

PERSPECTIVE

Le Bureau de la concurrence du Canada resserre l'étau autour de l'abus de position dominante commis conjointement

L'accroissement du contrôle exercé par le Canada concorde avec la tendance internationale

Le 18 juin 2009

Le contrôle de l'abus de position dominante (monopolisation) continue de se positionner en tête de liste des priorités des organismes antitrust à travers le monde, y compris au Canada. Effectivement, le Bureau de la concurrence (« le Bureau ») a annoncé le 16 juin 2009 que la Commissaire de la concurrence a conclu une entente, avec deux compagnies de collecte d'ordures, Waste Services (CA) Inc. (« WSI ») et Waste Management of Canada Corporation (« WM »), visant à régler les problèmes que posaient les contrats utilisés par ces entreprises avec leurs clients respectifs sur l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique. Plus précisément, le Bureau reprochait à WSI et à WM de se livrer, conjointement, à un abus de position dominante en utilisant des contrats à long terme renfermant des modalités restrictives afin d'immobiliser leurs clients et ainsi exclure les concurrents.

Selon le libellé de l'entente, la Commissaire a conclu que WSI et WM, deux entreprises supposément non apparentées, « détiennent collectivement une part de marché supérieure à 80 % » et « se livrent à des pratiques anti-concurrentielles similaires ». Il est à noter que, ni le communiqué de presse publié par le Bureau ni l'entente ne précisent la part de marché respective de WSI et de WM, ou que le Bureau a mis au jour une entente entre WSI et WM concernant les faits reprochés. Cette absence de collaboration ou d'entente explicite entre WSI et WM démontre une prise de position plus agressive de la part du Bureau en matière de restriction de l'abus de position dominante exercé conjointement.

Dispositions pertinentes de la Loi sur la concurrence

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* traitant de l'abus de position dominante autorisent la Commissaire à obtenir des injonctions, certains types d'ordonnances correctrices et des sanctions pécuniaires pouvant atteindre 10 millions de dollars (pour une

première « infraction » et 15 millions de dollars en cas de condamnations subséquentes) lorsqu'une ou plusieurs personnes contrôlent majoritairement ou entièrement une catégorie ou un type d'entreprises à la grandeur du Canada ou de l'une de ses régions, que ces personnes se livrent à une pratique anti-concurrentielle et que la pratique a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. Dans ce contexte, sont jugés anti-concurrentiels les agissements qui ont pour but d'évincer, d'exclure ou de dissuader un concurrent ou une entreprise qui cherche à accéder au marché.

Bien que d'autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* prévoient expressément des mesures correctives possibles pour mettre fin à certaines pratiques d'exclusivité et de ventes liées qui sont répandues dans un marché (et qui pourraient par conséquent englober les agissements parallèles mais non coordonnés de concurrents), l'entente dénonce uniquement une violation des dispositions relatives à l'abus de position dominante.

Évolution de la position du Bureau à l'égard du contrôle de la dominance conjointe

L'entente conclue entre le Bureau et les deux entreprises de collecte d'ordures annonce un changement de position important à l'égard des questions de « dominance conjointe ». À titre d'exemple, les lignes directrices du Bureau actuellement en vigueur concernant l'application de la loi dans les cas d'abus de position dominante indiquent clairement qu'une certaine forme de coordination des agissements – allant au moins au-delà du comportement parallèle conscient – est nécessaire pour prouver le contrôle conjoint sur un marché. De plus, la seule action intentée précédemment par le Bureau dans un contexte de dominance conjointe (i.e. lorsque des parties ne pourraient, individuellement, être considérées comme ayant une position dominante) concernait L'Association Interac (un réseau de services financiers électroniques) et contestait une pratique adoptée par les membres de L'Association aux termes de conventions conclues entre eux et des règlements internes de L'Association. Les faits de l'affaire *Interac* démontraient clairement le bien fondé des allégations de contrôle conjoint du marché formulées à l'encontre des défendeurs.

La publication, plus tôt cette année, d'un projet de lignes directrices révisées concernant l'abus de position dominante et visant à remplacer les lignes directrices en vigueur laissait entrevoir le changement de cap du Bureau. Selon le projet de lignes directrices, le Bureau considérera dorénavant que les dispositions sur l'abus de position dominante de la *Loi sur la concurrence* s'appliquent dans les cas où au moins deux entreprises se livrent à des pratiques anti-concurrentielles « similaires » et détiennent « une puissance commerciale d'après leur part de marché collective, les obstacles à l'entrée ou à l'expansion et d'autres facteurs ». Il ne serait plus nécessaire de présenter une preuve de collaboration pour établir un contrôle conjoint. Si l'on se fie aux documents disponibles, le Bureau a apparemment appliqué cette nouvelle approche dans l'affaire des entreprises de collecte d'ordures.

L'entente – Interdiction de certaines modalités dans les contrats

L'entente, qui est en vigueur pour sept ans, interdit à WSI et à WM de conclure avec leurs clients des contrats contenant les modalités suivantes :

- une durée initiale de plus de deux ans;

- des options de renouvellement de plus d'un an;
- des dispositions limitant la capacité du client de refuser le renouvellement du contrat (exception faite de l'obligation de donner un préavis de 30 jours);
- un droit de premier refus en faveur de WM ou de WSI;
- l'imposition au client de dommages conventionnels supérieurs à certains montants précisés.

L'entente limite également le caractère exécutoire des contrats en vigueur qui sont incompatibles avec les principes qui précèdent, mais exclut certains types de contrats, notamment ceux qui couvrent des marchés géographiques à l'extérieur de l'île de Vancouver. L'entente a été enregistrée auprès du Tribunal de la concurrence et elle est maintenant pleinement exécutoire.

Répercussions

Jusqu'à tout récemment, les entreprises canadiennes qui ne dominaient aucun de leurs marchés – i.e. dont la part de marché était inférieure à 50% ou qui n'étaient pas le leader du marché – risquaient peu de subir une enquête du Bureau fondée sur les dispositions relatives à l'abus de position dominante à l'égard de leurs pratiques contractuelles et de la tarification unilatérale. Bien que le Tribunal de la concurrence ne se soit pas encore prononcé sur les éléments de la dominance conjointe dans le cadre d'une action contestée, les signaux récemment envoyés par le Bureau laissent entendre qu'un plus large éventail d'entreprises doit examiner l'incidence sur l'ensemble d'entre elles de pratiques, notamment contractuelles et de tarification, utilisées dans leurs secteurs respectifs. Les entreprises qui n'ont pas une bonne connaissance des pratiques de leurs concurrents pourraient avoir beaucoup de difficulté à évaluer le risque (de se livrer à des agissements anti-concurrentiels « similaires ») auquel elles sont exposées. Nous supposons que le Bureau ne prendrait action que contre des concurrents majeurs au sein d'un secteur. Nous espérons également qu'en l'absence de collaboration expresse ou tacite entre les concurrents faisant l'objet d'une enquête, la Commissaire ne rechercherait pas l'imposition de sanctions pécuniaires en plus de l'ordonnance d'interdiction ou de redressement contre les entreprises auxquelles il serait reprochée d'exercer un contrôle conjoint sur un marché donné.

Il est possible de voir la position plus agressive adoptée par le Bureau comme s'inscrivant dans un effort généralisé pour renforcer, au Canada, l'application des dispositions de la loi relatives à l'abus de position dominante. La Commissaire de la concurrence par intérim a récemment déclaré que le Bureau « envisage plusieurs causes qui posent de sérieux défis » en matière d'abus de position dominante et prévoit « être en mesure de relever certains de ces défis à la lumière des causes qui se régleront cette année ». Par ailleurs, dans le cadre d'une allocution prononcée devant l'Association du Barreau canadien, le chef de la division générale des affaires civiles du Bureau a déclaré que ce dernier envisage d'intenter des actions afin de clarifier ce qui constituerait une « diminution sensible de la concurrence » aux termes des dispositions sur l'abus de position dominante, ainsi que des actions concernant des secteurs réglementés et le refus d'accès à des installations essentielles par une entité dominante.

Les commentaires du Bureau concordent avec l'accroissement des mesures de contrôle de l'abus de position dominante prises par la Commission européenne (qui a récemment

imposé une amende record de 1,06 milliard d'euros à Intel) ainsi qu'avec les déclarations faites par le nouveau chef de la division antitrust du département de la justice des États-Unis selon lesquelles le département « poursuivra vigoureusement ces causes » (*will be aggressively pursuing such cases*). Le message provenant des autorités antitrust à travers le monde est que nous assistons à un retour en force des contrôles antitrust, en particulier à l'égard des activités unilatérales menées par des entreprises exerçant une position dominante (et, peut-être, une dominance conjointe).

[Cliquez ici](#) pour consulter le libellé de l'entente à partir du site web du Tribunal de la concurrence. (Disponible en anglais seulement)

[Cliquez ici](#) pour consulter le communiqué de presse émis par le Bureau à propos de l'entente concernant le dossier des compagnies de collecte d'ordures.

Pour obtenir de plus amples renseignements sur le sujet du présent communiqué, veuillez communiquer avec [George Addy](#), [Anita Banicevic](#), [John Bodrug](#), [Mark Katz](#), [Hillel Rosen](#) ou avec un autre membre de notre groupe de pratique du droit de la concurrence et de l'examen de l'investissement étranger à Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l. au 416.863.0900 (Toronto) ou 514.841.6400 (Montréal).

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l. compte plus de 240 avocats œuvrant tant à l'échelle nationale qu'internationale à partir de leurs bureaux de Montréal, Toronto et New York et se retrouve systématiquement au cœur des opérations commerciales et financières les plus importantes et les plus complexes pour le compte de ses clients en Amérique du Nord et à l'étranger.

Les renseignements et commentaires fournis dans le présent document sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.