Lignes directrices en ce qui concerne les justifications commerciales et qu'il ait atténué les inquiétudes qui planaient quant à une éventuelle augmentation des mesures obligeant une entreprise visée à donner accès au marché dans le cas d'allégation de refus d'y donner accès, mais nous sommes toujours d'avis que le Bureau a adopté, à certains égards, des positions qui ne sont pas confortées par la jurisprudence et suscitent inutilement de l'incertitude pour les entreprises. Nous pensons également que le terme « intérêt concurrentiel valable » mériterait d'être plus défini de façon plus précise. Les précisions attendues seront peut-être

données dans la [décision](#) que devrait rendre cette année le Tribunal de la concurrence sur la demande d'ordonnance présentée par le commissaire sous le régime de l'article 79 à l'encontre de l'Administration aéroportuaire de Vancouver (en anglais seulement).^[1]

Generalités

Les Lignes directrices expliquent de manière détaillée l'approche adoptée par le Bureau à l'égard des dispositions sur l'abus de position dominante de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence* (la « *Loi* ») et elles contiennent des exemples qui illustrent comment cette approche s'applique dans différents scénarios.

Rappelons que pour que le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») vienne à la conclusion qu'il y a abus de position dominante au sens de l'article 79 de la *Loi*, le commissaire doit prouver les éléments suivants :

1. 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;
2. cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
3. la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

Si le Tribunal conclut que les éléments de l'article 79 ont été établis, il peut rendre une ordonnance d'interdiction ou une ordonnance réparatrice afin de rétablir la concurrence sur le marché. Le Tribunal peut également ordonner de payer une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 millions de dollars (celle-ci pouvant atteindre 15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente).

Les nouvelles Lignes directrices ont été publiées près d'un an après la publication de la version provisoire de celles-ci, en mars 2018, aux fins de consultation publique et elles remplacent [les lignes directrices](#) de 2012. Osler a participé à la consultation publique en 2018 et a soulevé certaines préoccupations, plus particulièrement en ce qui concerne de seuil de 35 % représentant la zone sûre et l'application élargie de la notion de dominance conjointe. Dans le cadre nos observations, nous avons proposé que le Bureau apporte davantage d'éclaircissements sur les circonstances dans lesquelles une entreprise peut être considérée comme ayant un « intérêt concurrentiel valable dans un marché » lorsqu'elle n'est pas un concurrent dans ce marché ni membre d'une association commerciale d'entreprises concurrentes dans ce marché, comme c'était le cas dans l'affaire *TREB*. Le mémoire d'observations qu'Osler a déposé auprès du Bureau est disponible (*en anglais seulement*) [ici](#).

Zone (moins) sûre

Dans la version provisoire des lignes directrices, le Bureau a remplacé sa position de longue date, à savoir qu'une part de marché inférieure à 35 % ne déclencherait généralement pas un examen en vertu de l'article 79, par un énoncé général selon lequel une part de marché de moins de 50 % pourrait donner lieu à un examen approfondi, dans certains cas. Nous avons vivement insisté, à l'instar d'autres intervenants, auprès du Bureau afin qu'il réévalue sa décision de supprimer le seuil de 35 % représentant la « zone sûre », c'est-à-dire celui en dessous duquel un participant au marché ne serait généralement pas considéré posséder une puissance commerciale.

En réponse à cette préoccupation, les Lignes directrices précisent que le Bureau enquêtera

sur une entreprise qui détient une part de marché inférieure à 50 % et semble s'être livrée à un comportement anticoncurrentiel seulement si d'autres éléments de preuve indiquent que l'entreprise détient un « degré sensible de puissance commerciale »^[2] malgré sa faible part de marché. Bien que cette formulation représente une amélioration par rapport au libellé de la version provisoire des lignes directrices, elle crée néanmoins une incertitude accrue pour les entreprises qui détiennent des parts de marché relativement faibles. De plus, il est difficile de déterminer avec précision quel vide le Bureau tente de combler en modifiant son approche analytique ou ses critères d'application.

La dominance conjointe est synonyme de comportement semblable unilatéral dans un marché concentré

Bien que les Lignes directrices apportent de nouvelles précisions sur l'approche du Bureau en ce qui concerne la dominance conjointe, elles indiquent clairement sa position selon laquelle un comportement semblable, même s'il est unilatéral, adopté par des entreprises concurrentes dans un marché relativement concentré peut constituer un motif justifiant de conclure à l'existence d'une dominance conjointe :

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. 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.

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.^[3]

Selon le Bureau, l'absence d'une concurrence vigoureuse (stimulée, par exemple, 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) pourrait indiquer une dominance conjointe. De plus, il n'est pas nécessaire de prouver la coordination entre les participants au marché visés par une allégation de dominance conjointe pour établir qu'il y a dominance conjointe.

Par conséquent, une entreprise exerçant ses activités sur un marché relativement concentré doit être en mesure de reconnaître un comportement unilatéral de sa part qui est susceptible d'être considéré comme un agissement anticoncurrentiel aux fins de la *Loi*, même si elle n'exerce pas un degré sensible de puissance commerciale. Si plusieurs entreprises concurrentes sur ce marché décident chacune unilatéralement d'adopter un même comportement semblable (p. ex., en imposant des clauses contractuelles restrictives semblables à leurs clients), le Bureau pourrait conclure que ces entreprises exercent une

dominance conjointe, ce qui pourrait donner lieu à l'application de l'article 79.

Le sens du terme « intérêt concurrentiel valable » demeure imprécis

Il est regrettable que les Lignes directrices ne donnent pas davantage de précisions concernant l'application de la décision *TREB* à d'autres contextes que celui d'une association commerciale (ou la façon dont le Bureau pourrait démontrer l'« intérêt concurrentiel valable » d'une entreprise dans un marché où cette dernière ne participe pas à la concurrence). Bien qu'il est assez simple, à la lumière de *TREB*, de démontrer un intérêt concurrentiel valable dans le cas d'une association commerciale, on ne sait pas comment ce principe sera appliqué dans d'autres cas. Par exemple, les Lignes directrices ne donnent aucune indication de ce qui pourrait, le cas échéant, constituer un intérêt concurrentiel valable pouvant donner lieu à un abus de position dominante répréhensible dans le cas d'une entreprise qui exerce ses activités en amont ou en aval du marché concerné.

Confirmation utile que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les refus d'approvisionnement effectués dans le cours normal des activités sont susceptibles de déclencher un examen en vertu de l'article 79

Les Lignes directrices reconnaissent fort heureusement que les refus d'approvisionnement dans le cours normal des activités sont susceptibles de déclencher l'application de l'article 79, seulement dans des circonstances exceptionnelles. Ainsi, aucune entreprise n'est obligée d'approvisionner une autre entreprise, mais le Bureau peut conclure qu'un refus d'approvisionnement est un agissement anticoncurrentiel si « le produit ou le service refusé [est] important du point de vue de la concurrence et qu'il ne [peut] être obtenu autrement de façon réaliste (p. ex. auprès d'autres fournisseurs ou au moyen de l'auto-approvisionnement). »^[4]

Les mesures réparatrices rendant l'approvisionnement obligatoire soulèvent des préoccupations à divers égards. Elles peuvent, notamment nuire à la protection des données et freiner l'innovation. Ces préoccupations sont particulièrement vives dans les secteurs des hautes technologies et des services financiers, où l'argumentaire est souvent que l'accès aux renseignements personnels sensibles et aux renseignements confidentiels est un élément essentiel de la capacité des entreprises à participer efficacement à la concurrence. De telles prétentions devraient faire l'objet d'une étude approfondie, et les régimes réglementaire et contractuel en vertu desquels ces renseignements sont recueillis et utilisés devraient faire l'objet d'un examen minutieux, avant d'imposer une mesure réparatrice comportant l'obligation de fournir des données.

Dans le souci d'atténuer les préoccupations au sujet de sa volonté accrue d'avoir recours à des mesures réparatrices rendant obligatoire l'accès aux données, le Bureau affirme explicitement dans les Lignes directrices qu'il « reconnaît que les intrants importants du point de vue de la concurrence découlent souvent de l'innovation et d'investissements importants et coûteux, et que 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 ».^[5] Cette remarque concorde avec la conclusion du Bureau dans son étude *Mégadonnées et innovation : les grands thèmes de la politique en matière de concurrence au Canada*, dans laquelle il déclare :

Aucune approche normée n'énonce le **redressement** approprié pour des cas particuliers liés aux usions ou aux comportements. L'un des redressements prévus impose à la partie en cause un **devoir de négociier** dans une affaire relative au comportement. Le Bureau est conscient que le fait d'imposer un devoir de négociier pourrait potentiellement réduire les incitatifs à l'innovation et devrait donc être imposé uniquement dans des circonstances exceptionnelles, dans les cas relatifs aux mégadonnées et dans les autres cas [Nous soulignons]

Précisions apportées concernant les justifications commerciales

Rappelons que la jurisprudence canadienne a établi, et les Lignes directrices confirment, qu'afin de déterminer si un agissement est anticoncurrentiel, le « but d'un agissement peut être établi directement en démontrant l'intention subjective ou déduit des conséquences raisonnablement prévisibles du comportement en cause, ou les deux. »^[6] Comme le mentionnent les Lignes directrices, une justification commerciale n'est pas un de moyen de défense à une allégation d'agissement anticoncurrentiel, mais peut être « une autre façon d'expliquer l'objectif principal du comportement en question. »^[7] Les Lignes directrices précisent que dans certains cas « 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. »^[8] Les justifications commerciales légitimes peuvent comprendre la réduction des coûts opérationnels ou de production, l'amélioration de la technologie ou des procédés qui permettent d'offrir de meilleurs produits et services, et la conformité avec la législation et la réglementation.^[9]

Les Lignes directrices définissent l'approche du Bureau en ce qui concerne les justifications commerciales invoquées :

- Le Bureau examinera la crédibilité de toute prétention fondée sur l'efficacité ou la justification proconcurrentielle, leur lien avec l'agissement anticoncurrentiel allégué et la probabilité que ces prétentions soient réalisées. Notamment, les Lignes directrices précisent qu'« 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. »^[10] Cela témoigne de l'importance de réunir des preuves documentaires claires et étoffées de toute justification commerciale proconcurrentielle à l'égard d'un agissement qui pourrait être éventuellement interprété comme un comportement anticoncurrentiel. Étant donné que le Bureau donne une portée très large à la notion de dominance conjointe, décrite ci-dessus, cela peut inclure le comportement unilatéral d'une entreprise qui n'a pas de puissance commerciale sur le marché à l'étude.
- Lorsque la preuve démontre que le comportement d'une entreprise était motivé à la fois par une intention anticoncurrentielle et par la justification commerciale invoquée, le Bureau peut évaluer si la justification commerciale invoquée aurait pu être réalisée par des moyens crédibles autres qui auraient eu une moins grande incidence sur les concurrents. Les Lignes directrices indiquent qu'en règle générale 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

solutions de rechange ou s'il y a une preuve objective claire qu'il serait déraisonnable pour cette entreprise de ne pas avoir tenu compte de ces solutions de rechange. »^[11] Par conséquent, les entreprises doivent évaluer avec soin les solutions de rechange permettant de réaliser une efficience ou d'acquérir un avantage concurrentiel donné et conserver des traces documentaires suffisantes justifiant leur décision de rejeter les solutions de rechange envisagées.

- Citant la décision du Tribunal dans *TREB*, les Lignes directrices confirment qu'un « 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. »^[12] Cependant, les Lignes directrices vont plus loin en affirmant que même lorsqu'un comportement présente un avantage économique, et ce, sans avoir d'effet anticoncurrentiel, il peut être considéré comme un comportement anticoncurrentiel. Une telle conclusion peut être tirée dans les cas « 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 »^[13] pour permettre de conclure que le but principal était manifestement d'avoir un effet anticoncurrentiel.

Les Lignes directrices confirment que les justifications commerciales sont des facteurs pertinents pris en compte dans l'analyse en vertu de l'alinéa 79(1)b), mais qu'elles n'ont pas d'incidence directe sur l'évaluation des effets concurrentiels effectuée en vertu de l'alinéa 79(1)c). De même, comme les gains en efficience ne peuvent être invoqués comme moyen de défense à l'encontre de l'article 79, le Bureau n'est pas tenu de quantifier les gains en efficience tirés d'un agissement anticoncurrentiel, « mais il examinera ces gains en efficience dans le cadre de l'analyse du but de l'agissement effectuée en vertu de l'alinéa 79(1)b). »^[14]

Dernières réflexions : incidences éventuelles de la décision rendue dans l'affaire AAV

Nous savons gré au Bureau des efforts continus qu'il déploie à préciser son approche à l'égard de notions complexes et en constante évolution du droit et de la politique de la concurrence au Canada. Toutefois, dans certaines parties des Lignes directrices, le Bureau adopte des positions qui ne reflètent pas la jurisprudence et élargissent considérablement la portée de la loi. De plus, nous rappelons que les Lignes directrices ont été publiées alors que le Tribunal n'a toujours pas rendu une décision dans la cause AAV. Parmi les questions que le Tribunal a adressées à chacune des parties à l'instance, certaines portent sur le concept de l'« intérêt concurrentiel valable » et sur l'évaluation des justifications commerciales invoquées, des éléments difficiles à établir. Nous aurons peut-être sous peu de nouvelles précisions du Tribunal à cet égard et les Lignes directrices sont susceptibles d'être révisées en conséquence.

^[1] *The Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority*, CT-2016-015. Le commissaire allègue que l'Administration aéroportuaire de Vancouver (l'AAV) a abusé de sa position dominante sur le marché en excluant des concurrents potentiels du marché de la prestation de services de restauration à bord à l'Aéroport international de Vancouver. Osler a agi comme avocat-conseil externe pour le compte d'un témoin du commissaire dans cette cause.

^[2] Lignes directrices, paragr. 34

^[3] Lignes directrices, paragr. 48 et 49

^[4] Lignes directrices, paragr. 73

^[5] Lignes directrices, paragr. 74

^[6] Lignes directrices, paragr. 54 Voir également *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Itée*, 2006 CAF 233, paragr. 72-73 et *Canada (directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* (1990) 32 CPR (3d) 1 (Trib. conc.) p. 35.

^[7] Lignes directrices, paragr. 80

^[8] Lignes directrices, paragr. 55

^[9] Lignes directrices, paragr. 80

^[10] Lignes directrices, paragr. 82

^[11] Lignes directrices, paragr. 83

^[12] Lignes directrices, paragr. 83

^[13] Lignes directrices, paragr. 84

^[14] Lignes directrices, paragr. 85