

## Articles

### **LA CARACTÉRISATION DE LA NOTION D'ABUS DANS LA RÉGULATION DE LA POSITION DOMINANTE DES ENTREPRISES**

**Karounga Diawara<sup>1</sup>**  
**Université Laval, Québec**

---

*The author shows that the characterization of the concept of abuse of dominant position relies on two separate and cumulative legal tests. The first one calls for a determination of the existence of anti-competitive acts, while the second calls for a determination of the effect of prevention or lessening of competition. In applying the first test, one must look for the object of the practice by studying its intentional adverse impact on one or more competitors. In that framework, the respondent company may argue that there is a credible and preponderant commercial justification for refuting the existence of an effect that eliminates or excludes competitors. In applying the second test, one must appreciate the practice's effect on competition by following a comparative methodology relating to either the "but for" test, already applied in the caselaw, or the "detriment to the consumer" test, which could apply in future cases involving section 79 of the Competition Act.*

---

*L'auteur montre que la caractérisation de la notion d'abus de position dominante repose sur deux critères légaux distincts et cumulatifs dont le premier exige la constatation de l'existence d'un agissement anti-concurrentiel, alors que le second nécessite la détermination de l'effet d'empêchement ou de diminution de la concurrence. L'application du premier critère requiert la recherche de l'objet du comportement en scrutant son effet négatif intentionnel sur un ou des concurrents. Dans ce cadre, l'entreprise intimée peut alléguer l'existence d'une justification commerciale crédible et prépondérante pour réfuter l'existence d'un effet d'exclusion ou de mise au pas d'un concurrent. L'application du deuxième critère exige l'appréciation de l'effet du comportement sur la concurrence en suivant un cadre méthodologique comparatif et relatif à l'aune du critère de l'absence hypothétique (but for test) déjà appliqué ou celui du préjudice au consommateur qui pourrait trouver application dans de futures affaires mettant en cause l'article 79 de la Loi sur la concurrence.*

---

## Introduction

**A** l'instar de la majorité des droits nationaux ou régionaux de la concurrence<sup>2</sup>, le droit canadien<sup>3</sup> n'interdit pas en soi la position dominante détenue par une entreprise sur un marché. C'est plutôt l'exploitation abusive d'une position dominante qui est prohibée par l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*<sup>4</sup> (Lc). Sa mise en application exige l'établissement de trois éléments distincts et cumulatifs dont le premier identifie l'existence d'un pouvoir de marché<sup>5</sup> substantiel<sup>6</sup> et les deux derniers caractérisent la notion d'abus à travers les concepts de « pratique d'agissements anticoncurrentiels »<sup>7</sup> ayant un effet « d'empêchement ou de réduction de la concurrence »<sup>8</sup>. Ainsi, le tribunal de la concurrence (Tribunal) ne peut rendre une ordonnance corrective et/ou énoncer des sanctions administratives pécuniaires (SAP) sur le fondement de l'article 79 que si l'entreprise en cause dispose d'une position dominante sur le marché pertinent et a posé un agissement anticoncurrentiel qui a pour effet de restreindre sensiblement la concurrence.

L'objet de ce texte est de mettre en exergue les caractéristiques légales fondamentales de la notion d'abus telle qu'elle est appréhendée par les articles 79 et 78 Lc, en s'appuyant sur son interprétation jurisprudentielle<sup>9</sup> et les critiques doctrinales subséquentes<sup>10</sup>. Ce texte s'inscrit ainsi dans le débat plus large relatif aux difficultés d'établir la distinction appropriée entre l'acte légitime et le comportement restrictif de concurrence dans la détermination de ce qui constitue un abus de position dominante<sup>11</sup>. De manière plus particulière, l'étude s'insère dans la problématique spécifique de la définition d'une norme adéquate pour détecter l'*abus* résultant du comportement unilatéral d'une entreprise dominante, avec les conséquences juridiques<sup>12</sup> et économiques<sup>13</sup> qu'elle engendre. Dès lors, sont exclus de cette étude les aspects relatifs à la détermination d'une position dominante ou d'une situation de contrôle du marché<sup>14</sup>. Au surplus, au moment où le droit canadien entre dans une période qualifiée de « postmoderne »<sup>15</sup> avec notamment l'imposition de sanctions administratives pécuniaires (SAP) pouvant atteindre 10 millions de dollars canadiens laissée à la discrétion du Tribunal<sup>16</sup> en cas d'abus de position dominante, il s'avère alors important de déterminer ce qui caractérise la notion d'abus prévue par les articles 79 et 78 Lc. Tel est l'objet essentiel de ce texte.

La structure de cette étude embrasse ainsi le cadre normatif qu'imposent l'analyse et l'interprétation de la notion d'abus résultant de la position dominante d'une entreprise. Elle s'appuie autour des deux critères légaux et distincts posés par l'article 79 et établis par la jurisprudence<sup>17</sup>. D'une part, le test légal posé par l'alinéa 79(1)(b) Lc suppose de constater l'objet anticoncurrentiel du comportement qui s'analyse, dans cette circonstance, en un effet intentionnel négatif sur un concurrent (1); d'autre part, l'alinéa 79(1)(c) Lc mesure l'effet du comportement sur le marché; lequel doit entraîner un empêchement ou une réduction de la concurrence (2).

### 1. L'objet anticoncurrentiel de l'acte, le but ou le dessein prédateur

Pour caractériser l'existence d'un abus au sens de l'article 79 Lc, la première étape consiste à identifier « une pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Si l'interprétation de la notion de « pratique » ne pose pas de grande difficulté, puisqu'elle exclut les comportements et stratégies isolés, ponctuels ou circonstanciels des entreprises et vise principalement les agissements qui s'inscrivent dans une certaine durée<sup>18</sup>, il en est autrement des termes « agissements anticoncurrentiels » qui reçoivent, dans ce contexte, une acception plutôt subjective centrée sur la détermination de l'objet de l'acte posé. Le but ou le dessein prédateur de l'entreprise en cause doit s'inscrire au cœur de son comportement. Comme le rappelle la cour d'appel fédérale (CAF) dans *Tuyauteries Canada*: « [l'] » objet » (*purpose*) englobe davantage, dans ce contexte, que la simple intention subjective de la défenderesse [...]. Il faut donc, pour appliquer l'alinéa 79(1)(b), établir le but, l'objet ou la nature du comportement attaqué »<sup>19</sup>.

L'identification de cet objet prédateur pose trois séries de difficultés tenant à sa *manifestation*, sa *preuve* et la possibilité de sa *justification*. Ainsi un comportement est constitutif d'agissement anticoncurrentiel s'il vise à exclure ou à discipliner un concurrent, d'une part (1.1); lequel élément peut être prouvé directement en utilisant l'intention subjective ou indirectement par le recours à une preuve circonstancielle (1.2). D'autre part, le comportement n'est aucunement sous-tendu par une justification crédible et prépondérante (1.3).

## 1.1 La manifestation de l'acte: l'effet d'exclusion ou de discipline d'un concurrent

L'interprétation de la notion d'agissement anticoncurrentiel met l'accent sur l'importance de considérer l'effet de l'acte sur un ou des concurrents (1.1.1.), qui privilégie, par conséquent, la détection de la catégorie des abus d'exclusion (1.1.2.).

### 1.1.1 L'importance de l'effet de l'acte sur un ou des concurrents

Un comportement constitue un agissement anticoncurrentiel au sens de l'alinéa 79(1)(b) Le si, d'abord et avant tout, son objet vise l'exclusion ou la mise au pas d'un concurrent. L'effet considéré à ce stade est celui du comportement de l'entreprise sur son ou ses concurrents réels ou potentiels. Comme l'énonce la CAF dans *Tuyauteries Canada*, il serait prématuré et impertinent de mesurer ou de considérer l'effet du comportement sur la concurrence. L'analyse devrait plutôt se concentrer sur les effets de l'acte sur un ou des concurrents :

L'analyse à effectuer dans le cadre de l'alinéa 79(1)(b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l'agissement sur un concurrent. Il s'ensuit que certains types d'effets sur la concurrence pourraient se révéler dénués de pertinence pour l'application de l'alinéa 79(1)(b), s'ils ne se traduisent pas par un effet négatif sur un concurrent. Il est important de bien percevoir que le terme « anticoncurrentiel » revêt, par conséquent, une signification restreinte dans le contexte de l'alinéa 79(1)(b). Si, au regard de l'ensemble de la Loi, la « concurrence » présente de multiples aspects comme en témoignent les objets énumérés à son article 1.1, le terme « anticoncurrentiel », pour l'application particulière de l'alinéa 79(1)(b), qualifie un agissement ayant pour but ou pour objet un effet négatif sur un concurrent<sup>20</sup>.

Si cette énonciation peut sembler claire en théorie; cependant, en pratique, il peut être extrêmement difficile d'isoler les effets du comportement sur les concurrents de ses effets sur la concurrence, en général, et du marché, en particulier. L'imbrication entre la concurrence et les concurrents semble inextricable, car il ne peut y avoir de concurrence sans concurrents<sup>21</sup>. Comme la doctrine l'a déjà relevé, la définition de l'agissement anticoncurrentiel donnée par la CAF a fait

« naître la crainte qu'on protège les concurrents plutôt que la concurrence »<sup>22</sup>. En effet, un acte proconcurrentiel peut avoir pour effet de nuire à un concurrent, surtout si ce dernier n'est pas efficace<sup>23</sup>: un processus concurrentiel vigoureux<sup>24</sup> de gain de parts de marché a souvent pour effet de « faire mal » aux concurrents<sup>25</sup>. La disposition sur l'abus de position dominante ne vise pas à pénaliser les « gagnants », c'est-à-dire les entreprises qui sont devenues dominantes principalement grâce à leur ingéniosité, leur juste performance, leur avancée technologique, bref, leur mérite<sup>26</sup>. Elle ne censure pas « les comportements concurrentiels raisonnables »<sup>27</sup>.

À ce propos, comment alors distinguer un acte légitime qui, par essence, « *fait mal* » ou *nuît* à un concurrent et un agissement anticoncurrentiel visant bonnement et simplement à *exclure* ou *mettre au pas* un concurrent ? À cette fin, il est essentiel de s'en remettre à une analyse minutieuse et détaillée de l'intention dans laquelle le comportement litigieux a été posé et de son effet exclusif ou disciplinaire sur un concurrent. Pour rencontrer l'exigence de l'alinéa 79(1)(b), il faut donc établir le but, l'objet ou la nature du comportement attaqué<sup>28</sup>, ainsi que les conséquences prédatrices sur un concurrent. Constitue ainsi un agissement anticoncurrentiel « un comportement ayant pour but un effet négatif intentionnel sur un concurrent, effet qui doit [...] viser une exclusion ou une mise au pas »<sup>29</sup>. C'est donc l'*intention d'élimination des concurrents*, en l'espèce, la stratégie de préemption du marché qui sert de critère à la définition de l'agissement anticoncurrentiel prévu à l'alinéa 79(1)(b). Cette élimination peut consister, soit en une exclusion des concurrents déjà présents sur le marché pertinent ou des concurrents potentiels, soit en une « mise au pas » des concurrents réels en empêchant ou en ralentissant leur expansion sur le marché.

Il est important alors de distinguer et de trouver la nuance qui existe entre l'agissement anticoncurrentiel, tel que prévu par l'alinéa 79(1)(b) Lc, d'une part, et l'acte normal même « dur » qui nuit au concurrent, sans pour autant revêtir un caractère anticoncurrentiel. La nuance entre ces deux types de comportement, dont le premier est susceptible de constituer un abus et le deuxième toléré, se trouve principalement dans l'*intention* qui sous-tend le comportement : il est permis de poser des actes qui visent à préserver les intérêts commerciaux de l'entreprise en le rendant notamment plus performante face à ses concurrents, mais il est interdit de poser des actes qui ont pour simple

finalité d'exclure du marché ou de ralentir sciemment l'expansion et la progression des concurrents. L'examen rapide des affaires *Tele-Direct*<sup>30</sup> et *Nielsen*<sup>31</sup> permet d'illustrer la distinction sibylline entre l'agissement anticoncurrentiel et un comportement normal et légal.

Dans l'affaire *Tele-Direct*, les sociétés Tele-Direct (Publications) Inc. et Tele-Direct (Service) Inc. (ci-après « Tele-Direct ») contrôlaient les marchés régionaux canadiens de la fourniture d'espaces et de services de la publicité-annuaire de type « pages jaunes » ; Tele-Direct ne subissait la concurrence que dans deux marchés régionaux en Ontario. En s'ajustant à cette concurrence régionale en Ontario, Tele-Direct avait adopté, pour ces seuls marchés, une série de mesures très agressives mais avantageuses pour ses clients comme le maintien de prix pendant plusieurs années, l'offre de services additionnels gratuits et l'amélioration de la qualité et de l'apparence des annuaires. Dans sa demande, le Directeur des enquêtes et recherches (maintenant le « Commissaire de la concurrence ») alléguait que cette politique agressive de Tele-Direct est constitutive d'un agissement anticoncurrentiel. Il prétendait aussi que l'intimée avait limité l'adoption de ces mesures aux seuls marchés où elle subissait des pressions concurrentielles (politique de ciblage des marchés). Le Tribunal a pris connaissance de la riposte de Tele-Direct à l'arrivée de nouveaux concurrents et a conclu que la politique agressive adoptée par cette entreprise, sous forme de baisse de prix ou de ciblage de nouveaux entrants, n'était pas constitutive d'un agissement anticoncurrentiel. Le Tribunal a conclu que le fait de réagir à l'arrivée de nouveaux concurrents en adoptant une politique agressive est compatible avec l'objet de l'alinéa 79(1)(b) et de l'article 1.1. Lc. Il remarque qu'il « ne saurait interdire des actes concurrentiels, même « durs »; seuls les agissements anticoncurrentiels peuvent être prohibés »<sup>32</sup>.

En revanche, dans l'affaire *Nielsen*, le Tribunal a pu qualifier d'anticoncurrentiels des comportements prédateurs ayant un effet intentionnel négatif sur un concurrent. L'entreprise D&B Compagnie (Nielsen) avait passé des contrats avec tous les principaux détaillants d'épicerie et de médicaments, contrats qui lui assuraient un accès exclusif à leurs données prélevées par balayage électronique des codes à barre à la caisse. La clause d'exclusivité de ces contrats obligeait les cocontractants de Nielsen à ne communiquer ces données qu'à elle. Nielsen recevait, de ce fait, ces données à titre onéreux; certains

contrats prévoyaient que, dans l'éventualité où le détaillant communiquerait ces données à une autre entreprise, Nielsen les paierait moins cher et le détaillant serait tenu de lui rembourser les paiements antérieurs. Ces contrats étaient normalement d'une durée de cinq ans. Le Tribunal a conclu que « [l]es clauses d'exclusivité types [avaient] indubitablement pour effet d'empêcher tout concurrent potentiel d'obtenir les données de détaillant prélevées par balayage électronique »<sup>33</sup>. Le Tribunal ajoutait que Nielsen pouvait être présumée avoir délibérément recherché cet effet et notait ensuite que l'échelonnement du renouvellement des contrats confirmait l'intention d'écarter les concurrents potentiels<sup>34</sup>.

À la lumière de la jurisprudence, les frontières entre un agissement anticoncurrentiel et un comportement concurrentiel (par exemple une riposte défensive ou offensive à l'entrée de nouveaux concurrents) sont certainement floues, ténues et poreuses, mais elles tiennent lieu à un élément subjectif qui est l'intention. Pour être anticoncurrentiel, l'agissement ne doit pas simplement causer du tort aux concurrents, car c'est le propre même d'un acte concurrentiel de « faire mal » aux concurrents en les incitant à être meilleurs au profit de la collectivité. Pour tomber sous le joug de l'alinéa 79(1)(b) Lc, le comportement litigieux doit aller au-delà et viser à *exclure, évincer ou discipliner* les concurrents : cela présuppose la capacité de distinguer entre l'intention de bonne foi de faire meilleure figure que ses concurrents de l'intention de mauvaise foi de les exclure ou les évincer du marché<sup>35</sup>.

Dès lors, l'analyse de l'objet du comportement devrait servir à déterminer s'il s'agit d'un comportement concurrentiel ou d'un comportement anticoncurrentiel. Ainsi, la motivation de l'acte, l'intention à la base de laquelle il a été posé et le dessein qui lui est assigné constituent un élément essentiel pour déterminer sa nature pro ou anticoncurrentielle<sup>36</sup>. En somme, un comportement constitue un agissement anticoncurrentiel au sens de l'alinéa 79(1)(b) si son objet vise l'exclusion ou la mise à pas d'un concurrent et non l'effet de l'acte sur la concurrence. Ici, aucune référence n'est faite à l'effet de l'acte sur la concurrence ou les consommateurs. L'analyse doit être essentiellement circonscrite à l'intention prédatrice sur le concurrent. C'est pourquoi, la CAF a conclu, sur ce point, dans l'affaire *Tuyauteries Canada* que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'application de l'alinéa 79(1)(b). En effet, le Tribunal avait décidé que les rabais et remises

consentis par Tuyauteries Canada dans le cadre de son programme de distribution de stock (PDS) ne constituent pas un agissement anticoncurrentiel dans la mesure où ils n'avaient pas un effet restrictif sur la concurrence<sup>37</sup>. Or, la CAF rappelle que ce qui est déterminant dans l'analyse de l'alinéa 79(1)(b), ce n'est point l'effet sur la concurrence, mais plutôt l'effet négatif intentionnel sur un ou des concurrents<sup>38</sup>. Cette approche dénote une inclinaison de la notion d'agissement anticoncurrentiel vers la catégorie des pratiques d'exclusion.

### 1.1.2. Une inclinaison vers la catégorie des pratiques d'exclusion

L'agissement anticoncurrentiel n'est, en définitive, déterminé ni en référence à l'effet de l'acte sur la concurrence<sup>39</sup>, ni en référence à l'impact sur le bien-être du consommateur<sup>40</sup>. Il faut plutôt considérer l'objet intentionnel négatif du comportement sur le concurrent. L'effet négatif sur un concurrent est, soit l'exclusion, soit la mise au pas. À cet égard, l'article 78 Lc dresse, à titre illustratif, indicatif et non exhaustif, une liste de pratiques susceptibles de constituer un agissement anticoncurrentiel. En considérant la liste des agissements anticoncurrentiels énumérés à l'article 78, le Tribunal a affirmé, dans l'affaire *NutraSweet*, que le trait commun de tous les actes anticoncurrentiels énumérés dans ce texte, sauf l'alinéa 78(1)(f), réside dans le dessein anticoncurrentiel poursuivi par l'auteur de l'acte qui est soit d'exclure, soit de mettre au pas les concurrents<sup>41</sup>. De fait, cette définition jurisprudentielle de l'agissement anticoncurrentiel cible principalement la catégorie particulière des pratiques d'exclusion ou d'éviction qu'on oppose souvent, en cette matière, aux pratiques d'exploitation. Après avoir présenté sommairement la distinction souvent négligée entre agissement anticoncurrentiel d'exclusion et agissement anticoncurrentiel d'exploitation, nous montrons ensuite que la définition de l'agissement anticoncurrentiel tel que conçu et interprété par les tribunaux infléchit inexorablement vers la catégorie des pratiques d'exclusion et d'éviction au détriment des pratiques d'exploitation.

Apparue en matière de régulation du pouvoir de marché des entreprises, la distinction entre les pratiques d'exclusion et les pratiques d'exploitation a trait à la manière dont une entreprise dominante est susceptible de se livrer à une pratique d'agissement anticoncurrentiel, soit en recourant à un comportement d'exclusion, soit en exploitant sa position de force au détriment des acteurs du marché. Dans le



premier cas de figure, l'entreprise dominante adopte un comportement d'exclusion dans le but d'augmenter les coûts de production de ses concurrents : l'entreprise signe par exemple des contrats exclusifs d'approvisionnement de longue durée avec un fabricant d'un produit dont l'accès demeure ainsi fermé à ses concurrents; ces derniers seront alors obligés de se tourner vers un produit plus cher ou de qualité moindre que le produit fermé, ce qui entraîne une augmentation de leurs coûts. En augmentant ainsi les coûts des concurrents<sup>42</sup>, la production sur le marché diminue; ce qui aura pour conséquence de maintenir ou d'accroître les prix. Ce pouvoir exprime la capacité de l'entreprise d'exclure ses concurrents et réfère à la dimension exclusive du pouvoir de marché, mise en relief par Bain<sup>43</sup>. Par conséquent, l'entreprise dominante cherche à évincer du marché ses concurrents actuels, à ralentir leur développement (expansion) ou à empêcher des concurrents potentiels d'entrer sur le marché. Le but est d'acquérir une position monopolistique dont elle pourra ensuite profiter en augmentant ses prix et/ou en diminuant le choix et la qualité des produits proposés au consommateur. Ces comportements constituent des « pratiques d'exclusion ou d'éviction ». En revanche, dans le deuxième cas de figure, l'entreprise limite sa propre production en vue de maintenir ou de hausser le prix. Ce pouvoir exprime notamment la capacité de hausser directement le prix en restreignant la production. Il s'agit de la dimension exploiteuse du pouvoir de marché attribuée à Stigler<sup>44</sup>. L'entreprise dominante exploite directement son pouvoir de marché à l'encontre de ses partenaires commerciaux ou de ses clients, pratiquant un « abus d'exploitation ». Les pratiques sont ainsi dites « d'exploitation » lorsqu'elles résultent de comportements par lesquels l'entreprise dominante tirerait le meilleur profit de sa puissance économique, aux dépens de ses cocontractants. À titre illustratif, la pratique de prix discriminatoires, la réduction des fournitures à l'égard de certains clients, en période de pénurie, la fixation de prix excessivement élevés par rapport à la valeur de la prestation peuvent être considérées comme constituant des abus d'exploitation.

Vu l'état actuel de l'interprétation de l'alinéa 79(1)(b) Lc, ce texte a pour première vocation de considérer essentiellement les pratiques d'exclusion ou d'éviction. Non seulement parce que la définition donnée par les tribunaux à cette notion s'arc-boute autour des effets du comportement sur un concurrent, comme nous venons de le voir, mais aussi parce que, d'une part, la liste indicative contenue à l'article 78 Lc

contient uniquement (sauf l'alinéa 78(1)(f)) des pratiques d'exclusion et, d'autre part, dans ses récentes *Lignes directrices*, le Bureau de la concurrence n'évoque guère la possibilité que l'agissement anticoncurrentiel puisse résulter d'une pratique d'exploitation.

D'abord, l'analyse sommaire de la liste dressée par l'article 78 Lc montre qu'elle ne contient essentiellement, à titre illustratif et indicatif, que des pratiques d'exclusion. Il faut rappeler que le libellé de l'article complète et illustre simplement à titre indicatif la définition de la notion d'agissement anticoncurrentiel prévue à l'alinéa 79(1)(b) Lc, ce qui signifie qu'un comportement non listé dans cette disposition peut néanmoins être considéré comme un agissement anticoncurrentiel. Malgré cette limite, l'analyse du libellé permet de considérer ce que le législateur fédéral a voulu, dès l'adoption de la Lc, qualifier d'agissement anticoncurrentiel à titre *illustratif*. Le paragraphe 78(1) Lc se lit comme suit :

78. (1) Pour l'application de l'article 79, « agissement anti-concurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants:

- a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;
- b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;
- c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;
- d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

- e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;
- f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;
- g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;
- h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;
- i) 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 concurrent.

À l'exception du point (f), cette liste contient la plupart des pratiques exclusives. Il s'agit des pratiques d'exclusion les plus significatives adoptées par les entreprises dominantes et qui ont pour effet d'évincer et/ou de mettre au pas des concurrents réels ou potentiels. En effet, cette disposition vise huit formes de pratiques exclusives allant de la compression des marges ou pratique de ciseaux tarifaires [78(1)(a) Lc], à l'exclusivité [78(1)(h) Lc], le prix d'éviction [78(1)(i)], en passant par la normalisation prédatrice [78(1)(g)] et la préemption d'installations rares [78(1)(e)]. Ces pratiques exclusives doivent évidemment viser à exclure ou mettre au pas un concurrent pour être qualifiées d'agissement anticoncurrentiel.

Ensuite, dans ses récentes *Lignes directrices* portant sur la disposition de l'abus de position dominante, le Bureau de la concurrence évoque seulement les pratiques exclusives qu'il divise en comportement d'exclusion et d'éviction au titre des agissements anticoncurrentiels, tout en ignorant les pratiques d'exploitation<sup>45</sup>. Les pratiques exclusives sont définies selon le critère de l'augmentation des coûts des concurrents, alors les pratiques d'éviction visent principalement le

prix prédateur ou prix d'éviction<sup>46</sup>. Aucune référence n'est faite aux pratiques d'exploitation telles que définies ci-dessous. Cet état de fait est dû à une certaine suspicion développée envers la catégorie des pratiques d'exploitation et notamment de la pratique de prix excessif<sup>47</sup>. En plus, puisque les abus d'exclusion sont à l'origine et permettent souvent la commission d'abus d'exploitation, il est accepté de mettre la priorité sur les premières.

Quoi qu'il en soit, et dans son principe, rien n'interdit une extension de l'application de l'alinéa 79(1)(b) Lc vers les pratiques d'exploitation qui ont pour effet d'exclure ou de mettre au pas un concurrent telle la pratique de prix excessif. Le Tribunal pourrait se prononcer à l'avenir sur cette question qui nécessitera certainement une appréciation de sa preuve qui, en cette circonstance, peut être circonstancielle ou objective.

## **1.2. L'établissement de l'agissement anticoncurrentiel : l'admission de la preuve circonstancielle ou objective**

En principe, la nature du comportement, son objet et son but sont les principaux éléments à considérer pour déterminer si un agissement revêt le caractère anticoncurrentiel requis par l'alinéa 79(1)(b) Lc. Ainsi, seuls les *facteurs* tendant à prouver l'intention négative d'exclusion et/ou de mise au pas d'un ou des concurrents semblent pertinents pour déterminer la nature anticoncurrentielle de l'agissement. L'étude sommaire de l'affaire *Tuyauteries Canada* permet d'illustrer l'importance de circonscrire les éléments pertinents tendant à établir l'existence ou non d'une intention négative sur un concurrent.

L'entreprise Tuyauteries Canada Ltée pratiquait une politique commerciale selon laquelle des rabais et des escomptes sur achats sont consentis à ses distributeurs qui acceptent de s'approvisionner exclusivement auprès de sa filiale, Bibby Ste-Croix (Bibby), pour leurs drains, renvois et événements (produits d'évacuation et de ventilation) en fonte. Ce programme d'approvisionnement des distributeurs (PDS) récompensait le distributeur-adhérent au moyen d'un escompte et de deux rabais<sup>48</sup>. L'escompte, accordé au moment de l'achat, pouvait atteindre 45% du prix annoncé et était insusceptible de récupération par Bibby, lorsque le distributeur décidait de renoncer au PDS. Les deux rabais de 7% et de 4% s'appliquaient respectivement sur le volume de produits

achetés sur une base trimestrielle et annuelle. Les distributeurs étaient libres d'adhérer au PDS ou de l'abandonner à tout moment, puisque l'abandon à la fin d'une année civile n'entraînait aucune perte de rabais.

La question qui a retenu l'attention du Tribunal était de savoir si le PDS avait un caractère anticoncurrentiel, autant par son objet et sa nature, que par son effet sur la concurrence conformément aux tests suggérés par les alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc.

Passant en revue toute sa jurisprudence antérieure, et reconnaissant le caractère délicat de la distinction entre l'acte anticoncurrentiel et l'acte légitime, le Tribunal a conclu que le PDS n'avait aucun caractère anticoncurrentiel, dans la mesure où le système mis en place par Bibby ne ferme pas l'accès au marché, d'une part, ni ne contraint les revendeurs à acheter auprès d'elle, d'autre part. À la question de savoir si le PDS a un effet d'exclusion, le Tribunal était d'avis que ce caractère est découvert en considérant, de manière primordiale, les coûts de changement de fournisseur : « l'effet anticoncurrentiel dépend des coûts de changement de fournisseur »<sup>49</sup>. Or, en l'espèce, les seuls coûts de transfert sont les ristournes auxquelles on doit renoncer pour changer de fournisseur. Le distributeur qui se retire du PDS perd la fraction de la ristourne annuelle correspondant à la période écoulée depuis le début de l'année, mais peut adhérer de nouveau au programme, aux mêmes conditions, le trimestre suivant. Malgré le caractère quelque peu fidélisant d'un tel programme, le Tribunal conclut à sa licéité en ces termes :

S'il est vrai que la structure des abattements et ristournes du PDS est une incitation à l'exclusivité, le Tribunal ne peut conclure, dans la présente espèce, que ce programme ait un effet tendant à exclure [...]. Dans la présente espèce, les consommateurs ne peuvent obtenir les ristournes et les abattements à l'achat qu'en achetant exclusivement à Bibby les produits de fonte, mais ces ristournes et abattements ne constituent qu'une incitation financière à adhérer au PDS<sup>50</sup>.

En qualifiant les rabais et ristournes liés au PDS d'incitations financières à l'exclusivité, non seulement le Tribunal reconnaît leur licéité, mais aussi leur caractère concurrentiel, dans la mesure où le point focal relatif aux coûts de changement de fournisseur ne démontre aucun effet défavorable sur la concurrence, ni aucun effet de forclusion

du marché. Le Tribunal se fonde de manière prépondérante sur la concurrence potentielle, c'est-à-dire l'accès au marché qui est resté ouvert et a validé, de ce fait, le PDS : « [l]e tribunal reconnaît que l'entrée sur le marché considéré peut être difficile, mais cette difficulté ne paraît pas être liée au PDS [...]. C'est ainsi que, malgré le PDS, de nouvelles entreprises ont pris pied sur le marché »<sup>51</sup>.

C'est ce raisonnement du Tribunal qui va être censuré en appel par la CAF. Selon cette dernière, le Tribunal a commis une erreur de droit en donnant une valeur prépondérante à l'accès au marché et, surtout, en n'ayant pas adopté les tests suggérés par l'application des alinéas 79(1)(b) (objet anticoncurrentiel) et 79(1)(c) (effet d'empêchement ou de réduction de la concurrence).

Ainsi, au titre de la détermination de l'objet anticoncurrentiel du PDS, cas qui nous préoccupe dans cette section, la CAF a reproché au Tribunal de ne pas avoir mené une analyse fondée sur la détermination de l'intention prédatrice nuisible sur les concurrents exigée par l'alinéa 79(1)(b) Lc. Cette détermination, induite de manière directe ou indirecte, est sans rapport avec les considérations relatives au lien devant exister entre le comportement litigieux et la réduction de la concurrence, d'une part, et l'effet nuisible sur les consommateurs, d'autre part. D'après la CAF, ces deux aspects sont impertinents pour appliquer l'alinéa 79(1)(b)<sup>52</sup>. La CAF a insisté sur l'importance de ne considérer, à ce titre, que les facteurs et les éléments qui établissent l'intention négative d'exclusion et/ou de mise au pas d'un concurrent, en ces termes :

À l'évidence, pour que la pratique attaquée puisse être déclarée anticoncurrentielle, il doit y avoir des éléments de preuve qui en démontrent le lien avec le facteur nécessaire qu'est l'effet négatif intentionnel sur un concurrent : il faut établir que cette pratique cause le dit effet ou, à tout le moins, y contribue. Il faut aussi établir qu'un tel effet négatif sur un concurrent constitue le « but » ou l'« objet » de la pratique en question, et il faut, à cette fin, prendre en considération et apprécier tous les facteurs pertinents<sup>53</sup>.

S'il est donc important de se concentrer sur les éléments et facteurs qui tendent à démontrer l'objectif prédateur du comportement anticoncurrentiel, une question tout aussi fondamentale concerne

la *manière* suivant laquelle sa *preuve* doit être établie. De ce point de vue, même si elle demeure fondamentale dans le cadre de l'application de l'alinéa 79(1)(b) Lc, l'exigence d'un dessein anticoncurrentiel<sup>54</sup>, se manifestant par un effet d'exclusion ou de mise à pas d'un concurrent, ne signifie nullement l'établissement d'une preuve directe de l'intention subjective. La CAF a, à la suite du Tribunal, limité la portée de l'intention prédatrice en décidant, à bon droit, que le dessein anticoncurrentiel n'a pas à être prouvé directement par une intention subjective. Il suffit, à cet effet, d'établir cette intention anticoncurrentielle par le recours indirect à la preuve par induction ou déduction des circonstances de la cause, notamment, par l'appréciation des effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question<sup>55</sup>.

Compte tenu de la difficulté de recourir, dans le domaine des affaires, à la preuve directe de l'intention subjective en raison des obstacles liés à l'accès aux documents internes établissant cet élément, sous formes de déclarations verbales ou écrites du personnel de direction d'une entreprise. Il est alors plus loisible d'utiliser, dans ce contexte spécifique, la preuve indirecte fondée sur la présomption de la connaissance des effets et conséquences raisonnablement prévisibles du comportement. Autrement dit, la preuve de l'intention prédatrice d'exclusion ou de mise au pas d'un concurrent peut être faite de manière *objective* en se fondant sur les conséquences prévisibles du comportement en cause, par induction ou déduction. Dans *Laidlaw*, le Tribunal avait déjà statué de manière non équivoque en ce sens, en ces termes :

La démonstration de l'intention subjective [...] ne s'impose pas, afin de conclure qu'il y a eu pratique d'agissements anticoncurrentiels. Démontrer qu'il y a eu intention subjective est souvent presque impossible lorsqu'on a affaire à de grandes entreprises, à moins de disposer d'éléments de preuve péremptoires [...]. L'article 79 de la loi prévoit et des poursuites et des redressements au civil. Dans ce contexte, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'individus, ils sont réputés avoir eu l'intention de tirer profit des effets découlant de leurs agissements<sup>56</sup>.

D'ailleurs, dans le domaine antitrust, l'utilisation d'éléments objectifs fondés sur la présomption de la connaissance des conséquences raisonnablement prévisibles du comportement pour établir un élément subjectif comme l'intention anticoncurrentielle n'est pas nouvelle et est bien connue en droit canadien depuis l'affaire *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>57</sup>. Dans

cette affaire, la Cour suprême avait décidé que l'élément intentionnel (*mens rea*, dans ce contexte) requis par l'ancien article 45 Lc comporte deux éléments : un élément subjectif qui est l'intention des parties de conclure l'accord et leur connaissance de ses modalités, et un élément objectif, constitué par l'intention de réduire indûment la concurrence, qui est déduit des circonstances de la cause. À cet égard, la Cour suprême pose la présomption de la connaissance des conséquences prévisibles d'un comportement applicable aux gens d'affaires : « l'accusé savait ou aurait dû savoir, en tant qu'homme ou femme d'affaires raisonnable, que c'était là l'effet vraisemblable de l'accord »<sup>58</sup>.

Même si la comparaison semble extensive, puisque la disposition sur l'abus de position dominante est une disposition de nature civile « révisable » devant le Tribunal et qu'elle ne comporte pas, en tant que telle, une exigence relative à la *mens rea*, il n'en demeure pas moins que l'application de la notion d'agissement anticoncurrentiel est assujettie à la constatation d'un élément intentionnel qui peut être prouvé directement de manière subjective ou indirectement par induction ou déduction objective.

### 1.3. La justification de l'acte : l'objet pro concurrentiel prépondérant et crédible

Un comportement constitue un agissement anticoncurrentiel s'il vise à exclure ou à mettre au pas un concurrent, d'une part, et s'il n'est aucunement sous-tendu par une justification objective, crédible et prépondérante, d'autre part. De ce fait, un comportement ayant pour objet prépondérant d'améliorer les moyens de production et de distribution de l'entreprise ne serait pas anticoncurrentiel, même s'il a pour effet *incident* d'exclure un concurrent dans la mesure où son objet est de manière crédible et prépondérante pro concurrentiel. Si le principe de la justification commerciale valide est largement accepté, toute la difficulté sied cependant dans la *manière* par laquelle les arguments relatifs à la poursuite d'objectifs opérationnels légitimes doivent être pris en considération dans la détermination d'un agissement anticoncurrentiel allégué. Cette section répond à cette problématique en définissant d'abord le cadre normatif dans lequel s'inscrit toute argumentation relative à l'existence d'une justification économique. Ensuite, l'étendue de cette justification, c'est-à-dire le poids qu'elle doit occuper dans le cadre de cette appréciation, est étudiée en questionnant l'exigence de



sa *prépondérance*. Enfin, les caractéristiques principales tenant au lien de causalité et à la crédibilité d'une telle justification seront abordées.

De prime abord, il est important de rappeler le cadre normatif dans lequel tout argument relatif à une justification économique ou opérationnelle est pris en considération pour l'application du droit de l'abus de position dominante. L'appréciation de toute allégation relative à l'existence d'une éventuelle justification légitime doit se faire lorsqu'il s'agit de déterminer si l'acte a un objet anticoncurrentiel, c'est-à-dire sous l'exigence posée par l'alinéa 79(1)(b) Lc. En effet, la justification commerciale a trait à l'objet de l'acte et non à son effet sur le marché ou la concurrence. Dès lors qu'il est démontré que l'acte est motivé de manière prépondérante par des considérations économiques ou commerciales, l'exigence d'un effet négatif sur un concurrent fait alors défaut. En conséquence, l'acte est réputé valide, sans besoin d'entrevoir son effet sur le marché en ce qu'il repose sur des éléments tenant à l'efficience, à la performance économique, à la nécessité objective ou à la légitimité commerciale. La CAF a très bien rappelé ce cadre normatif dans l'affaire *Tuyauteries Canada*. Dans cette affaire, alors que le Tribunal, en première instance, avait admis la justification commerciale du PDS, parce qu'un tel programme permettait supposément à l'entreprise de fabriquer et de fournir une gamme complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte<sup>59</sup>. La CAF a tracé le cadre juridique dans lequel il faut prendre en compte tout argument relatif à une justification commerciale valide. Elle mentionne que ce cadre est constitué par l'alinéa 79(1)(b), c'est-à-dire pendant la détermination de l'objet anticoncurrentiel de l'acte en cause : « [l]a justification commerciale d'une pratique attaquée ne peut être prise en considération que, dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu'exige l'alinéa 79(1)(b), soit celle du point de savoir si le comportement attaqué avait pour but un effet négatif sur un concurrent »<sup>60</sup>.

Dans cet exercice de détermination de l'objet anticoncurrentiel de l'acte, il est tout aussi important de préciser que les allégations ayant trait à l'existence d'une justification économique sont considérées en tant que facteurs pertinents. Autrement dit, les éléments qui touchent à l'existence d'une justification sont intégrés dans l'analyse globale de la détermination de la nature anticoncurrentielle de l'agissement selon l'alinéa 79(1)(b) Lc. Dans cette perspective, ils ne constituent pas un

moyen de défense autonome permettant de juguler l'effet négatif sur un concurrent, comme c'est le cas pour l'article 96 et le paragraphe 90.1(4) Lc<sup>61</sup>. Ils jouent plutôt un rôle d'atténuateur de cet effet, car s'ils s'avèrent consistants, l'acte est purement et simplement déclaré valide. Cette précision est fondamentale car la prise en compte d'arguments relatifs à une justification commerciale valide dans l'appréciation d'un abus de position dominante a une portée restreinte et ne saurait occuper une place autonome de nature à servir de contrepartie à l'effet anticoncurrentiel déjà constaté<sup>62</sup>. La méthode intégrative commande cette logique restreinte. En effet selon cette méthode dite intégrative qui s'applique à l'interprétation de l'alinéa 79(1)(b) Lc, les arguments d'efficience sont pris en compte *a priori* dans l'appréciation même de l'objet du comportement litigieux. De ce fait, s'ils sont déterminants et décisifs, l'acte en cause est déclaré être fondé sur une justification commerciale valide.

Il va sans dire alors que, même si les arguments relatifs à l'existence d'une justification valide ne constituent pas un moyen de défense autonome, ils doivent néanmoins occuper une place prépondérante dans l'objet du comportement afin de pouvoir lui servir de légitimation économique. En d'autres termes, ils doivent être « une autre façon d'expliquer l'objectif prépondérant du comportement en question »<sup>63</sup> et ainsi « *l'emporter* sur l'intention réputée découlant des effets négatifs, réels ou prévisibles, du comportement attaqué sur les concurrents, en démontrant que ces effets anticoncurrentiels ne sont pas, en fait, le but prédominant de ce comportement »<sup>64</sup>. Le critère de la prépondérance est rencontré et satisfait, dans ce contexte, si la justification économique *contrebalance* ou *neutralise* les éléments de preuve tendant à établir l'existence d'un but anticoncurrentiel<sup>65</sup>. Ainsi, la justification est valide lorsqu'elle revêt une ampleur qui serve de contrepoids crédible à toute allégation d'exclusion ou de mise au pas d'un concurrent. Il ne fait nul doute que l'analyse du critère de prépondérance fait appel aux techniques comparatives de la « méthode contrefactuelle » qui suppose une comparaison entre deux situations hypothétiques mettant en cause la présence et l'absence de la prétendue justification légitime<sup>66</sup>.

Une justification commerciale valide est généralement fondée sur l'efficience économique ou un motif proconcurrentiel, tel un rendement concurrentiel supérieur. Elle peut couvrir une gamme complète et hétérogène d'éléments relatifs à l'efficience et à la légitimité

économique de l'acte. Comme le rappelle la CAF, « pour être pertinente dans le contexte de l'alinéa 79(1)(b), la justification commerciale doit être une raison fondée sur l'efficacité ou un motif proconcurrentiel 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 »<sup>67</sup>.

En pratique, il peut exister au moins trois types de justifications commerciales valides : une justification relative à la nécessité objective de l'acte; une justification qui a trait à l'alignement sur les prix des concurrents (*meeting competition defence*) et enfin une justification fondée sur l'existence de gains d'efficacité économique ou de l'avantage au consommateur.

La nécessité objective de l'acte renvoie à son caractère indispensable. Il doit être établi que, sans l'acte, l'entreprise ne peut pas objectivement poursuivre ses activités: « [s]uch necessity must be based on objective factors that apply in general for all undertakings in the market. On the basis of these factors the dominant company must be able to show that without the conduct the products concerned cannot or will not be produced or distributed in that market »<sup>68</sup>. Des considérations, ayant trait à la légitimité par nature ou par objet de l'acte, peuvent aussi expliquer son caractère indispensable et nécessaire.

L'alignement sur les prix des concurrents obéit aussi à une logique de loyauté de la concurrence. Le test de proportionnalité qu'il implique pose trois conditions complémentaires : le caractère raisonnable, indispensable et proportionné du comportement qui fonde une baisse des prix sur le seuil des prix fixés par les concurrents. Cette justification commerciale est applicable seulement aux abus en matière de prix comme, par exemple, le prix prédateur. Dans ce dernier cas, il faut préciser que la justification est recevable uniquement lorsque le prix est supérieur ou égal au coût évitable moyen.

Enfin, la dernière catégorie de justification commerciale valide concerne les allégations relatives à l'existence de gains en efficacité qui sont évalués dans la perspective de savoir s'ils sont de nature à valider l'acte *ex ante*; autrement dit, il est question de savoir si les gains sont suffisants pour contrebalancer l'effet négatif sur un concurrent. Ainsi, au

titre des gains en efficacité, les autorités de contrôle retiennent seulement les économies de coût qui apportent une valeur et contribuent à la richesse de la société. Ainsi, les économies qui découlent d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou du choix des produits ne sont pas prises en considération. Trois types de gains en efficacité sont pris en compte : les gains relatifs à l'efficacité productive, les gains allocatifs et les gains dynamiques. L'efficacité productive est atteinte lorsque l'entreprise produit et/ou distribue ses biens au coût le plus bas possible en utilisant ainsi le moins de ressources possible. Les gains relatifs à l'efficacité productive couvrent une vaste gamme d'économie de coût que l'entreprise est susceptible de réaliser dans la production et la distribution de ses biens et services. Il en va ainsi des économies d'échelle, des économies de gamme, des économies de densité, des économies liées à un transfert de technologie et des économies de réseau notamment. Ils s'apprécient généralement sous forme quantitative. Et il appartient aux parties qui les allèguent de les prouver.

Cependant, ne constituent pas des gains en efficacité productive les simples économies de coût dans la production qui ne se répercutent pas sur l'ensemble des acteurs du marché, mais seulement du point de vue des parties. L'efficacité allocative vise la répartition des ressources, c'est-à-dire la manière suivant laquelle les ressources dont dispose la société sont réparties à leur utilisation la plus valorisée. Il y a efficacité d'allocation lorsque les biens ou les services correspondent en quantité et en qualité à ceux que les consommateurs désirent le plus. L'efficacité allocative porte sur le mécanisme auquel aboutit le processus économique. L'efficacité dynamique, enfin, concerne un aspect important de la concurrence : l'innovation. L'efficacité dynamique touche principalement toute amélioration de la qualité des produits, le lancement de nouveaux produits ou encore la découverte de nouveaux procédés techniques. Les gains relatifs à l'efficacité dynamique ont une répercussion directe sur la qualité de vie de la société. Ils améliorent le bien-être collectif.

Les arguments d'efficacité ou de motifs proconcurrentiels doivent enfin remplir certains caractères pour pouvoir être pris en compte et servir éventuellement de contrepoids à l'intention négative sur un concurrent alléguée. En particulier, ils doivent être crédibles et entretenir un lien direct et nécessaire avec la pratique alléguée.

Pour éviter que les parties invoquent une justification commerciale frivole, hypothétique ou utopique, il est exigé qu'elle soit fondée sur des considérations *crédibles*. Ainsi les allégations relatives à l'existence d'une justification commerciale doivent avoir une certaine force probante de nature à étayer leur crédibilité en termes de réalisation. Les parties qui invoquent de tels arguments doivent établir que l'objet proconcurrentiel de l'acte est réalisé ou réalisable. L'idée qui sous-tend une telle exigence est de s'assurer que la justification commerciale est concrète et non utopique ou abstraite. C'est en mesurant l'ampleur de l'objet anticoncurrentiel que cet élément est vérifié. Les autorités de contrôle analysent, à cet effet, la probabilité de la réalisation des gains et motifs proconcurrentiels. C'est ainsi que, dans l'affaire *Supérieur Propane*, le Tribunal de la concurrence a considéré que la description quantitative des gains allégués s'imposait aux parties<sup>69</sup>. Il en est ainsi de la récente affaire *Tervita* dans laquelle la CAF rappelle que l'établissement des gains en efficience doit reposer sur une norme qui soit la plus objective possible<sup>70</sup>. C'est pourquoi autant la preuve quantitative que qualitative devrait prévaloir quand il s'agit d'établir le caractère crédible des allégations concernant l'efficience et les motifs proconcurrentiels. Le Bureau rappelle, à bon escient, dans ses dernières *Lignes directrices* que : « [d]ans son évaluation de l'objectif prépondérant d'une pratique anticoncurrentielle alléguée, [il] doit examiner la crédibilité de tout objectif de gains en efficience ou de tout motif proconcurrentiel avancé par les entreprises visées par les allégations d'abus de position dominante, la relation des objectifs opérationnels avec la pratique anticoncurrentielle alléguée, et la probabilité que ces objectifs se concrétisent »<sup>71</sup>.

Concrètement, quelle que soit la catégorie de gains en efficience en cause, la charge de la preuve pèse sur les parties, comme l'a clairement confirmé la CAF dans l'affaire *Supérieur Propane*<sup>72</sup>. C'est ainsi que pour se prévaloir de la réalité des gains en efficience escomptés, les parties peuvent généralement utiliser des documents préparés dans le cours normal des activités. Il peut s'agir de relevés comptables, par usine et par entreprise, d'études internes, de plans stratégiques, de plans d'intégration, d'études de conseillers en gestion et d'autres données disponibles.

Les gains d'efficience ou les motifs proconcurrentiels allégués doivent, en dernier lieu, être nécessaires et entretenir un lien direct

avec le comportement litigieux. Cela signifie qu'il devrait exister un lien de causalité clair et direct entre les motifs d'efficacité invoqués et le comportement suspecté d'être anticoncurrentiel. Pour déterminer ce lien de causalité direct et nécessaire, il faut se demander s'il existe des moyens alternatifs plus souples et moins restrictifs que le comportement litigieux pour réaliser les motifs proconcurrentiels et gains allégués. Si la réponse est positive, alors on considère qu'il n'y a pas de lien direct et nécessaire entre l'efficacité alléguée et le comportement en cause. Dans ce cas, la justification commerciale n'est pas jugée valide. En revanche, si la réponse est négative, c'est-à-dire que sans le comportement en cause, la réalisation des efficacités serait lourdement compromise ou impossible, le lien direct et nécessaire entre la justification commerciale et la pratique litigieuse est établi à suffisance, ce qui autorise à considérer ces justifications comme valides. La CAF a reproché au Tribunal, dans l'affaire *Tuyauteries Canada*, de ne pas s'être livré à l'examen du lien direct et nécessaire qui doit exister entre la justification commerciale et le comportement prétendument anticoncurrentiel : « [d]ans la présente espèce, l'exposé des motifs du Tribunal n'établit pas l'existence du *lien nécessaire*, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donne donc pas une explication légitime, non liée à un but anticoncurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. À défaut d'un tel lien, l'intérêt propre reste la seule justification du PDS qui soit attribuable à l'intimée pour l'application de l'alinéa 79(1)b) »<sup>73</sup>.

## 2. L'effet restrictif de l'acte, l'empêchement ou la diminution de la concurrence

Il ne suffit pas simplement de démontrer un dessein anticoncurrentiel, il faut, en plus, prouver que le comportement a, ou aura, vraisemblablement pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence. En d'autres termes, il faut établir que le comportement a un effet restrictif sur la *concurrence*. Cette exigence trouve son fondement légal dans l'alinéa 79(1)(c) Lc, qui dispose que « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Cette disposition pose un test mesurant le degré d'empêchement ou de diminution de la concurrence du comportement qui doit être sensible. Il s'apparente au test posé par l'article 92 Lc portant sur les fusions et pour lequel la CAF vient de rendre un important arrêt dans l'affaire *Tervita*<sup>74</sup>. En ce qui concerne,

cependant, l'analyse et l'interprétation du critère légal posé par l'alinéa 79(1)(c) Lc qui nous occuperont dans cette section, l'arrêt référence et incontournable demeure, à ce jour, l'affaire *Tuyauteries Canada*.

Cette seconde partie de l'étude aborde spécifiquement la question de la détermination du test légal approprié pour appliquer l'alinéa 79(1) (c). Cette question ne peut néanmoins être traitée de manière isolée, sans tenir compte du contexte normatif et téléologique dans lequel elle s'insère. Dans cet ordre d'idées, il est essentiel d'envisager, dans un premier temps, l'approche générale fondée sur la restriction sensible de la concurrence qu'exige cette disposition (2.1.), avant d'en venir à l'approche spécifique et pragmatique qui utilise un faisceau d'indices (2.2.).

### **2.1. L'approche générale fondée sur la restriction sensible de la concurrence**

Le critère fondé sur la restriction sensible de la concurrence a remplacé, en 1986, celui de la réduction de la concurrence au *détriment du public*. Il n'est pas inutile de rappeler que le contrôle des monopoles et des fusions reposait, sous l'ancien droit, sur le critère de la réduction de la concurrence faite au détriment du public. La Cour suprême avait décidé dans l'arrêt *Irving*<sup>75</sup> que pour remplir ce critère, la Couronne devait démontrer, non seulement la réduction de la concurrence, mais également que le comportement est « de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public »<sup>76</sup>. Dans cette affaire, comme l'acquisition de cinq quotidiens de langue anglaise par l'entreprise *Irving*, dans le Nouveau-Brunswick, ne remettait pas en cause la liberté de la presse, la Cour en conclut, alors, que la fusion n'allait pas à l'encontre de l'intérêt public. Cette interprétation atypique allait alourdir fortement la preuve et rendre difficile une condamnation, d'autant plus que la preuve devait être établie hors de tout doute raisonnable selon la norme probatoire du régime pénal alors en vigueur à cette époque. La réforme de 1986 fut une belle occasion pour abandonner ce critère en faveur d'un critère concurrentiel fondé essentiellement sur la diminution ou l'empêchement de la concurrence.

### 2.1.1. L'empêchement ou la diminution de la concurrence

La Lc a prévu le critère de la diminution ou de l'empêchement sensible de la concurrence, dans le cadre de la régulation du comportement des entreprises en position dominante et des fusions<sup>77</sup>. Comme déjà énoncé ci-dessus, l'alinéa 79(1)(c) Lc assujettit à la constatation d'un abus de position dominante la démonstration que « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Dès lors, un comportement n'est interdit que dans la mesure où il a pour effet de réduire sensiblement la concurrence.

Un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence résulte d'un comportement ayant vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité de l'entreprise d'exercer, unilatéralement ou en coordination avec d'autres, une plus grande puissance commerciale ou un plus grand pouvoir de marché. Il est largement reconnu que le pouvoir de marché est l'aptitude d'une entreprise donnée à augmenter les prix à un niveau supraconcurrentiel, avec profit et dans une certaine durée. Ainsi est abusif l'acte ou le comportement qui engendre, maintient ou renforce un pouvoir de marché. Un tel acte est considéré comme restrictif de concurrence et peut donner lieu à une ordonnance et/ou une SAP du Tribunal.

Le critère de la restriction sensible de la concurrence posé par l'alinéa 79(1)(c) Lc s'apprécie alors à l'aune de l'exercice d'un pouvoir de marché. Il peut néanmoins revêtir deux aspects : soit l'empêchement, soit la diminution de la concurrence. Une nuance existe entre ces deux versants de la restriction sensible de la concurrence dans la mesure où la diminution de la concurrence entrave la concurrence existante ou réelle, alors que l'empêchement de la concurrence s'apprécie de manière plus prospective par rapport à la concurrence potentielle ou éventuelle qui est, de ce fait, amoindrie. La concurrence est ainsi diminuée lorsque le comportement permet à l'entreprise d'amoindrir l'émulation réelle et actuelle au sein du marché pertinent. Elle est, en revanche, empêchée dans les cas où l'acte permet d'entraver l'accroissement de la concurrence : le comportement prévient la concurrence qui, à défaut, allait se développer.

Dans une approche basée sur les effets de l'acte plutôt que sa forme,



la jurisprudence prend principalement en considération « l'incidence [...] sur le marché pertinent »<sup>78</sup>. Dans cet exercice difficile, et privilégiant le pragmatisme et la casuistique, elle n'était pas encore parvenue à définir une norme ou un critère permettant de déterminer un comportement restrictif de concurrence. L'affaire *Tuyauteries Canada* juggle quelque peu ce vide en apportant, pour la première fois, des indications et éclaircissements sur la manière d'appliquer l'alinéa 79(1)(c). D'après la CAF, la norme de l'absence hypothétique (« but for » test) est appropriée pour appliquer l'alinéa 79(1)(c)<sup>79</sup>. Elle consiste à se poser la question essentielle de savoir si le marché pertinent serait substantiellement plus concurrentiel – dans le passé, le présent et éventuellement l'avenir – en l'absence du comportement litigieux<sup>80</sup>.

### 2.1.2. Une appréciation relative, comparative et téléologique

L'appréciation de la restriction sensible de concurrence requiert, dans ce contexte, une méthodologie relative qui compare deux situations mettant en parallèle l'hypothèse d'une absence et d'une présence de l'acte posé par l'entreprise dominante. L'appréciation doit d'abord être *relative* et non absolue : il ne s'agit pas de « se demander si les marchés pertinents atteindraient ou ont atteint un niveau déterminé de concurrence en l'absence de la pratique attaquée, ou si le niveau de concurrence observé sur le marché tel qu'il est déterminé par la présence de cette pratique est 'suffisamment élevé' ou acceptable pour d'autres»<sup>81</sup>. L'appréciation suppose une méthodologie comparative<sup>82</sup> entre, d'une part, le degré de concurrence sur le marché pertinent en *présence* de la pratique en cause, et, d'autre part, le degré d'émulation, en l'absence de la pratique litigieuse. Cette comparaison concourt à déterminer l'effet abusif du comportement. Selon la Cour :

Pour mener à bien l'examen que dicte le libellé de l'alinéa 79(1)(c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l'absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu'elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l'avenir. Ce n'est que par cette approche comparative que le Tribunal peut établir, comme la disposition applicable l'exige, si la pratique attaquée « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence»<sup>83</sup>.

Ensuite, et il s'agit du point le plus important ici, au titre de la détermination de l'empêchement ou de la réduction de la concurrence, le Tribunal a commis une erreur de droit en se fondant exclusivement sur l'analyse de l'accès au marché. Selon la Cour, le Tribunal ne s'est pas posé la bonne question suggérée par le test de l'absence hypothétique que comporte l'alinéa 79(1)(c) Lc. Le Tribunal aurait dû procéder à une analyse comparative entre, d'une part, les conditions de concurrence du marché en présence du PDS et, d'autre part, les conditions de concurrence en l'absence du PDS; ce qui l'aurait conduit à déduire si le programme de fidélité a eu, a, ou aura, pour conséquence, de réduire ou d'empêcher la concurrence dans le marché de la distribution des produits d'évacuation en fonte. La seule référence à l'entrée de concurrents sur le marché, alors même que le PDS est présent, ne suffit pas, à lui seul, pour conclure à la validité concurrentielle du PDS<sup>84</sup>.

L'application du critère de l'absence hypothétique appelle, en conséquence, la confection d'un modèle des réalités du marché en présence et en l'absence de la pratique litigieuse<sup>85</sup>. Elle appelle un cadre analytique complexe fondé le modèle des *tests contrefactuels* (counterfactual tests) qui évalue et estime de manière comparative la situation passée, actuelle ou future en l'absence de la pratique litigieuse<sup>86</sup>. Comme le constate un auteur, « [a] counterfactual is, literally speaking, the opposite of the factual. In analytical terms, it is what will, or is likely to, happen in the absence of the some actual or likely occurrence »<sup>87</sup>. La pertinence de cette méthode « contrefactuelle » pour mesurer l'effet de diminution et d'empêchement de la concurrence a été récemment réaffirmée la CAF dans l'affaire *Tervita* en approuvant, sur ce point, l'analyse menée par le Tribunal, en première instance, dans une affaire de fusion :

In determining whether competition is likely to be prevented, the Tribunal assesses whether a merger is more likely than not to maintain the ability of the merged entity to exercise greater market power than in the absence of the merger, acting alone or interdependently with one or more rival. This is a form of “but for” analysis. In the case at hand, this requires comparing a world in which Tervita owns the relevant secure landfills (Silverberry, Northern Rockies and Babkirk) with a world in which Babkirk is independently operated as a secure landfill.<sup>88</sup>

Malgré les difficultés de preuve liées à l'établissement de marchés

hypothétiques en raison notamment de l'indisponibilité de données économiques fiables, le test de l'absence hypothétique constitue la norme juridique la plus utilisée pour déterminer l'effet d'empêchement ou de diminution de la concurrence requis par l'alinéa 79(1)(c) Lc depuis *Tuyauteries Canada*. Le Bureau de la concurrence confirme qu'il utilise cette norme pour apprécier le caractère abusif des comportements des entreprises dominantes au titre de l'article 79 Lc<sup>89</sup>.

L'appréciation de l'effet restrictif de concurrence d'un comportement d'une entreprise dominante doit s'inscrire dans un cadre temporel qui revêt trois dimensions : le passé, le présent et l'avenir : « l'effet sur la concurrence doit être évalué par rapport aux trois divisions du temps : il faut prendre en considération l'effet réel dans le passé et dans le présent, et l'effet vraisemblable dans l'avenir »<sup>90</sup>. Il faut préciser néanmoins qu'à la différence du droit des fusions qui met l'accent sur une perspective prospective, l'appréciation d'un comportement unilatéral d'une entreprise dominante insiste davantage sur la dimension rétrospective et présente sans pour autant ignorer l'évolution future du marché notamment dans les industries technologiques à forte innovation<sup>91</sup>.

Le critère à la base de la norme de la diminution ou de l'empêchement de la concurrence doit également être appliqué de manière téléologique en considération des différents objectifs établis à l'article 1.1 Lc. La CAF l'a clairement énoncé de cette façon dans *Tuyauteries Canada* : « [p]our l'application de l'alinéa 79(1)(c), le Tribunal doit s'assurer, avant d'entreprendre son analyse, pour établir si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, que la méthode choisie pour appliquer le critère de l'« absence hypothétique » reflète bien les objets ou objectifs multiples énoncés à l'article 1.1. Tous ces objets doivent trouver leur expression dans la méthode qu'adoptera le Tribunal en vue d'établir, sous le régime de l'alinéa 79(1)(c), si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement »<sup>92</sup>. De plus, le critère de l'absence hypothétique devrait aussi prendre en compte les objectifs particuliers reconnus à la disposition de l'abus de position dominante.

L'article 1.1. Lc s'énonce comme suit :

La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'ef-

ficienne 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.

Cette disposition d'objet influence l'interprétation de toutes les autres dispositions de la Lc et notamment l'application de l'alinéa 79(1)(c), d'où son importance. De même, elle consacre de manière assez claire la conception selon laquelle la concurrence est un moyen de parvenir à des fins qui lui sont précisément assignées et non pas une fin ou une condition en soi du marché<sup>93</sup>. De fait, depuis la réforme majeure de 1986, l'article 1.1 Lc assigne quatre objectifs fondamentaux au droit canadien de la concurrence : soit la recherche de l'efficacité économique, l'amélioration de la participation canadienne aux marchés mondiaux, la participation des petites et moyennes entreprises (PME) à l'économie, de même que l'accès des consommateurs à des prix compétitifs et à un choix dans les produits. Au sens général, l'efficacité économique désigne une propriété de moyens mis en œuvre pour atteindre la maximisation de la richesse<sup>94</sup>. De manière particulière, l'efficacité économique équivaut au critère de la production de la plus grande richesse possible (maximisation de la valeur, de la production). C'est en effet seulement sous l'hypothèse selon laquelle la fin recherchée est la production de la plus grande richesse possible que l'économie permet de conclure que la concurrence est efficace.

L'objectif d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix varié semble constituer le point de rencontre de tous les autres objectifs poursuivis par la Lc. Dans cette perspective, le droit antitrust a pour vocation de promouvoir des comportements des entreprises fondés sur le mérite pour le profit ultime de la collectivité, en général, et du consommateur, en particulier. Ces comportements doivent avoir pour effet d'offrir au consommateur des prix concurrentiels, un choix varié et des produits de qualité ou de nouveaux produits. La protection des PME, qui leur donne une chance de participer à l'économie, est fondée sur l'idée de préserver la loyauté de la concurrence, la liberté économique ainsi que le renforcement de la démocratie économique. Le droit de la concurrence garantit l'accès des PME au marché en raison du rôle social important que celles-ci occupent et jouent dans l'économie<sup>95</sup>.

Tels que libellés, ces objectifs peuvent parfois entrer en conflit, ou du moins, susciter des contradictions fondamentales et fonctionnelles. En vue d'aplanir et de diluer ces conflits potentiels d'ordre téléologique, la jurisprudence indique qu'il n'y a aucune préséance d'un objectif particulier sur l'autre<sup>96</sup>, même si leur dimension économique revêt une grande importance<sup>97</sup>. En conséquence, dans le contexte particulier de la disposition de l'abus de position dominante, un critère exclusivement économique s'apparentant à celui du surplus total applicable à l'article 96 Lc serait inadéquat<sup>98</sup>. Le critère choisi devrait être plus souple pour tenir compte de tous objectifs généraux poursuivis par l'article I.1. Lc, mais aussi il nécessiterait d'intégrer les objectifs particuliers poursuivis par l'interdiction de l'abus de position dominante.

À ce propos, l'analyse des finalités législatives particulières de l'article 79 Lc révèle que les objectifs de protection du consommateur et des PME y occupent une place de choix. Les commentaires du ministre de la consommation et de la corporation, au moment de l'adoption de ce texte, sont explicites, à cet effet: « la disposition proposée sur l'abus de position dominante agira de manière à ce que les entreprises dominantes concurrencent leurs rivales au niveau de l'efficacité et non en abusant de leur position de force sur le marché. La disposition est très importante pour la protection des consommateurs, des nouveaux venus sur le marché et, en particulier, des petites entreprises »<sup>99</sup>. Comme le mentionne le Bureau dans ses *Lignes directrices*, même si cette disposition ne cherche pas à rendre égaux les concurrents, « [l']article 79 favorise des conditions dans lesquelles les entreprises se voient accorder une occasion de réussir ou d'échouer en fonction de leur capacité de faire concurrence »<sup>100</sup> et non pas sur leur capacité à exclure ou mettre au pas des concurrents. Ainsi, l'objectif de l'interdiction de l'abus de position dominante est d'inciter les entreprises dominantes à adopter des comportements tendant à développer l'efficience dans l'intérêt du consommateur. De ce fait, n'est pas considéré restrictif de concurrence le fait de s'emparer de la part de marché d'un rival en offrant un meilleur produit ou des prix moins élevés, car ces mesures profitent aux consommateurs des marchés visés<sup>101</sup>.

D'un autre côté, si la preuve de l'effet de l'acte sur les consommateurs est dans une large mesure impertinente pour l'application de l'alinéa 79(1)(b) Lc sauf « aux fins d'évaluation de la crédibilité d'une justification commerciale invoquée et de son poids »<sup>102</sup>, elle doit cependant

« être prise en considération dans le cadre de l'alinéa 79(1)(c) »<sup>103</sup>. Dans cet ordre d'idées, il serait approprié de tenir compte des répercussions négatives en termes de prix, de qualité, de choix et d'innovation du comportement. D'ailleurs l'approche spécifique fondée sur l'analyse et l'interprétation d'un faisceau d'indices tend à privilégier cette voie.

## 2.2. L'approche spécifique fondée sur un faisceau d'indices

L'approche spécifique mise en œuvre pour déterminer si un comportement empêche ou diminue la concurrence est une approche qui vise essentiellement à mesurer l'impact ou l'effet du comportement sur le marché pertinent. Elle se veut la plus holistique possible et prend en considération une multitude d'éléments et d'indices fournis par l'analyse économique et qui ont pu déjà être utilisés dans les phases antérieures de l'analyse, soit pour déterminer la position de contrôle de l'entreprise comme par exemple les barrières à l'entrée, soit pour déterminer l'objet anticoncurrentiel du comportement litigieux comme par exemple l'avantage au consommateur, en tant que facteur prépondérant qui rend crédible et objective une justification commerciale. Dans cette dernière section, nous étudierons d'abord les normes et critères possibles pour déterminer, de manière spécifique, l'effet restrictif sur la concurrence d'un comportement unilatéral adopté par une entreprise dominante afin de tenter de déterminer lesquels sont plus adaptés aux exigences normatives, jurisprudentielles et fonctionnelles de l'article 79 Lc (2.2.1.). Ensuite, nous aborderons, de manière plus pratique, l'examen des éléments transversaux pris en compte dans le cadre de cette analyse holistique (2.2.2.).

### 2.2.1. Les autres normes et critères proposés

Tout en préconisant le critère de l'absence hypothétique pour appliquer l'alinéa 79(1)(c) Lc, la jurisprudence a, par contre, laissé entendre qu'il ne s'agissait pas là du seul critère admis et, qu'en conséquence, d'autres critères pourraient s'avérer appropriés<sup>104</sup>. L'exigence essentielle étant que le critère choisi soit suffisamment souple pour permettre d'apprécier pleinement la situation de fait particulière, tout en reflétant tous les objectifs de la Lc<sup>105</sup>. D'où l'intérêt de cette subdivision qui envisage l'examen rapide des critères proposés par la doctrine pour apprécier et déterminer la restriction de concurrence d'un comportement posé par une entreprise dominante.

La logique sous-jacente consiste à définir un critère au regard duquel la pratique de l'entreprise est évaluée pour savoir si elle *diminue ou empêche la concurrence*.

Schématiquement, quatre (4) autres critères principaux ont été proposés pour mesurer l'effet restrictif de concurrence d'un acte unilatéral d'une entreprise dominante. Il s'agit des critères du sacrifice, de l'absence de sens économique, du concurrent aussi efficace et du dommage au consommateur. Nous allons aborder chacun de ces critères et envisager dans quelle mesure ils s'accordent aux exigences de l'alinéa 79(1)(c) Lc telles que dressées ci-dessus et pourraient, de ce fait, lui être applicables.

Le critère du sacrifice ou test du sacrifice<sup>106</sup> se fonde sur l'idée de renoncement à un bénéfice ou profit. Cette idée de renonciation à un avantage économique est considérée comme incompatible et contraire au mécanisme de l'économie de marché, puisqu'il est accepté que les entreprises font des affaires pour maximiser leurs profits. Ainsi, selon ce critère, est considéré comme restrictif de concurrence le comportement qui engendre des pertes à court terme.

Le test du sacrifice présente l'avantage théorique, du point de vue probatoire, de considérer les données de prix et coûts qui ne concernent que l'entreprise en cause et non pas ses concurrents. Ce qui est censé faciliter sa mise en œuvre. Il souffre néanmoins de plusieurs limites dont la plus importante est constituée par son champ d'application réduit aux pratiques de prix d'éviction. Il pourrait servir ainsi d'apprécier la pratique prévue à l'alinéa 78(1)(i) qui consiste à « vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent ». L'appréciation des pratiques de prix prédateur ou d'éviction repose aujourd'hui sur cette norme et constitue d'ailleurs son terrain de prédilection au travers de la référence du coût évitable moyen<sup>107</sup>. Ce critère serait toutefois inadéquat pour s'appliquer aux contrats d'exclusivité notamment<sup>108</sup>. Ce qui signifie qu'il ne saurait alors servir de critère général de l'alinéa 79(1)(c) qui est destiné à s'appliquer à toute pratique d'exclusion ou d'exploitation susceptible de diminuer ou d'empêcher la concurrence. En plus d'autres insuffisances que montrent les difficultés d'appréciation et de détermination des prix prédateurs, le critère du sacrifice ne rencontre pas aussi l'exigence de généralité et de souplesse que requiert la norme

de l'alinéa 79(1)(c), puisqu'il a un champ d'application confiné aux pratiques de prix d'éviction.

Le critère de l'*absence de sens économique*<sup>109</sup> constitue une extension du test du sacrifice qui est ainsi généralisé à toutes les pratiques unilatérales. Il est toujours fondé sur « le non sens » d'une renonciation économique qui n'est plus confinée aux seuls profits comptables, mais est élargie à la renonciation à toute opportunité économique. Ainsi selon ce critère, diminue ou empêche la concurrence tout comportement qui n'est pas sous-tendu par une justification économique, si ce n'est le dessein de restreindre la concurrence. « Sous ce test, le comportement est anticoncurrentiel si, mais seulement si, il n'est pas commercialement fondé ou est sans profit pour le défendeur sinon pour exclure les concurrents »<sup>110</sup>. Ce test suggère deux questions : la pratique litigieuse diminue-t-elle ou empêche-t-elle la concurrence? Si oui, cette pratique offre-t-elle malgré tout un avantage économique, à l'entreprise dominante, indépendamment de cette atteinte à la concurrence?

Même s'il s'apparente au test du sacrifice, le test de l'absence de sens économique demeure plus large que ce dernier dans la mesure où il couvre l'hypothèse plausible selon laquelle l'entreprise ne consent aucun sacrifice, mais est incapable de justifier économiquement son comportement. Le critère de l'absence de sens économique, si séduisant soit-il, du fait de sa généralité, serait toutefois insusceptible de s'appliquer à l'article 79 Lc puisqu'il confond totalement et ne distingue pas les deux tests légaux posés respectivement par les alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc. L'un des enseignements majeurs de l'affaire *Tuyauteries Canada* est qu'il faut éviter l'erreur de mener une telle confusion dans le cadre de la caractérisation de la notion d'abus de position dominante. Or, le critère de *l'absence de sens économique* semble reprendre exactement le type de raisonnement mené par le Tribunal, en première instance, et censuré en appel par la CAF<sup>111</sup>.

Le même écueil de confusion des critères légaux des alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc entrave le troisième test dit du *concurrent aussi efficace*. Selon ce test inspiré des recherches du juge et professeur Posner<sup>112</sup>, restreint la concurrence tout comportement qui tend à exclure du marché un concurrent aussi efficace que l'entreprise dominante en cause. En plus de ses limites internes qui feraient obstacle à sa mise en œuvre<sup>113</sup>, il est évident que le test du concurrent aussi efficace ne peut,



tout au plus, que répondre aux exigences de l'alinéa 79(1)(b) Lc qui se concentre sur l'effet de l'acte sur les concurrents. Il concorde en effet avec ce texte puisqu'il vise, comme ce dernier, uniquement les concurrents. Allant plus loin, ce critère ne vise que l'éviction de concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante en cause. Il ne couvre pas, de ce fait, l'exclusion de concurrents considérés moins efficaces. Mais comme l'a démontré le professeur Gavil, même l'éviction de concurrents moins efficaces, mais qui pourraient proposer des prix plus bas, peut être préjudiciable à la concurrence<sup>114</sup>. En fin de compte, si le critère du concurrent aussi efficace semble répondre à la norme prévue à l'alinéa 79(1)(b), il ne prévoit aucun élément pour appréhender l'alinéa 79(1)(c). Il ne serait pas ainsi adéquat pour caractériser la notion d'abus au sens de l'article 79 Lc.

Enfin, le dernier critère proposé et non le moindre est celui du préjudice ou dommage au consommateur<sup>115</sup>. Il s'inspire de la norme du surplus du consommateur<sup>116</sup>. Ainsi toute pratique qui a un effet réel ou potentiel d'entraver ou de restreindre l'intérêt du consommateur, en termes de prix, choix, variété, qualité et innovation des produits, est considérée comme diminuant ou empêchant la concurrence. La notion de consommateur désigne, dans ce contexte, toute personne qui répond à une offre sans jouir d'un pouvoir de marché, indifféremment de son statut professionnel ou profane<sup>117</sup>. Cette notion inclut les consommateurs au sens commun et la plupart des PME. D'abord, un tel critère semble réconcilier tous les objectifs prévus à l'article 1.1 Lc, puisque sa capacité *intégrative* lui permet de couvrir autant les paramètres relatifs à l'efficacité économique (la diminution de la production ou l'augmentation du prix des produits) que ceux ayant trait à la qualité des produits et services, un choix varié (libre choix) et le développement de nouveaux produits (innovation), ainsi que la démocratie économique (accès des PME au marché). Ensuite et surtout, il semble rencontrer les exigences des deux critères légaux énoncés dans *Tuyauteries Canada*. En effet, dans cette affaire, l'honorable juge Alice Desjardins indique clairement le rôle que devrait jouer le critère du « préjudice au consommateur » dans l'application des deux critères légaux prévus aux alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc. Si la CAF affirme que le Tribunal a erré en droit en considérant ce critère comme un élément indépendant et autonome dans le cadre de l'application de l'alinéa 79(1)(b)<sup>118</sup>, elle précise, néanmoins, que ce critère pourrait être considéré dans un double point de vue :

- 1) soit dans l'évaluation de la crédibilité et de la prépondérance d'une justification commerciale valable en tant que *simple*<sup>119</sup> élément au titre de la détermination de l'agissement anticoncurrentiel : « L'effet d'un comportement sur les consommateurs peut dans certains cas se révéler pertinent aux fins d'évaluation de la crédibilité d'une justification commerciale invoquée et de son poids »<sup>120</sup>.
  
- 2) soit dans la détermination de la diminution et de l'empêchement de la concurrence en tant que facteur : « la preuve d[u « préjudice au consommateur »] doit plutôt être prise en considération dans le cadre de l'alinéa 79(1)c »<sup>121</sup>.

Tout en étant conforme au cadre normatif posé pour caractériser l'abus de position dominante, le critère du préjudice au consommateur est suffisamment *souple* pour s'appliquer aux principales pratiques d'exclusions autant celles listées à titre indicatif à l'article 78 Lc, que celles non prévues par ce texte, qu'elles soient des actes verticaux ou des comportements horizontaux. Il est admis qu'il est particulièrement bien adapté pour les restrictions verticales. À titre illustratif, un accord de distribution sélective diminue généralement la concurrence intramarque, tout en stimulant la concurrence intermarque, c'est-à-dire la concurrence entre distributeurs de produits de différentes marques. Un accord de distribution sélective élimine le risque de parasitisme que les distributeurs investissant dans la qualité de service sont susceptibles de subir de la part de distributeurs ne supportant pas les mêmes coûts et capables de proposer des prix plus bas. Il est possible qu'un accord ayant de tels effets ne rencontre pas les exigences du critère du sacrifice (le fournisseur renonce au profit procuré par une distribution plus étendue), ni celui du critère de l'absence de sens économique (à l'exclusion de ses effets restrictifs, l'accord n'a pas de sens économique), ni le critère d'un concurrent aussi efficace (l'accord d'exclusivité induit une élimination de distributeurs concurrents aussi efficaces). Seul le test du préjudice au consommateur peut permettre de ne pas considérer comme restrictif un accord ayant de tels effets ambivalents sur la concurrence. Par conséquent, ce critère est « souple pour permettre la pleine appréciation de tous les facteurs pertinents dans la situation de fait particulière présentée et reflète les différents objectifs de la Loi »<sup>122</sup>.

Il ressort de ce bref survol des principaux critères applicables que seul le critère du *préjudice au consommateur* remplit les exigences normatives et fonctionnelles requises pour l'application des alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc, telles que considérées et interprétées dans l'affaire *Tuyauteries Canada*. Ainsi en dehors de la norme de l'*absence hypothétique* préconisée par la CAF, seul le critère de *du préjudice au consommateur* semble pouvoir jouer, dans des affaires futures, un rôle similaire.

### 2.2.2. Les critères transversaux relatifs à l'entrée et à divers facteurs

Nous avons déjà constaté qu'un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence résulte d'un comportement ayant vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter le pouvoir de marché de l'entreprise dominante. Est ainsi considéré comme restrictif de concurrence le comportement qui crée, maintient ou renforce un pouvoir de marché. Puisque le critère de la restriction sensible de la concurrence posé par l'alinéa 79(1)(c) Lc s'apprécie alors à l'aune de l'exercice d'un pouvoir de marché, il nécessite l'examen d'un ensemble de facteurs qui mesurent le degré relatif de concurrence et d'émulation dans le marché pertinent, en supposant l'absence et la présence du comportement litigieux. D'ailleurs ces facteurs peuvent jouer plusieurs rôles dans l'analyse concurrentielle, étant entendu qu'ils peuvent être considérés autant pour définir le marché, mesurer la puissance commerciale et la diminution ou l'empêchement de la concurrence. Dans cette dernière sous-section, nous n'envisageons leur rôle que dans le cadre de l'appréciation de l'effet d'empêchement ou de diminution de la concurrence prévu à l'alinéa 79(1)(c) Lc. À ce titre, nous étudierons principalement les considérations d'entrée ou barrières à l'entrée qui y occupent une place essentielle. Nous terminons cette sous-partie par l'étude sommaire les effets restrictifs sur le prix et d'autres facteurs hors-prix susceptibles d'être considérés comme des effets restrictifs de concurrence d'un comportement d'une entreprise dominante.

La concurrence peut sensiblement être diminuée ou empêchée si le marché en cause présente une structure et une dynamique qui rendent difficile, voire impossible, l'entrée et/ou l'expansion de concurrents potentiels. Ces derniers sont représentés, d'une part, par les entreprises qui ne se trouvent pas sur le marché pertinent, mais poursuivent leurs activités dans un marché connexe, et qui sont

susceptibles de réadapter leur installation, afin de pouvoir produire sur le marché pertinent<sup>123</sup>, et d'autre part, par les nouvelles entreprises qui peuvent effectuer une entrée nouvelle dans le marché pertinent<sup>124</sup>. Ainsi, la concurrence potentielle désigne la contrainte concurrentielle exercée par les entreprises absentes du marché pertinent, mais qui peuvent l'intégrer dans un temps déterminé, sans pour autant s'exposer à d'importants coûts supplémentaires. Pour apprécier cette facilité d'accès, il faut déterminer s'il existe des barrières à l'entrée, de nature à exposer, aux entrants potentiels, des obstacles ou de longs délais d'entrée.

Si l'on considère que constitue une barrière à l'entrée tout obstacle qui empêche ou retarde l'arrivée suffisante et dissuasive de concurrents potentiels sur le marché, il va sans dire que tels obstacles peuvent empêcher, mais surtout retarder ou ralentir la concurrence sur le marché. Pour déterminer ces obstacles et savoir s'ils sont de nature à empêcher ou retarder la concurrence potentielle, il faut alors analyser de manière minutieuse les conditions et caractéristiques de l'accès au marché en cause en ayant l'idée fondamentale de déterminer si ces conditions diminuent ou empêchent la concurrence : « [r]ien n'indique expressément dans cette analyse de l'entrée effective de concurrents sur les marchés de l'Ouest canadien et de l'Ontario que le Tribunal ait pris en considération le point de savoir si le PDS était la cause d'un accroissement sensible de la difficulté d'entrer sur le marché, et donc d'une diminution sensible de la concurrence »<sup>125</sup>.

Il est établi que les obstacles qui empêchent ou retardent l'entrée de concurrents potentiels trouvent leur source dans deux caractéristiques différentes, mais liées des conditions de marché : l'une ayant trait à la structure même et aux conditions de base du marché et qui forme les obstacles structurels à l'accès au marché; l'autre, relative à la stratégie des entreprises qui mettent en place de manière artificielle des comportements susceptibles d'entraver l'accès au marché : ce sont les obstacles stratégiques d'accès au marché.

Les barrières structurelles ont trait aux conditions de base de fonctionnement d'un marché déterminé. Elles procèdent de la structure et de la dynamique du marché (par exemple, la demande ou le coût de production) et échappent à l'influence stratégique des entreprises en place. Il est vrai que certaines catégories de barrières structurelles

peuvent sembler résulter du comportement des entreprises en place - par exemple les économies de gamme ou l'intégration verticale -, mais à la différence des barrières stratégiques, elles résultent du fonctionnement concurrentiel du marché et non d'un dessein de fermer l'accès au marché. Elles peuvent être de nature diverse et sont principalement composées des barrières règlementaires et surtout des avantages de coûts<sup>126</sup>. Ces derniers sont notamment composés des coûts irrécupérables<sup>127</sup> ainsi que des économies d'échelle et de gamme.

À côté des barrières à l'entrée liées à la structure concurrentielle même du marché, existent des entraves mises en œuvre artificiellement par les entreprises en place pour décourager l'arrivée de nouvelles entreprises ou rendre non rentable l'activité des entreprises nouvellement entrées sur le marché. Ces barrières à l'entrée sont donc la résultante de stratégies exécutées par les entreprises en place pour bloquer l'accès au marché en empêchant, en retardant ou en dissuadant l'entrée de concurrents potentiels. Les barrières stratégiques peuvent revêtir une multitude de forme : allant du prix d'éviction, à la création de surcapacités, à la concession de remises et rabais. De la même façon, les pratiques contractuelles de l'entreprise visant sciemment à fermer l'accès au marché peuvent aussi constituer une barrière à l'entrée. Il s'agit principalement des contrats de distribution (ou d'approvisionnement) exclusive conclus à longue durée avec des clauses renforçant la fidélité du distributeur<sup>128</sup>. Les contrats d'approvisionnement ou de distribution exclusifs ont cette particularité de pouvoir forclore l'accès au marché en mettant sous le chef de l'entreprise en place la demande disponible sur le marché. Ainsi, ils incitent à décourager l'entrée de nouvelles entreprises. Comme l'a constaté le Tribunal dans l'affaire *Supérieur Propane* « les dispositions des contrats, dont celles qui se rapportent à l'exclusivité de longue durée, au renouvellement automatique, aux frais de résiliation, au droit de premier refus et à la propriété des réservoirs, ont pour effet de hausser fortement le coût d'entrée et d'expansion, et il conclut donc qu'elles constituent une entrave à l'accès »<sup>129</sup>. Comme nous pouvons le constater, il s'agit de la plupart des pratiques visées à l'article 78 Lc.

Dans un souci de pragmatisme, les autorités de concurrence insistent davantage sur l'analyse de l'impact des conditions d'accès sur la diminution ou l'empêchement de la concurrence. C'est en ce sens que le Tribunal, dans l'affaire *Tele-Direct*, a jugé insuffisante la concurrence

potentielle des éditeurs d'annuaires de créneau, malgré un marché contestable où l'entrée n'est pas difficile. Mais, comme la présence des annuaires de créneau n'a qu'une influence négligeable sur la puissance de marché de Tele-Direct, le Tribunal a, à bon droit, minimisé cet élément en énonçant que « [l]es annuaires de créneau ou à petite aire de distribution ont, par nature, une envergure et une influence limitées. Partant, si l'accès au marché leur est facile (jusqu'à un certain point, puisque chaque nouvel arrivant doit trouver un nouveau « créneau » et que le nombre de ces créneaux est limité), l'entrée sur le marché d'annuaires de petite envergure ne limite pas la puissance commerciale de Tele-Direct »<sup>130</sup>.

Par ailleurs, les pertes d'efficience sont considérées au titre des effets diminuant ou empêchant la concurrence. Elles sont composées de tous les actes qui ont pour conséquence de réduire une des catégories d'efficience susmentionnées. En particulier, l'effet négatif sur la répartition des ressources revêt une importance particulière. En effet, l'augmentation des prix consécutive à un comportement d'une entreprise dominante entraîne généralement une baisse de la demande qui induit un report d'une partie de celle-ci vers des substituts moins adéquats. Un tel phénomène entraîne une inefficience dans l'allocation des ressources, aussi connue sous le nom de « perte sèche ». Il y a perte sèche lorsque des unités ne sont pas produites alors que des acheteurs seraient prêts à payer pour celles-ci un prix supérieur au coût marginal de production de ces unités. Dans ce contexte, il est tout aussi important de tenir compte de tous les objets prévus par l'article 1.1 Lc. À cet égard, il est fondamental de considérer autant la perte sèche subie par la collectivité que la perte de gains des consommateurs consécutive au transfert de richesse induit par l'augmentation des prix. De même, les effets hors prix résultant de la diminution de la qualité, du choix ou de l'innovation doivent être perçus comme des effets anticoncurrentiels.

### Conclusion

Au terme de cette étude, il ressort que la caractérisation de la notion d'abus de position dominante prévue aux alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc repose sur deux critères légaux distincts et cumulatifs : le premier exige de constater d'abord l'existence d'un agissement anticoncurrentiel, alors que le second nécessite la détermination de l'effet d'empêchement ou de diminution de la concurrence. Ces deux critères

légaux empruntent une approche fondée sur les effets de l'acte plutôt que sa seule forme ou nature. L'application du premier critère nécessite une recherche de l'objet de l'acte en scrutant son effet négatif intentionnel sur un ou des concurrents. Dans l'analyse de ce critère, l'entreprise intimée peut alléguer et soutenir l'existence d'une justification commerciale crédible et prépondérante pour réfuter la véracité de l'existence d'un tel effet d'exclusion ou de mise au pas d'un concurrent. L'application du deuxième critère exige la mesure et l'évaluation de l'effet de l'acte sur la concurrence en suivant un cadre méthodologique comparatif entre deux hypothèses dans lesquelles, d'une part, la pratique litigieuse est présente, et d'autre part, elle est absente. Cet exercice permet d'apprécier de manière relative l'empêchement ou la diminution de la concurrence selon le critère de l'absence hypothétique (*but for test*) qui répond aux exigences de souplesse que requiert l'application de l'alinéa 79(1)(c).

Parmi tous les autres critères proposés pour mesurer l'effet restrictif du comportement unilatéral d'une entreprise dominante, seul le critère du préjudice au consommateur semble répondre aux exigences du cadre normatif posé pour caractériser un abus au sens des alinéas 79(1)(b) et 79(1)(c) Lc. Le critère du préjudice ou dommage au consommateur pourrait donc trouver application dans de futures affaires mettant en cause la disposition sur l'abus de position dominante.

### Endnotes

<sup>1</sup> L'auteur est professeur à la faculté de droit de l'Université Laval à Québec et codirecteur du Centre d'études en droit économique (CEDE). Il remercie le Fonds de recherche du Québec, Société et Culture (FRQ-SC) et la Faculté de droit de l'Université Laval qui ont permis le financement de la recherche à la base de ce texte.

<sup>2</sup> Sur le mouvement général de convergence des droits de la concurrence, voir notamment David J Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2010 aux pp 76-117 ; Maher M Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, ch 2-7 ; Laurence Idot, « Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence », en ligne : (2012) 4 Concurrences 49321 <<http://www.concurrences.com>>. En particulier pour la disposition de l'abus de position dominante : voir Paul S Crampton, « 'Abuse' of 'Dominance' in Canada: Building on the International Experience » (2005-2006) 73 Antitrust LJ 803.

<sup>3</sup> La terminologie est, sans conteste, empruntée du droit européen de la

concurrence dont l'article 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ancien article 86 du Traité de Rome, devenu article 82 suite au Traité d'Amsterdam) prohibe l'abus de position dominante. Dans le droit antérieur, la loi interdisait, sous un régime criminel, la monopolisation, à l'image du droit américain; pour une étude sur l'évolution du droit de l'abus de position dominante : voir notamment Crampton, *supra* note 2 aux pp 843-60 ; George Addy, John Bodrug et Charles Tingley, « Abuse of Dominance in Canada: Reflections on 25 Years of Section 79 Enforcement » (2012) 25:2 *Canadian Competition Law Review* 276 aux pp 276-83; Jeffrey Church et Roger Ware, « Abuse of Dominance Under the 1986 Canadian *Competition Act* » (1998) 13 *Review of Industrial Organization* 85 ; Donald M Thompson, « Monopolization and Abuse of Dominant Position: The Unanswered Questions » dans R Syan Khemani et WT Stanbury, dir, *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherches politiques, 1991 aux pp 315-36 ; Donald M Thompson, « NutraSweet: The Evolution of Law on Abuse of Dominant Position » (1991) 18 *Can Bus LJ* 17 ; Michael Trebilcock et al, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 à la p 504 et s.

<sup>4</sup> LRC 1985, c C-34 [Lc].

<sup>5</sup> *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Tele-Direct (Publications) Inc* (1997), 73 CPR (3<sup>e</sup>) 1 au para 540 (Trib conc) [*Tele-Direct*].

<sup>6</sup> Il s'agit de la notion de contrôle du marché ou dominance. Sur ces notions, voir notamment Trebilcock et al, *supra* note 3 à la p 504 et s; Karounga Diawara, *Le contrôle de la puissance de marché : Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2011 aux pp 147-261 [Diawara, *Contrôle de la puissance de marché*].

<sup>7</sup> Lc, *supra* note 4, art 79(1)(b).

<sup>8</sup> *Ibid*, art 79(1)(c).

<sup>9</sup> Nous analyserons principalement l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale (CAF) dans l'affaire *Tuyauteries Canada : Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada*, 2006 CAF 233, [2007] 2 RCF 3 [*Tuyauteries Canada CAF*]; en appel de la décision du Tribunal : *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada* (2005), 40 CPR (4<sup>e</sup>) 453 (Trib Conc) [*Tuyauteries Canada TC*]. Le Tribunal vient de rendre son jugement dans l'affaire *Toronto Real Estate Board: Canada (Commissioner of Competition) v Toronto Real Estate Board*, 2013 Comp Trib 9 [*TREB*]. Le Commissaire de la concurrence a décidé de faire appel de cette décision devant la CAF. Compte tenu du fait que cette affaire est encore pendante devant les tribunaux, nous ne la commenterons pas spécifiquement, même si elle soulève des questions abordées dans ce texte.

<sup>10</sup> Michael Trebilcock, « Abuse of Dominance: A Critique of *Canada Pipe* » (2007) 22 *Can Comp Rec I* [Trebilcock, « Abuse of Dominance »]; Ralph A Winter, « Presidential Address: Antitrust Restrictions on Single-firm Strategies » (2009) 42 *Can J Econ* 1207 ; Addy, Bodrug et Tingley, *supra* note 3 aux pp 276-325 ; Donald G McFetridge, « Les sciences économiques et la



politique canadienne sur la concurrence » (2012) 25:2 Revue canadienne du droit de la concurrence 595 aux pp 638-45.

<sup>11</sup> Sur la difficulté de cette distinction, voir notamment *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Laidlaw Waste Systems Ltd* (1992), 40 CPR (3<sup>e</sup>) 289 à la p 295, point VI (Trib conc) [*Laidlaw*].

<sup>12</sup> Les conséquences juridiques ont trait principalement à la prévisibilité et l'intelligibilité de la norme ainsi adoptée.

<sup>13</sup> L'enjeu économique est d'établir un équilibre entre les erreurs de type I (pratiques valides sanctionnées à tort) et de type II (pratiques abusives non sanctionnées). Voir A Douglas Melamed, « Exclusionary Conduct under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal » (2005) 20:2 Berkeley Tech LJ 1247 aux pp 1247-50.

<sup>14</sup> Pour une discussion approfondie de ces questions, voir notamment et récemment Diawara, *Contrôle de la puissance de marché*, *supra* note 6 aux pp 147-261 ; George Addy, John Bodrug et Charles Tingley, *supra* note 3 aux pp 283-84, 287-88.

<sup>15</sup> Cette période « postmoderne » est marquée notamment par la réforme meure de 2009 du droit des ententes anticoncurrentielles et du droit processuel des fusions : voir Melanie L Aitken, « The 2009 Amendments to the *Competition Act*: Reflecting on their Implementation and Enforcement, and Looking Toward the Future » (2012) 25:2 Canadian Competition Law Review 659 ; Addy, Bodrug et Tingley, *supra* note 3 aux pp 293-302 ; Karounga Diawara, « 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 ; Neil Campbell et Sorcha O'Carroll, « The Americanization of Canada's Competition Act » (2009) 48 Can Bus LJ 446.

<sup>16</sup> *Lc*, *supra* note 4, art 79(3.1). En cas de récidive, la SAP peut atteindre un montant maximal de 15 millions de dollars canadiens. Élément intéressant, le paragraphe 79(3.3) mentionne que cette amende n'a pas un objectif punitif, mais sert plutôt « à encourager la personne visée par l'ordonnance à *adopter des pratiques compatibles avec les objectifs* » de l'article 79 ; la sanction aurait alors un fondement dissuasif (nos italiques).

<sup>17</sup> Tels qu'ils ont été posés par la CAF dans l'affaire *Tuyauteries Canada, Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9. Tous nos développements qui suivent épousent ce cadre normatif.

<sup>18</sup> *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c NutraSweet Co* (1990), 32 CPR (3<sup>e</sup>) 1 à la p 57 et s (Trib conc) [*NutraSweet*] ; Canada, Bureau de la concurrence, *Lignes directrices sur les dispositions sur l'abus de position dominante*, Ottawa, Industrie Canada, 2012 à la p 11 (nos soulignements).

<sup>19</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 67.

<sup>20</sup> *Ibid* au para 68.

<sup>21</sup> Eleanor Fox, « We Protect Competition, You Protect Competitors » (2003) 26:2 World Competition 149 ; Eleanor Fox, « What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect » (2002) 70 Antitrust LJ 371.

<sup>22</sup> McFetridge, *supra* note 10 à la p 645.

<sup>23</sup> Cependant, même l'entrée ou la présence d'un concurrent moins efficace peut stimuler la concurrence lorsqu'une entreprise dominante pratique des prix monopolistiques.

<sup>24</sup> Pour la description de ce processus, voir notamment Adrew I Gavil, « Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance » (2004) 72 Antitrust LJ 3.

<sup>25</sup> Il suffit juste de penser au principe de la *destruction créatrice* cher à Schumpeter. Voir Trebilcock, « Abuse of Dominance », *supra* note 10 à la p 7.

<sup>26</sup> Comme le fait remarquer le juge Hand : « the successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins », *United States v Aluminum Co of America (Alcoa)*, 148 F2d 416 (2d Cir 1945).

<sup>27</sup> Canada, Ministre de la consommation et des corporations, *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1985 à la p 26.

<sup>28</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 67.

<sup>29</sup> *Ibid* au para 77.

<sup>30</sup> *Tele-Direct*, *supra* note 5.

<sup>31</sup> *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c D & B Compagnies of Canada* (1995), 64 CPR (3<sup>e</sup>) 216 (Trib conc) [*Nielsen*].

<sup>32</sup> *Tele-Direct*, *supra* note 5 aux pp 179-80.

<sup>33</sup> *Nielsen*, *supra* note 31 à la p 259.

<sup>34</sup> *Ibid*.

<sup>35</sup> Timothy Brennan et Alan Gunderson, « 2006 in Competition Policy and Enforcement: An Economic Perspective » (2007) 22 Canadian Competition Record 77.

<sup>36</sup> En considérant la liste des agissements anticoncurrentiels énumérés à l'article 78 Lc, le Tribunal conclut, dans l'affaire *NutraSweet*, que le trait commun entre tous les actes anticoncurrentiels réside dans le dessein anticoncurrentiel poursuivi par l'auteur de l'acte qui est, soit d'exclure, soit de mettre au pas les concurrents, *NutraSweet*, *supra* note 18 à la p 65.

<sup>37</sup> Le Tribunal avait requis, pour constater le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, un lien entre le PDS (programme de distribution stockiste) et une diminution de la concurrence, *Tuyauteries Canada TC*, *supra* note 9 au para 191.

<sup>38</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 77.

<sup>39</sup> *Ibid* au para 78.

<sup>40</sup> *Ibid* au para 79.

<sup>41</sup> *NutraSweet*, *supra* note 18 à la p 65.

<sup>42</sup> *Raising rivals costs* selon la terminologie anglaise : sur cette notion, voir notamment Thomas G Krattenmaker et Steven P Salop, « Anticompetitive Exclusion: Raising Rival's Cost to Achieve Power over Price » (1986) 96 Yale LJ 209 ; Roger Ware, « Understanding Raising Rival's Costs: A Canadian Perspective » (1994) 15 Can Compet Pol'y Rec 9 ; John E Lopatka, « Raising Rivals' Costs and Alcoa: A Reply to Ware » (1994) 15 Can Compet Pol'y Rec 45

; Eric B Rasmusen, J Mark Ramseyer et John S Wiley Jr, « Naked Exclusion » (1991) 81 Am Econ Rev 1137.

<sup>43</sup> Joe S Bain, *Industrial Organization*, New York, Wiley, 1966.

<sup>44</sup> George Stigler, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968.

<sup>45</sup> Canada, Bureau de la concurrence, *supra* note 18 aux pp 12-14.

<sup>46</sup> *Ibid* à la p 13.

<sup>47</sup> *Ibid* à la p 1. En droit américain, voir l'affaire *Trinko* : *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis v Trinko LLP*, 540 US 398 à la p 879 (2004).

<sup>48</sup> Les distributeurs qui n'adhéraient pas au PDS avaient seulement droit à un escompte de 6% par rapport au prix annoncé. Ils ne recevaient aucun rabais.

<sup>49</sup> *Tuyauteries Canada TC*, *supra* note 9 au para 214.

<sup>50</sup> *Ibid* aux para 257, 258 (nos soulignements).

<sup>51</sup> *Ibid* aux para 260, 261.

<sup>52</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 aux para 59-83.

<sup>53</sup> *Ibid* au para 78.

<sup>54</sup> *Ibid* au para 67.

<sup>55</sup> *Ibid* au para 70.

<sup>56</sup> *Laidlaw*, *supra* note 11 aux p 116-17 ; en ce sens, voir aussi *NutraSweet*, *supra* note 18 aux pp 35-36.

<sup>57</sup> *R v Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606 [PAN\$].

<sup>58</sup> *Ibid* à la p 660.

<sup>59</sup> *Tuyauteries Canada TC*, *supra* note 9 au para 259.

<sup>60</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 19 au para 87 (nos soulignements).

<sup>61</sup> Voir notamment Karounga Diawara, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience » (2012) 53 C de D 257 aux pp 268-71.

<sup>62</sup> La CAF a rappelé le rôle de facteur joué par une justification commerciale valide dans le cadre de l'alinéa 79(1)(b) Lc, *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 88.

<sup>63</sup> Canada, Bureau de la concurrence, *supra* note 18 à la p 12.

<sup>64</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 87.

<sup>65</sup> *Ibid* au para 88.

<sup>66</sup> Cento Veljanovski, « Counterfactual Tests in Competition Law » (2010) 9:4 Competition Law Journal 436

<sup>67</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 73.

<sup>68</sup> PJ Loewenthal, « The Defence of 'Objective Justification' in the Application of Article 82 EC », (2005) 28:4 World Competition 455 à la p 464.

<sup>69</sup> *Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane Inc* (2001), 11 CPR (4<sup>e</sup>) 289 au para 233 [*Supérieur Propane TCI*] ; en appel, la CAF a admis que le Tribunal a, à bon droit, exigé que les gains en efficience soient quantifiés dans la mesure du possible : *Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane Inc*, 2003 CAF 53 aux para 34-38 [*Supérieur Propane CAF2*].

<sup>70</sup> *Tervita Corporation, Complete Environmental Inc and Babkirk Land Services*

*Inc v Commissioner of Competition*, 2013 FCA 28 aux para 147-52 [*Tervita*].

<sup>71</sup> Canada, Bureau de la concurrence, *supra* note 18 à la p 12.

<sup>72</sup> *Supérieur Propane TCI*, *supra* note 69 aux para 156-57.

<sup>73</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 91 (nos soulignements).

<sup>74</sup> *Tervita*, *supra* note 70.

<sup>75</sup> *R c KC Irving*, 1978 RCS 408 [*Irving*].

<sup>76</sup> *Ibid* au para 27.

<sup>77</sup> Le paragraphe 92(1) Lc dispose que le Tribunal peut rendre une ordonnance, lorsqu'il conclut qu'une fusion « empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet ». Ce critère est similaire à celui posé par l'alinéa 79(1)(c), sous réserve de la dimension temporelle et prospective qu'impose l'analyse des fusions. À ce propos, voir *Tervita*, *supra* note 70 aux para 87-101.

<sup>78</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 171 ; en ce sens voir *Nielsen*, *supra* note 31 à la p 257 ; *Laidlaw*, *supra* note 11 à la p 333 ; *NutraSweet*, *supra* note 18 à la p 34.

<sup>79</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 41.

<sup>80</sup> *Ibid* au para 38.

<sup>81</sup> *Ibid* au para 37.

<sup>82</sup> *Ibid*.

<sup>83</sup> *Ibid*.

<sup>84</sup> *Ibid* aux para 53, 55.

<sup>85</sup> *Ibid* au para 46.

<sup>86</sup> *Veljanovski*, *supra* note 66.

<sup>87</sup> *Ibid* à la p 3.

<sup>88</sup> *Tervita*, *supra* note 70 au para 85.

<sup>89</sup> Canada, Bureau de la concurrence, *supra* note 18 à la p 14.

<sup>90</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 36.

<sup>91</sup> Diawara, *Contrôle de la puissance de marché*, *supra* note 6 aux pp 62-63; 206-11.

<sup>92</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 48.

<sup>93</sup> Sur la distinction entre la concurrence-moyen et la concurrence-condition, voir Karounga Diawara, « Politique en matière de concurrence et intégration des marchés intérieurs », (2006) 1 *Review of European and Russian Affairs* 57-76.

<sup>94</sup> En ce sens, la richesse se définit comme la valeur totale de la production. Seule la valeur marchande est prise en compte par cette notion. Les productions qui ne font pas l'objet d'un échange marchand en sont exclues : Richard A Posner, « Wealth Maximization Revisited » (1985) 2 *Notre Dame JL Ethics & Pub Pol'y* 85.

<sup>95</sup> Sur la protection des PME par le droit de la concurrence et de l'importance de leur rôle social, voir Karounga Diawara, « La préservation de l'accès au marché par le droit de la concurrence: aspects fondamentaux et pratiques », dans Charlaine Bouchard, dir, *Droit des PME*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 à la p 409.

<sup>96</sup> *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Hillsdown Holdings (Canada) Ltd* (1992), 41 CPR (3<sup>e</sup>) 289; *(Canada) Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane Inc* (2001), 11 CPR (4<sup>e</sup>) 289, [2001] 3 CF 185 (CA).

<sup>97</sup> *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 aux pp 644-45; *Tervita*, *supra* note 72 aux para 155-57.

<sup>98</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 aux para 47-49.

<sup>99</sup> Canada, Ministère de la consommation et des corporations, *supra* note 27 à la p 24.

<sup>100</sup> Canada, Bureau de la concurrence, *supra* note 18 à la p 1.

<sup>101</sup> *Tele-Direct*, *supra* note 5 à la p 196.

<sup>102</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 79.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid* au para 44.

<sup>105</sup> *Ibid* aux para 47-49.

<sup>106</sup> Melamed, *supra* note 13.

<sup>107</sup> Pour plus de détails sur ce critère applicable au prix prédateur voir McFetridge, *supra* note 10, aux pp 631-38.

<sup>108</sup> Les investissements consentis en recherche et développement peuvent nécessiter que l'entreprise concède, dans un premier temps, des pertes dans le court terme afin d'obtenir des profits futurs en cas d'innovation. Pour autant, ils ne sont pas constitutifs de prix prédateurs.

<sup>109</sup> Gregory J Werden, « Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The "No Economic Sense" Test » (2006) 73:2 Antitrust LJ 413.

<sup>110</sup> Melamed, *supra* note 13 à la p 389.

<sup>111</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 83.

<sup>112</sup> Richard A Posner, *Antitrust Law*, 2<sup>e</sup> éd, Chicago, University of Chicago Press, 2001 aux pp 194-95.

<sup>113</sup> Le test du concurrent aussi efficace serait difficilement applicable car il nécessite une comparaison de coûts et prix de l'entreprise en cause avec ceux des entreprises concurrentes. Or ces éléments de preuve sont souvent pour ne pas dire toujours indisponibles.

<sup>114</sup> Le maintien sur le marché d'un concurrent moins efficace que l'entreprise en cause peut être bénéfique pour la concurrence, puisque tout en garantissant le choix du consommateur, il préserve l'entreprise en cause des avantages de la tranquillité d'esprit que confère le monopole : à ce propos, voir notamment Gavil, *supra* note 26 ; JR Hicks, « Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly » (1935) 3:1 *Econometrica* 1.

<sup>115</sup> Sur ce critère, voir notamment Diawara, *Contrôle de la puissance de marché*, *supra* note 6 à la p 263 et s ; Steven C Salop, « Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard » (2006) 73:2 Antitrust LJ 311-74.

<sup>116</sup> Sur cette notion, voir Diawara, *Contrôle de la puissance de marché*, *supra* note 6 aux pp 343-44.

<sup>117</sup> *Ibid* à la p 382.

<sup>118</sup> *Tuyauteries Canada CAF*, *supra* note 9 au para 79.

<sup>119</sup> « Pour dire les choses simplement, l'accroissement du bien-être des consommateurs ne suffit pas à lui seul à démontrer le caractère valable d'une justification commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)b). », *ibid* (nos soulignements).

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid* au para 47.

<sup>123</sup> Selon la terminologie anglaise, il s'agit des *uncommitted entrants*. Ces entreprises, qui peuvent facilement réadapter leurs installations et produire sur le marché pertinent, exercent une contrainte certaine sur le pouvoir de domination de l'entreprise déjà en place. Il en est de même des entreprises déjà présentes sur le marché pertinent qui peuvent empêcher l'exercice du pouvoir de marché de l'entreprise en cause, en augmentant leur production de façon substantielle afin d'exercer une discipline sur l'augmentation de prix livrée par l'entreprise en cause.

<sup>124</sup> Il s'agit des nouvelles entreprises qui font leur entrée *de novo* sur le marché pertinent, par opposition aux entreprises déjà présentes sur le marché pertinent ou dans un marché voisin.

<sup>125</sup> *Tuyauteries Canada CAF, supra* note 9 au para 53.

<sup>126</sup> Avantages qui font que les concurrents potentiels ne pourraient pas, soit pénétrer rapidement sur le marché, soit une fois entrés dans le marché, développer leurs activités de manière efficace à l'effet d'augmenter la concurrence.

<sup>127</sup> Les *coûts irrécupérables (sunk costs)* sont les investissements que le nouvel entrant supporte et qui ne pourront plus être recouvrés en cas de sortie. Ils désignent l'ensemble des investissements que l'entreprise consent pour entrer dans le marché et s'y développer sans pour autant pouvoir les récupérer à la cessation de l'exploitation de l'entreprise -en cas de sortie du marché-. Les dépenses de publicité, de promotion et de lancement d'un nouveau produit, les dépenses pour l'acquisition d'équipements très spécialisés, les dépenses de recrutement et de formation du personnel constituent, par exemple, des coûts irrécupérables; pour une explication détaillée de l'avantage économique que confèrent les coûts irrécupérables : Thomas Ross, « Sunk Costs and the Entry Decision » (2004) 4 *Journal of Industry Competition and Trade* 79 ; Stephen Martin, « Sunk Cost and Entry » (2002) 20 *Review of Industrial Organization* 291.

<sup>128</sup> Phillippe Aghion et Patrick Bolton, « Contracts as Barriers to Entry » (1987) 77 *Am Econ Rev* 388.

<sup>129</sup> *Supérieur Propane TCI, supra* note 69 au para 150 ; en ce sens voir aussi *Laidlaw, supra* note 11 aux pp 347-48.

<sup>130</sup> *Télé-Direct, supra* note 5 au para 244.