



Bureau de la concurrence  
Canada

Competition Bureau  
Canada

**Ébauche du Bulletin d'information sur les dispositions en matière  
d'abus de position dominante dans l'industrie des  
télécommunications**

**BUREAU DE LA CONCURRENCE**

**Le 26 septembre 2006**

**Canada**

## **BULLETIN D'INFORMATION SUR LES DISPOSITONS EN MATIÈRE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS L'INDUSTRIE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS**

### **PARTIE 1 INTRODUCTION**

#### **1.1 Objet et portée du présent Bulletin**

L'industrie des télécommunications est en voie d'être régie par des règles d'application générale plutôt que par une réglementation sectorielle. Le présent Bulletin (le Bulletin) s'inscrit dans le cadre des efforts constants que le Bureau de la concurrence (le Bureau) déploie pour maintenir une politique en matière de mise en application de la *Loi sur la concurrence* (la Loi) qui soit transparente et prévisible. Le Bulletin décrit l'approche du Bureau en mettant en application des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la Loi)<sup>1</sup> en ce qui a trait à la conduite dans le secteur des télécommunications que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a décidé de s'abstenir de réglementer.<sup>2</sup>

Le présent Bulletin ne s'écarte en rien de l'approche de mise en application décrite dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*.<sup>3</sup> Le Bureau a élaboré le présent Bulletin, qui concerne explicitement les télécommunications, en consultation avec des membres du personnel du CRTC.<sup>4</sup>

#### **1.2 Le secteur des télécommunications au Canada**

La structure du secteur des télécommunications est complexe. Il arrive souvent que les fournisseurs de services aient besoin d'avoir accès à d'importants éléments du réseau d'un concurrent pour offrir un service de bout en bout à leurs clients. Cependant, leurs fournisseurs sont, dans bien des cas, des entreprises dont les services sont entièrement intégrés et qui sont en mesure d'offrir la même gamme de services aux mêmes clients. Au fur et à mesure que des innovations techniques sont lancées sur le marché, les entreprises trouvent des créneaux pour offrir des services ciblés, tandis que d'autres intègrent des forfaits ou offres groupées de services pour attirer la clientèle.

---

<sup>1</sup> L.R.C. 1985, ch. C-34.

<sup>2</sup> Le présent Bulletin ne vise pas à limiter la façon dont le Bureau exercera son pouvoir discrétionnaire dans une situation particulière. En dernier ressort, l'interprétation de la loi est la responsabilité des tribunaux et du Tribunal de la concurrence.

<sup>3</sup> Bureau de la concurrence, « *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence) », (Ottawa : Industrie Canada, 2001), en ligne : Bureau de la concurrence du Canada <<http://www.cb-bc.gc.ca>> [*Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*].

<sup>4</sup> Certains membres du personnel du CRTC ont été appelés à fournir leur expertise au sujet du secteur des télécommunications et des cadres de réglementation applicables. Ces personnes n'ont pas agi pour le compte des commissaires du CRTC dans ce contexte et les données qu'elles ont fournies ne lient nullement celui-ci.

Au cours des vingt dernières années, le secteur des télécommunications est passé d'un système monopolistique de fourniture de services à un secteur plus concurrentiel comportant de nombreux fournisseurs. Depuis le début des années 1980, Industrie Canada a accordé une licence à de nombreux fournisseurs de services de télécommunications sans fil fixes et mobiles et le CRTC a ouvert presque tous les marchés des télécommunications à la concurrence. De plus, le CRTC a soustrait à la réglementation économique la plupart des services de télécommunications, dont l'équipement terminal, les services interurbains, les services mobiles sans fil, les services de liaison spécialisée intercirconscriptions, l'accès Internet de détail, les services internationaux, les services de réseau étendu et certains autres services liés aux données.

Le passage d'un régime réglementé à un régime concurrentiel aura des répercussions majeures pour bon nombre de participants du secteur et obligera toutes les parties à s'adapter au cadre général de la concurrence qui découle de la Loi. Compte tenu des relations complexes qui existent au sein de l'industrie et des différents litiges liés à la concurrence que le CRTC a examinés, le Bureau pourrait être appelé à recevoir un nombre élevé de plaintes provenant de ce secteur. Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises possède une puissance commerciale, il importe d'examiner de près la conduite de cette entreprise ou de ce groupe qui peut avoir pour effet de diminuer sensiblement ou d'empêcher la concurrence, à titre d'exemple la conduite qui empêche une concurrence réelle sur un marché de la part des concurrents déjà en place ou des concurrents éventuels.

### **1.3 Les dispositions sur l'abus de position dominante**

Dans la mesure où le CRTC s'est abstenu de réglementer une conduite liée à un service ou à une catégorie de services de télécommunications, les plaintes<sup>5</sup> selon lesquelles une entreprise ayant une puissance commerciale s'est livrée ou se livre<sup>6</sup> à une pratique d'agissements anticoncurrentiels peuvent être traitées en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante qui sont énoncées aux articles 78 et 79 de la Loi.<sup>7</sup>

En vertu de la Loi, lorsque le commissaire est convaincu, à la lumière de la preuve obtenue par suite d'une enquête, que les éléments des dispositions sur l'abus de position dominante sont établis, il peut demander au Tribunal de la concurrence (le Tribunal)<sup>8</sup> de trancher la question. Seul le Tribunal peut rendre une ordonnance de mesures correctives à l'égard d'une pratique susceptible d'examen en vertu de la Partie VIII de la Loi.

---

<sup>5</sup> L'article 10 de la Loi énonce les conditions conformément auxquelles le commissaire de la concurrence (le commissaire) peut ouvrir une enquête. La mention d'une plainte au présent Bulletin devrait s'entendre de l'une ou l'autre des situations qui y sont prévues.

<sup>6</sup> Aux fins du présent Bulletin, l'utilisation du temps présent peut également s'entendre du passé et du futur, dans les cas pertinents.

<sup>7</sup> Compte tenu de son *Bulletin technique sur les activités « réglementées »* et de sa pratique antérieure, le Bureau n'examinera pas les allégations portant sur des agissements anticoncurrentiels lorsque la conduite est assujettie à la réglementation du CRTC. Bureau de la concurrence, « *Bulletin technique sur les activités "réglementées"* » (Ottawa : Industrie Canada, 2006), en direct : Bureau de la concurrence Canada <<http://www.cb-bc.gc.ca>>.

<sup>8</sup> *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.).

Le paragraphe 79(1) de la Loi énonce les trois éléments qui doivent être établis pour que le Tribunal en arrive à la conclusion qu'une entreprise (ou un groupe d'entreprises) a abusé de sa position dominante et qu'il rende une ordonnance de mesures correctives :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

Le premier élément exige la définition d'un ou de plusieurs marchés de produits pertinents (« catégorie ou espèce d'entreprises ») et d'un ou de plusieurs marchés géographiques pertinents (« à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »). Il exige également une conclusion selon laquelle une puissance commerciale ou une domination du marché existe (« une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement » le marché pertinent). Le deuxième élément exige la preuve d'une pratique<sup>9</sup> d'agissements anticoncurrentiels (c.-à-d. un acte [TRADUCTION] « ... visant à produire un effet négatif intentionnel tendant à l'éviction, à l'exclusion ou à la mise au pas »<sup>10</sup>). Quant au troisième élément, il vise à mettre l'accent sur les effets, réels ou probables, des agissements sur la concurrence, plutôt que sur les concurrents eux-mêmes. Le texte complet des articles 78 et 79 de la Loi est reproduit à l'annexe A.

#### **1.4 L'abus de position dominante dans l'industrie des télécommunications**

Pour décider s'il y a eu abus de position dominante, il convient d'accorder une attention spéciale à certaines caractéristiques de l'industrie des télécommunications qui, en général, est une industrie en réseau dont les coûts irrécupérables et les économies d'échelle, de densité et de gamme sont importants, ce qui donne à penser que certaines entreprises ont probablement des parts de marché plus élevées que ce qui serait observé normalement dans les autres industries.<sup>11</sup> L'interconnexion, tant entre les concurrents sur

---

<sup>9</sup> Une « pratique » peut s'entendre d'un acte qui, bien qu'isolé, est prolongé et systémique ou de différents agissements anticoncurrentiels séparés. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, [1990] 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.) [*NutraSweet*], à la page 59.

<sup>10</sup> *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée/Canada Pipe Company Ltd*, 2006 CAF 233, au paragraphe 77, [*Tuyauteries Canada*]. En ce qui a trait au sens des mots « effet défavorable délibéré », la Cour a formulé les commentaires suivants au paragraphe 72 de sa décision : [TRADUCTION] « Il est donc possible d'établir la nature intentionnelle de l'effet négatif sur un concurrent, directement par une preuve de l'intention subjective, ou indirectement, par renvoi aux conséquences raisonnablement prévisibles des agissements eux-mêmes et aux circonstances entourant les agissements eux-mêmes, ou les deux ».

<sup>11</sup> Une industrie en réseau est une industrie où la valeur que représente pour une personne le fait d'être reliée au réseau augmente avec le nombre de personnes qui se joignent au réseau en question. Les coûts irrécupérables sont les dépenses qu'une entreprise ne pourra recouvrer si elle quitte le marché. Des économies de densité se produisent lorsque les coûts unitaires diminuent au fur et à mesure que le volume de production augmente dans une région donnée (p. ex., une région urbaine par opposition à une région

le même marché (p. ex., le service téléphonique local) qu'entre différents marchés (p. ex., la terminaison des appels interurbains), est répandue et, à bien des égards, nécessaire à la concurrence. La définition du marché pertinent dans l'industrie des télécommunications pose plusieurs défis particuliers, parce qu'il s'agit d'une industrie dynamique qui est façonnée par une évolution technologique rapide et constante. Enfin, certains agissements sont davantage susceptibles de faire l'objet d'une plainte pour abus de position dominante dans l'industrie des télécommunications en raison de la nature du secteur<sup>12</sup>

## 1.5 Structure du présent Bulletin

Le présent Bulletin, qui s'applique aux plaintes pour abus de position dominante dans l'industrie des télécommunications, comporte sept parties et une annexe :

- la partie 2 énonce l'approche du Bureau au sujet de la définition du marché de produit et du marché géographique pertinents;
- la partie 3 énonce l'approche du Bureau aux fins de l'évaluation de la puissance commerciale;
- la partie 4 énonce l'approche du Bureau aux fins de l'évaluation de la nature anticoncurrentielle des agissements;
- la partie 5 énonce l'approche du Bureau quant à la question de savoir si une pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché;
- la partie 6 décrit les mesures dont le Tribunal peut ordonner l'adoption pour corriger une situation d'abus de position dominante;
- la partie 7 comporte des commentaires finaux;
- l'annexe A renferme le texte des articles 78 et 79 de la Loi.

## PARTIE 2 DÉFINITION DU MARCHÉ

### 2.1 Le rôle de la définition du marché dans les cas d'abus de position dominante

Tel qu'il est mentionné au paragraphe 1.3 ci-dessus, il est nécessaire de définir le marché afin d'établir le premier élément requis par le paragraphe 79(1), soit le fait qu'une ou

---

rurale). Des économies d'échelle sont réalisées lorsque le coût total moyen diminue au long d'un certain intervalle de production. Lorsque l'entreprise produit plusieurs extrants, la définition s'appliquera si la proportion de marchandises ou de services qu'elle produit demeure constante. Quant aux économies de gamme, elles sont réalisées lorsque le coût relatif à la production simultanée de deux produits est inférieur aux coûts combinés inhérents à la production séparée de ceux-ci. Ces concepts sont explorés plus à fond ci-dessous.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, les commentaires du Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications à ce sujet : Canada, *Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications – Rapport final* (Ottawa : les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006), en direct : Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications <<http://www.telecomreview.ca>> [Rapport du GECRT], aux pages 3-24 et 3-25.

plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions.

Pour définir le marché géographique pertinent ou le marché du produit pertinent, il faut généralement identifier les concurrents susceptibles de limiter la capacité d'une entreprise de hausser ses prix de façon rentable<sup>13</sup> ou de restreindre par ailleurs la concurrence. Ces concurrents se démarquent par le fait qu'ils offrent d'autres produits ou sources géographiques d'approvisionnement vers lesquels les acheteurs seraient prêts à se tourner et qu'ils seraient capables d'accepter si le prix du produit devait augmenter au-delà des niveaux concurrentiels. En pratique, la façon dont les principes relatifs à la définition du marché sont appliqués dans les cas d'abus de position dominante peut être différente de celle qui est observée dans les analyses des cas de fusion et d'abstention, car les cas d'abus de position dominante sont habituellement de nature rétrospective, tandis que les analyses des cas de fusion et d'abstention sont de nature prospective.

Aux fins de l'analyse de la concurrence, les limites d'un marché sont définies à l'aide du concept du « monopoleur hypothétique », qui vise à déterminer le plus petit groupe de produits de substitution et la plus petite région de production que l'entreprise cherchant à maximiser ses profits (le monopoleur hypothétique) doit contrôler pour avoir un incitatif à imposer une faible augmentation des prix, mais significative et non transitoire (appelée une APFSNT)<sup>14</sup> qui dépasse les niveaux concurrentiels. Les agissements anticoncurrentiels allégués permettent d'avoir une idée initiale du marché de produit et du marché géographique dans lequel la puissance commerciale peut être maintenue ou consolidée. Ils permettent également de déterminer la période au cours de laquelle l'entreprise aurait exercé cette puissance commerciale.

## 2.2 Détermination des niveaux de prix concurrentiels – Évitement du sophisme du cellophane

Dans les allégations d'abus de position dominante, une APFSNT est une augmentation des prix au-delà des niveaux *concurrentiels* plutôt qu'au-delà des prix *en vigueur*. L'utilisation du prix en vigueur<sup>15</sup> pourrait mener à des définitions trop larges des marchés de produits, car les produits qui semblent faire partie du marché d'après le prix en vigueur ne seraient pas nécessairement considérés comme des produits de substitution si les prix étaient concurrentiels. Il en va de même pour la définition du marché

---

<sup>13</sup> Sauf indication contraire, le prix comprend non seulement le prix lui-même, mais également d'autres dimensions de la concurrence, comme la production, la qualité, la variété, le service, la publicité et l'innovation. En conséquence, une hausse des prix peut également englober une diminution de ces autres dimensions non pécuniaires de la concurrence.

<sup>14</sup> Généralement, une augmentation du prix réel qui dépasse de 5 p. 100 les niveaux concurrentiels et qui dure un an est considérée comme une APFSNT. Lorsque l'élément du prix en cause est une dimension non pécuniaire de la concurrence (p. ex., la qualité, le service, etc.), une APFSNT peut s'entendre d'une diminution au-dessous des niveaux concurrentiels. Concernant les tests spécifiques en vertu de l'APFSNT, on reconnaît que les caractéristiques du marché peuvent quelques fois demander l'utilisation d'une augmentation du prix ou une période différente.

<sup>15</sup> Le prix en vigueur est le prix auquel le produit est offert aux clients sur le marché au moment de l'enquête.

géographique. Ce problème a été relevé pour la première fois dans une affaire des États-Unis concernant les producteurs de cellophane, d'où l'expression « sophisme du cellophane ».<sup>16</sup>

En raison du risque lié au sophisme du cellophane, il est nécessaire de chercher à savoir la mesure dans laquelle le prix en vigueur est différent du prix concurrentiel, le cas échéant. En conséquence, dans les cas d'allégations d'abus de position dominante, la définition du marché est une tâche beaucoup plus complexe que dans les cas d'une fusion, par exemple, parce qu'elle nécessite l'évaluation souvent difficile du niveau de prix concurrentiel. Idéalement, le Bureau entreprendrait cette évaluation en déterminant de façon approximative le niveau de prix du produit en l'absence de la pratique reprochée d'agissements anticoncurrentiels.<sup>17</sup>

Indépendamment de sa capacité de faire cette estimation dans un cas donné, le Bureau portera son attention sur les types d'éléments de preuve suivants afin d'éviter le problème du sophisme du cellophane :

- l'absence d'interchangeabilité fonctionnelle entre les produits de l'entreprise visée par l'allégation d'abus de position dominante et ceux d'autres concurrents possibles et les différences touchant la technologie et les intrants utilisés par différentes entreprises,<sup>18</sup>
- les différences quant à l'effet des chocs des coûts sur les prix;<sup>19</sup>
- les différences entre les régions quant aux produits de substitution du côté de l'offre;
- les profits supra-concurrentiels par l'entreprise visée par l'allégation d'abus de position dominante;<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Pour un exemple de la façon dont le problème du sophisme du cellophane a été reconnu au Canada, voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, [1992] 40 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.) [*Laidlaw*].

<sup>17</sup> Il convient de garder à l'esprit un certain nombre d'observations au sujet de cette estimation. D'abord, cette méthode suppose que le prix concurrentiel peut être déterminé avec précision. Si c'est le cas, la réponse à la question est immédiatement apparente sans recourir à la définition du marché. L'analyse alors menée a pour effet de définir le marché et d'évaluer simultanément les effets sur la concurrence, de sorte qu'il n'est pas nécessaire (sauf pour compléter le dossier) de décrire le marché de façon précise. En deuxième lieu, étant donné que les cas d'abus de position dominante sont habituellement traités quelque temps après les agissements anticoncurrentiels reprochés, il est parfois possible d'observer les prix et le nombre de concurrents sur le marché tant avant qu'après la conduite en cause. Lorsque des données quantitatives sont disponibles, il est possible d'évaluer de façon estimative le prix concurrentiel (cependant, étant donné que d'autres facteurs touchant le prix pourraient également avoir changé, l'estimation deviendrait inexacte dans certains cas). Lorsque aucune donnée quantitative n'est disponible, la substitution de produits observée chez les consommateurs pendant cette période peut donner des indications sur les produits et les secteurs géographiques qui ne constituent pas des proches substituts dans les cas où le prix est concurrentiel.

<sup>18</sup> Une preuve du fait que les coûts et, par conséquent, les prix des concurrents sont différents montre que les produits se trouvent probablement sur des marchés pertinents différents.

<sup>19</sup> Une preuve du fait que les chocs des coûts touchent le produit de l'entreprise visée par l'allégation d'abus de position dominante (c.-à-d. qu'ils incitent l'entreprise à modifier son prix), mais non ceux de ses rivaux (c.-à-d. qu'ils n'incitent pas les rivaux à modifier leurs prix) donne à penser que les produits de ceux-ci ne se trouvent pas sur le même marché.

- l'absence de corrélation positive des prix entre les produits de l'entreprise visée par l'allégation d'abus de position dominante et ceux de ses rivaux;
- des différences importantes entre les niveaux de prix.<sup>21</sup>

Il existe plusieurs exemples de cas où le sophisme du cellophane a été évité. Dans *Laidlaw*, le Tribunal s'est servi des pratiques commerciales habituelles observées dans d'autres régions géographiques et de l'augmentation dont les coûts feraient l'objet si le service était fourni à plus de 50 kilomètres d'un carrefour afin de définir des marchés géographiques relativement restreints en ce qui concerne la collecte des déchets commerciaux. Dans *NutraSweet*, le Tribunal a défini le marché de produit comme le marché de l'aspartame, en partie en raison des différences de prix importantes entre le Canada et les États-Unis (où l'aspartame faisait encore l'objet d'une protection par brevet), même si le groupe d'édulcorants similaires était essentiellement le même dans les deux pays.<sup>22</sup> Dans *Tuyauteries Canada*, le Tribunal s'est fondé sur des données montrant l'absence de corrélation des prix entre des produits de substitution évidents, des marges bénéficiaires élevées, des différences de prix entre les régions qui étaient imputables aux différences touchant la concurrence et des prix nationaux supérieurs aux prix des importations pour définir les marchés pertinents et pour évaluer la puissance commerciale.<sup>23</sup>

Dans le cas des marchés des télécommunications qui ont récemment été déréglementés, l'évaluation de la preuve et des données peut se révéler encore plus complexe. Ainsi, dans une analyse concernant une allégation d'abus de position dominante, le Bureau peut examiner des éléments de preuve comme les plans d'affaire et les documents et données stratégiques couvrant tant la période réglementée que la période d'abstention, mais l'interprétation de cette preuve dans le contexte des deux périodes s'avérera peut-être difficile.

### 2.3 Définition du marché de produit pertinent

Tel qu'il est mentionné à la section 2.1 ci-dessus, pour définir le marché de produit, il est nécessaire de savoir s'il existe des proches substituts du produit en cause vers lesquels les acheteurs se tourneraient en cas d'APFSNT. Dans l'affirmative, ces produits de substitution feront partie du marché de produit pertinent.

Pour savoir si des produits sont des proches substituts les uns des autres, il importe d'examiner les caractéristiques du produit en cause ainsi que la capacité et la volonté des consommateurs de passer d'un produit à l'autre.<sup>24</sup> Une preuve directe de changement de

---

<sup>20</sup> Il est habituellement très difficile d'interpréter les données de la comptabilisation des bénéfices.

<sup>21</sup> Des différences importantes entre les niveaux de prix montrent qu'il est peu probable que le produit offert à un prix plus élevé restreint le pouvoir de marché du produit offert à un prix inférieur lorsque le prix en question est concurrentiel. En conséquence, le produit offert à un prix plus élevé devrait être exclu du marché, et ce, même si les deux produits sont interchangeables sur le plan fonctionnel.

<sup>22</sup> *Supra*, note 9.

<sup>23</sup> *Supra*, note 10.

<sup>24</sup> Bureau de la concurrence, « *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* » (Ottawa : Industrie Canada, 2004), en ligne : Bureau de la concurrence Canada <<http://www.cb-bc.gc.ca>>. D'après le

comportement des consommateurs en réponse à une APFSNT (c.-à-d. des changements de prix et des changements de quantité correspondants) indiquerait que la substitution est possible.<sup>25</sup> En l'absence de preuve directe, un certain nombre de facteurs peuvent faciliter l'examen de cette question, notamment les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs et vendeurs ou d'autres participants du marché; l'utilisation finale ou l'interchangeabilité fonctionnelle des produits, les caractéristiques physiques et techniques des produits, les coûts de transfert et d'autres obstacles au commerce.<sup>26</sup>

#### **2.4 Définition du marché de produit pertinent dans l'industrie des télécommunications**

Un certain nombre de questions liées à la substituabilité des produits sont particulièrement susceptibles de se poser dans le secteur des télécommunications ou d'être pertinentes quant à cette industrie.

Ainsi, dans le cadre de l'examen d'une allégation d'abus de position dominante dont une entreprise fait preuve relativement à la fourniture de son service téléphonique résidentiel local, le Bureau évaluerait d'abord la volonté et la capacité des consommateurs de passer à d'autres services téléphoniques résidentiels locaux fournis par des technologies différentes (p. ex., la technologie de commutation de circuits, la technologie IP et les technologies sans fil) pour savoir si les services assurés par ces technologies font partie du même marché de produit. Dans le cadre de cet exercice, le Bureau se demanderait si un service téléphonique résidentiel local donné comporte des caractéristiques (p. ex., la fiabilité et la clarté) qui le différencient suffisamment des autres services locaux similaires pour rendre peu probable le transfert de ses clients à ces services par suite d'une APFSNT. Le Bureau se demanderait également si le transfert occasionne des coûts qui diminueraient l'attrait de cette solution en réponse à une APFSNT. À titre d'exemples de coûts de transfert de cette nature, mentionnons les sanctions associées à la résiliation d'un contrat existant avant son expiration, les frais de service associés au transfert à un autre fournisseur de services et le coût lié à l'obtention du nouvel équipement nécessaire

---

document du Bureau intitulé « *Fusions - Lignes directrices pour l'application de la Loi* », la définition du marché porte uniquement sur les réactions de la demande (c.-à-d. la volonté et la capacité des consommateurs de modifier leurs habitudes de consommation et de se tourner vers des concurrents existants). Les réactions de l'offre (c.-à-d. les réactions probables des concurrents « éventuels ») sont importantes au moment d'évaluer les possibilités liées à l'exercice d'un pouvoir de marché, mais ne sont pas examinées lorsqu'il est question de définir les marchés pertinents. La question de savoir si cette démarche couvre tant la définition du marché que l'évaluation des étapes du pouvoir de marché ou uniquement ce dernier aspect ne touche pas en profondeur l'analyse, puisqu'il faut tenir compte tant des concurrents existants que des concurrents éventuels avant de tirer une conclusion sur la question du pouvoir de marché. Cependant, étant donné que les renseignements concernant les réactions de la demande sont habituellement différents de ceux qui portent sur les produits de substitution offerts et qu'ils proviennent aussi de sources distinctes, le Bureau a constaté qu'il peut être utile en pratique de scinder l'analyse en deux parties, notamment lorsqu'il examine des cas touchant des industries aussi complexes que celle des télécommunications.

<sup>25</sup> *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The D&B Companies of Canada Ltd.*, [1995] 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. conc.) [*Nielsen*].

<sup>26</sup> Ces facteurs sont décrits de façon plus détaillée dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, *supra*, note 3, aux pages 11 et 12.

pour utiliser un service similaire offert par un concurrent (p. ex., un combiné de téléphone sans fil).

L'offre groupée représente un problème lié à la définition du marché qui peut être pertinent dans l'industrie des télécommunications. L'offre groupée est une offre d'un ensemble de services à un prix avantageux comparativement à celui des services individuels du forfait. Les services de communications regroupés pourraient comprendre la vidéo, l'accès Internet haute vitesse, les services sans fil, les services de téléphone locaux ou interurbains et les services locaux facultatifs. Généralement, lorsque plusieurs services de communications sont ainsi regroupés, il se peut que le marché de produit pertinent soit défini comme le groupe de services en cause. La question de savoir si l'offre groupée permet de définir le marché peut dépendre de l'importance de la différence de coût entre l'achat d'un forfait et l'achat de chaque service individuel pour les consommateurs. L'offre groupée pourrait être un marché de produit séparé si les consommateurs ne voulaient pas se tourner vers les services séparés si le prix des offres groupées augmente à cause d'une APFSNT. Si cette différence est importante, les marchés pertinents pourraient être définis en fonction des offres groupées.

Cependant, quelques services peuvent différencier l'offre groupée d'un fournisseur de services de celle d'un autre et toucher sensiblement, de ce fait, la volonté des consommateurs de passer d'une offre groupée à une autre. En pareil cas, si tous les concurrents ne peuvent offrir une offre groupée comparable, le regroupement ne peut être possible. De façon subsidiaire, dans la mesure où bon nombre de services d'offres clés dépendent simplement de l'intelligence du réseau/de la technologie et d'autres fournisseurs peuvent avoir accès au logiciel applicable à des conditions similaires afin de fournir ce service comme une partie de leur offre groupée, il est peu probable que de tels services seraient suffisants pour différencier une offre groupée d'un fournisseur de celle d'un autre. Dans ces cas, le regroupement du marché de produit tel que décrit auparavant pourrait se faire.<sup>27</sup>

## 2.5 Définition du marché géographique pertinent

En ce qui concerne la définition du marché géographique pertinent, ce qui importe, c'est la capacité et la volonté des consommateurs de passer d'un fournisseur d'un endroit à un fournisseur d'un autre endroit par suite d'une APFSNT. Le marché géographique pertinent correspond à la plus petite région à l'intérieur de laquelle un « monopoleur hypothétique » de toutes les sources d'approvisionnement que les acheteurs considèrent comme des proches substituts pourrait imposer une APFSNT.<sup>28</sup>

En l'absence de preuve directe sur les changements de comportement des consommateurs en réponse à une APFSNT, un certain nombre de facteurs peuvent permettre de

---

<sup>27</sup> Une analyse de la possibilité que l'offre groupée constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels se trouve dans la section 4.4.

<sup>28</sup> Lorsqu'une discrimination géographique par les prix existe (et que les acheteurs et les tierces parties sont incapables d'effectuer un arbitrage entre les régions à bas prix et à prix élevés), les marchés géographiques sont définis en fonction de l'emplacement de chaque groupe d'acheteurs visé.

déterminer la volonté des consommateurs de changer de fournisseur à différents endroits. Ces facteurs comprennent généralement les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs, les opinions, les stratégies et le comportement des commerçants, les frais de transfert, les frais de transport, les rapports de prix et les niveaux relatifs de prix, les itinéraires d'expédition habituels et la concurrence étrangère.<sup>29</sup>

## **2.6 La définition du marché géographique pertinent dans l'industrie des télécommunications**

Dans le cas de nombreux services de télécommunications, la prestation du service est liée à un emplacement et le nombre de possibilités concurrentielles qui s'offrent aux consommateurs peut varier selon l'endroit où ils habitent ou exploitent leur entreprise.<sup>30</sup> Dans ces situations, pour définir le marché géographique, il faut d'abord déterminer l'endroit ou les endroits où le service de télécommunications est fourni et chercher à savoir si les consommateurs passeraient à un autre fournisseur situé à un endroit différent par suite d'une APFSNT.<sup>31</sup> Ainsi, dans le cas des services de télécommunications, le Bureau définirait le marché géographique pertinent en fonction d'un endroit précis si les abonnés aux services fournis à cet endroit n'étaient pas disposés à passer aux services offerts à un autre endroit.<sup>32</sup> En résumé, une résidence ou une entreprise pourrait en théorie être définie comme un marché géographique pertinent.

Lorsque c'est approprié, le Bureau regrouperait tous les endroits offrant les mêmes possibilités concurrentielles (à l'intérieur du marché de produit) en ce qui concerne les services de télécommunications pertinents en un seul marché géographique. Dans certains cas, ce regroupement pourra découler directement d'un examen de l'emplacement géographique des réseaux et des consommateurs. Lorsque les zones desservies varient d'un réseau concurrent à l'autre (trous), il serait peut-être nécessaire d'examiner également les facteurs énumérés à la section 2.5 pour savoir si un monopoleur hypothétique imposerait une APFSNT aux clients en cause.

Après cette agrégation, il est possible de définir le marché géographique en fonction des aires de chevauchement du réseau d'une entreprise dominante et des réseaux concurrents qui offrent des services de télécommunications pertinents (c.-à-d. que, au moment de déterminer les emplacements qui offrent les mêmes possibilités concurrentielles, le Bureau englobe les concurrents possibles qui peuvent facilement offrir des services à cet

---

<sup>29</sup> Ces facteurs sont décrits de façon plus détaillée dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, supra, note 3, aux pages 12 et 13.

<sup>30</sup> C'est le cas, notamment, des services de télécommunications résidentiels locaux et de nombreux services commerciaux.

<sup>31</sup> La question de savoir si les consommateurs ont la capacité et la volonté d'acheter un service à des fournisseurs situés à d'autres endroits dépend en général des coûts de l'opération. Lorsque les coûts de l'opération sont suffisamment élevés, une analyse des réactions de la demande montre que chaque endroit sera un marché géographique pertinent, pourvu que la définition de marché de produit demeure inchangée.

<sup>32</sup> Une question clé concerne l'importance des coûts de l'opération que l'abonné engage à un endroit donné afin d'obtenir l'accès aux services à un autre endroit. À prime abord, il semble peu probable que l'abonné à un endroit annulerait le service à cet endroit et choisirait l'accès à un autre endroit par suite d'une APFSNT. Si tel est le cas, chaque endroit constituera un marché géographique pertinent et seuls les fournisseurs pouvant offrir l'accès à cet endroit feront partie du marché.

endroit). L'agrégation des marchés géographiques déterminés en fonction des possibilités concurrentielles (y compris les nouveaux venus potentiels) suffit généralement à définir des marchés géographiques qui permettent de déceler l'existence d'une puissance commerciale.<sup>33</sup>

Dans le cas des services de télécommunications qui ne sont pas liés à l'emplacement de la résidence ou de l'entreprise d'un client (p. ex., télécommunications mobiles, équipement terminal), l'analyse du marché géographique porterait immédiatement sur les facteurs décrits à la section 2.5.

### **PARTIE 3 ÉVALUATION DU POUVOIR DE MARCHÉ**

#### **3.1 Le rôle de l'évaluation du pouvoir de marché dans les cas d'abus de position dominante**

Une fois le marché pertinent défini, la prochaine étape consiste à évaluer si une entreprise ou un groupe d'entreprises exerce une domination sur ce marché (c.-à-d. si *une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement* le marché pertinent). Une entreprise dominante<sup>34</sup> (c.-à-d. une entreprise qui possède une puissance commerciale) pourra, dans une mesure importante, agir indépendamment de la mise au pas imposée par la concurrence. En conséquence, la puissance commerciale peut être définie comme la capacité d'une entreprise de faire en sorte qu'un ou plusieurs facteurs de concurrence qu'englobe le concept du prix (c.-à-d. le prix lui-même, la production, la qualité, la variété, le service, la publicité ou encore l'innovation) s'éloignent sensiblement et de manière rentable des niveaux concurrentiels pendant une période prolongée (c.-à-d. la capacité d'imposer une APFSNT). Il est ensuite nécessaire d'identifier tous les concurrents et d'évaluer la mesure dans laquelle ils restreignent effectivement ou seraient en mesure de restreindre la puissance commerciale que l'entreprise en question pourrait par ailleurs posséder.

Compte tenu de la difficulté inhérente à l'évaluation directe de la puissance commerciale (en raison de l'absence de données directes autres que le prix, les niveaux de profit et la conduite de l'entreprise en cause), le Bureau se fonde également sur certains indicateurs

---

<sup>33</sup> Ainsi, lorsqu'il a examiné le fusionnement Rogers/Microcell, le Bureau a constaté que le marché géographique était plus petit que le marché national. Le marché national a été rejeté en raison de l'existence de certaines différences entre les provinces quant au nombre de concurrents, aux offres de produits et aux prix ainsi que de l'absence d'explication convaincante montrant qu'une APFSNT n'aurait pu être imposée à l'échelle provinciale. Le Bureau ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le marché géographique aurait pu être défini de façon plus restrictive (p. ex., en fonction de certaines villes), puisqu'il a précisé que ses conclusions auraient été identiques, que le marché ait été défini au niveau provincial ou local. Il a conclu qu'il convenait d'utiliser une description globale du marché géographique (c.-à-d. les provinces).

<sup>34</sup> Sauf indication contraire, le renvoi à une entreprise s'entend également d'un groupe d'entreprises. Il se peut qu'un groupe d'entreprises non affiliées possèdent une puissance commerciale même si aucun membre du groupe n'est dominant en soi. L'évaluation de la puissance commerciale dans une situation de domination conjointe est commentée de façon plus détaillée dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante, supra*, note 3, aux pages 16 et 17.

indirects, tant qualitatifs que quantitatifs, de la puissance commerciale. Ces indicateurs comprennent les éléments suivants :

- la part de marché;
- les obstacles à l'entrée;<sup>35</sup>
- d'autres caractéristiques du marché, comme l'ampleur des changements technologiques et le pouvoir compensateur.

Chacun de ces indicateurs est commenté de façon plus détaillée ci-dessous.

### 3.2 La part de marché

La part de marché constitue un facteur important à prendre en compte pour évaluer la puissance commerciale ainsi que les obstacles à l'entrée. Le Bureau estime qu'une part élevée du marché est habituellement nécessaire, mais non suffisante pour établir l'existence d'une puissance commerciale.<sup>36</sup> Dans les affaires contestées d'abus de position dominante qui ont été entendues jusqu'à maintenant, les parts de marché des entreprises dominantes étaient très élevées, ce qui donne à penser que, dans ces situations, peu de solutions de rechange auraient existé pour les clients si l'entreprise dominante avait augmenté ses prix au-delà des niveaux concurrentiels.<sup>37</sup>

La part de marché peut être mesurée en fonction de la valeur des ventes exprimée en dollars, des unités de demande comme les minutes, les lignes ou les circuits ou de la capacité. Si les produits sur le marché sont homogènes et que toutes les entreprises opèrent à leur pleine capacité, la détermination des parts de marché d'après la valeur des ventes exprimée en dollars, les unités de demande ou la capacité devrait donner des résultats similaires. Plus les produits sont différents, plus les parts de marché déterminées d'après l'un ou l'autre de ces facteurs varieront. Le Bureau recueille donc les renseignements nécessaires pour calculer la part de marché en fonction de ces trois facteurs.

---

<sup>35</sup> Sauf indication contraire, l'entrée sur un marché s'entend à la fois de l'entrée par les nouvelles entreprises et de l'expansion par les entreprises déjà en place.

<sup>36</sup> Généralement, le Bureau poursuivra l'examen d'une affaire lorsque la part de marché de l'entreprise en cause dépasse 35 p. 100 ou, dans le cas d'une domination conjointe, lorsque la part de marché des entreprises en question dépasse 60 p. 100.

<sup>37</sup> Ainsi, dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] 73 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.) [*Télé-Direct*], le Tribunal a souligné qu'il devrait être saisi d'une preuve de [TRADUCTION] « facteurs atténuants, le plus courant étant la facilité d'accès » pour annuler une conclusion *prima facie* de contrôle fondée sur le fait que l'entreprise en cause détenait au moins 80 p. 100 des parts des marchés de services de publicité dans les annuaires téléphoniques locaux. Dans *Laidlaw*, le Tribunal a fait remarquer qu'une part de marché de moins de 50 p. 100 ne donnerait pas lieu à une conclusion *prima facie* de domination, mais cela ne signifie pas qu'il ne pourrait pas y avoir de la puissance commerciale lorsque la part de marché est inférieure à ce pourcentage.

### 3.3 Les obstacles à l'entrée

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'entreprise qui possède une part de marché importante n'exerce pas nécessairement une puissance commerciale. En l'absence d'obstacles à l'entrée, si l'entreprise qui détient une part élevée du marché tente d'exercer une puissance commerciale, elle devra probablement faire face à la venue de nouveaux concurrents ou à l'expansion de concurrents existants, de telle sorte qu'elle perdrait suffisamment de clients aux mains de ses rivaux pour comprendre qu'il n'est pas rentable de tenter d'augmenter ses prix au-delà des niveaux concurrentiels. Les obstacles à l'entrée peuvent comprendre les facteurs suivants : les économies d'échelle et coûts irrécupérables importants, les entraves réglementaires, les contrats à long terme, la maturité du marché et la réputation des fournisseurs déjà établis.

Le concurrent doit être en mesure non seulement d'entrer sur le marché, mais également d'y rester suffisamment longtemps pour recouvrer ses investissements.<sup>38</sup> L'entrée doit être rapide,<sup>39</sup> vraisemblablement rentable et suffisante pour pouvoir restreindre l'exercice de la puissance commerciale. L'entrée doit en effet survenir relativement rapidement, être vraisemblablement rentable et suffisante pour dissuader les entreprises de hausser leurs prix d'un montant important. Si ces trois conditions sont réunies, l'entreprise qui cherche à exercer une puissance commerciale verra ses efforts contrecarrés puisque les nouveaux venus créeront des produits de substitution à l'intention des consommateurs. Au moment d'examiner les obstacles à l'entrée, le Bureau évaluera également les possibilités de substitution du côté de l'offre, ce qui comprend les fournisseurs de services éventuels qui engageraient des coûts irrécupérables relativement importants pour entrer sur le marché ou pour élargir leurs activités.

Une analyse approfondie de l'entrée sur le marché nécessitera l'examen de tous les obstacles à l'entrée possibles. Cependant, dans le cas des marchés des télécommunications, certains obstacles à l'entrée sont plus courants que d'autres, notamment les coûts irrécupérables, les entraves réglementaires, les économies d'échelle et les effets de réseau, les contrats à long terme et la maturité du marché.

Dans les télécommunications, les coûts irrécupérables comprendraient une bonne partie des coûts inhérents à la construction ou à la mise à niveau d'un réseau afin d'offrir un ou plusieurs services donnés. Les entraves réglementaires peuvent s'entendre de tous règlements fédéraux, provinciaux et municipaux qui touchent la capacité d'une entreprise d'entrer sur un marché ou d'élargir ses activités. Dans les télécommunications, les restrictions touchant la propriété étrangère, l'accès aux droits de passage, l'attribution de bandes de fréquence et d'autres obligations imposées par la réglementation aux fournisseurs de certains services peuvent constituer des obstacles à l'entrée. Les effets de réseau se produisent dans l'industrie des télécommunications lorsque la valeur d'un produit ou service augmente avec le nombre d'utilisateurs, par exemple, au fur et à

---

<sup>38</sup> Comme le Tribunal l'a souligné dans *Laidlaw*, l'expression « obstacles à l'entrée dans le marché » revêt une connotation de pérennité. *Supra*, note 16.

<sup>39</sup> Selon l'analyse du Bureau, les effets bénéfiques sur les prix de l'entrée sur ce marché doivent habituellement se faire sentir à l'intérieur d'une période de deux ans.

mesure que d'autres abonnés se joignent au réseau. Les contrats à long terme sont des ententes commerciales qui lient l'entreprise et ses clients pendant une longue période. Quant à la maturité du marché évalué, elle est pertinente parce qu'en général, il sera plus difficile d'entrer sur un marché bien établi et de livrer concurrence aux participants solidement établis (c.-à-d. que les entreprises déjà établies peuvent bénéficier depuis longtemps d'une bonne réputation et de liens étroits avec les clients, ce qui risque de constituer des obstacles majeurs à l'entrée sur le marché).

### **3.4 Autres caractéristiques du marché**

Le Bureau tient compte d'autres facteurs lors de l'évaluation de la puissance commerciale. Les facteurs autres que la part de marché et les obstacles à l'entrée qui revêtent une importance particulière pour l'évaluation des marchés de télécommunications résident dans l'étendue du pouvoir compensateur, le changement technologique et l'innovation.

Pour décider si une entreprise est en mesure d'exercer une puissance commerciale, le Bureau se demande si un ou plusieurs clients disposent d'un pouvoir compensateur qui leur permet de restreindre cet exercice. Ainsi, les clients qui sont de grandes entreprises (comme les institutions financières) seront peut-être en mesure de restreindre la capacité d'une entreprise d'exercer une puissance commerciale s'ils peuvent passer à d'autres fournisseurs de services dans un délai raisonnable, procéder à une intégration verticale de leur entreprise, favoriser l'expansion de fournisseurs de services déjà en place ou encourager l'entrée de fournisseurs de services éventuels.<sup>40</sup>

Le Bureau tient également compte de la nature et de la portée des changements et des innovations sur le marché pertinent. En plus d'évaluer l'incidence sur la concurrence des innovations technologiques touchant les produits et les procédés, le Bureau examine l'incidence générale d'autres formes de changement et d'innovation.<sup>41</sup> L'étape de croissance du marché est également importante, car l'implantation sur un marché naissant ou en croissance, où la dynamique de la concurrence évolue généralement plus rapidement, est moins difficile et demande normalement moins de temps que sur les marchés déjà en place.

---

<sup>40</sup> Lorsque la discrimination par les prix est possible, tous les clients ne pourront peut-être pas compenser un essai d'imposer une APFSNT. Par exemple, une entreprise peut être capable d'augmenter les prix à quelques clients qui n'ont peut-être pas les options disponibles comme d'autres clients même si d'autres clients peuvent être capable de résister à une augmentation des prix. Dans de tels cas, le groupe de clients qui ne peut pas compenser l'augmentation des prix peut constituer un marché pertinent. Si une entreprise possède une puissance commerciale, le Bureau examinerait s'il pourrait y avoir une diminution sensible de la concurrence concernant ce groupe de clients.

<sup>41</sup> Ainsi, il évalue l'incidence des changements et innovations en ce qui concerne la distribution, le service, les ventes, la commercialisation, l'emballage, les préférences des acheteurs, les habitudes d'achat, la structure de l'entreprise, le cadre réglementaire et l'économie dans son ensemble.

### 3.5 L'évaluation de la puissance commerciale sur les marchés des télécommunications

Dans de nombreux marchés des télécommunications, la prestation du service est liée à un emplacement et le nombre d'options concurrentielles dont les consommateurs disposent peut varier selon l'endroit où ils habitent ou exploitent leur entreprise. Dans ce genre de situation, le Bureau estime que la capacité, notamment le rayonnement du réseau, constitue habituellement une mesure importante de la puissance commerciale. La capacité non utilisée augmente l'incitatif et la capacité, pour un fournisseur de services, de concurrencer pour attirer des clients par suite d'une augmentation des prix imposée par l'entreprise visée par une allégation d'abus de position dominante. Le rayonnement du réseau est un élément important de la capacité, parce qu'il représente la capacité d'un fournisseur de services, grâce à sa présence physique, d'offrir des services aux clients de l'entreprise visée par une allégation d'abus de position dominante. Lorsqu'un marché est caractérisé par une capacité excédentaire importante qui permet aux entreprises d'accroître facilement l'offre en réponse à une augmentation des prix, la capacité d'augmenter les prix au-delà des niveaux concurrentiels sera peut-être sensiblement inférieure à ce qu'une simple mesure de la concentration pourrait indiquer.<sup>42</sup>

De plus, l'entreprise qui possède ou contrôle un réseau et qui ne poursuit pas ses activités sur le marché pertinent, mais qui peut y entrer rapidement sans engager des coûts irrécupérables relativement élevés sera prise en compte lors de l'évaluation de la puissance commerciale.<sup>43</sup> Ces nouveaux venus pourraient ajouter de la capacité au marché pertinent par suite d'une APFSNT afin de mettre au pas l'entreprise qui exerce un pouvoir de marché.<sup>44</sup> Ce sera le cas, notamment, du réseau qui doit procéder à une mise à niveau technique pour offrir un service concurrentiel.

## PARTIE 4 AGISSEMENTS ANTICONCURRENTIELS

### 4.1 Les agissements anticoncurrentiels dans l'industrie des télécommunications

Une fois que le marché de produits et le marché géographique pertinents ont été définis et que le Bureau a déterminé qu'une ou plusieurs entreprises étaient dominantes, un deuxième élément doit être satisfait en vertu du paragraphe 79(1) : il faut prouver que l'entreprise, ou le groupe d'entreprises, en question s'est livrée ou se livre à une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». La jurisprudence a établi qu'une « pratique » au sens de l'article 79 peut s'entendre d'un acte qui se prolonge ou se

---

<sup>42</sup> Ainsi, dans les marchés géographiques où existent deux fournisseurs de services dotés d'installations indépendantes (c.-à-d. qui possèdent et exploitent leurs propres réseaux) dont les coûts irrécupérables ne sont pas limités par la capacité et qui peuvent l'un comme l'autre offrir le produit pertinent, la part de marché fondée sur la capacité de chacun d'eux serait de 50 p. 100.

<sup>43</sup> La réaction de l'offre (c.-à-d. la réaction probable des concurrents « éventuels ») est un aspect important de l'évaluation de la possibilité qu'une puissance commerciale soit exercée, mais n'est pas examinée lors de la définition des marchés pertinents. *Supra* note 24.

<sup>44</sup> Cette possibilité est reconnue dans le document « *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* », *supra*, note 24, au paragraphe 4.1.

reproduit de façon systématique pendant un certain temps ou bien de plusieurs actes différents combinés.<sup>45</sup>

La Cour d'appel fédérale a confirmé qu'un acte anticoncurrentiel doit viser à avoir un effet négatif sur un concurrent tenant de l'éviction, de l'exclusion ou de la mise au pas.<sup>46</sup> Compte tenu de cette interprétation, le Bureau conclura généralement que les agissements qui entrent dans au moins une des catégories suivantes sont potentiellement anticoncurrentiels :

- les gestes qui visent à hausser les coûts des concurrents (ou à réduire leurs recettes);
- une conduite d'éviction;
- les agissements destinés à faciliter l'action coordonnée de plusieurs entreprises (pratiques facilitantes).<sup>47</sup>

Certains types d'agissements anticoncurrentiels peuvent être plus courants dans l'industrie des télécommunications ou même lui être exclusifs. Les paragraphes suivants décrivent des activités qui peuvent donner lieu à des plaintes fondées sur l'article 79 dans l'industrie des télécommunications et soulignent l'approche qu'adopte généralement le Bureau lorsqu'il se demande si une entreprise dominante se livre ou non à une pratique d'agissements anticoncurrentiels.

#### **4.2 Hausse des coûts des concurrents et mainmise sur un marché**

Comme l'indiquent les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, une entreprise dominante peut mettre en œuvre plusieurs stratégies qui font augmenter les coûts des concurrents ou baisser leurs recettes, les rendant ainsi moins concurrentiels. Elle peut aussi adopter des pratiques qui ont pour effet d'exclure des concurrents, présents ou futurs, en limitant ou en bloquant l'accès à des intrants nécessaires pour faire concurrence (mainmise sur un marché). Par exemple, elle pourrait exercer sa puissance commerciale à l'égard d'un intrant dont ses concurrents ont besoin pour être concurrentiels (au moyen notamment de contrats d'exclusivité qui refusent aux concurrents l'accès à des mesures efficaces pour la distribution ou la vente au détail).

Dans le secteur des télécommunications, l'entrée de concurrents sur le marché peut suivre plusieurs modèles : arrivée de concurrents dotés d'installations, entrée au moyen de composantes réseau dégroupées, revente et partage, ou une combinaison de ces méthodes.<sup>48</sup> Dans le premier cas, au moins deux fournisseurs de services dotés

---

<sup>45</sup> *Nutra-Sweet, supra*, note 9.

<sup>46</sup> *Tuyauteries Canada, supra*, note 10.

<sup>47</sup> Pour en savoir davantage sur l'approche du Bureau relativement aux actes qui facilitent l'action coordonnée entre des entreprises (pratiques facilitantes), voir les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Les mesures qui haussent les coûts des concurrents et la pratique d'éviction dans l'industrie des télécommunications sont traitées ci-dessus.

<sup>48</sup> Une « composante réseau » que ce soit les logiciels, l'équipement ou une combinaison des deux exercent premièrement une fonction de services de télécommunication. La revente désigne la vente ou la location

d'installations (par exemple, les services locaux) se livrent concurrence. L'entrée au moyen de composantes réseau dégroupées désigne quant à elle l'arrivée de fournisseurs de services qui possèdent des parties de leur propre réseau mais ont aussi besoin d'un accès réglementé aux composantes réseau de l'entreprise déjà établie en vue d'offrir leurs produits aux consommateurs (par exemple, dans le cas où l'accès aux télécommunications locales est offert via les lignes dégroupées d'un fournisseur déjà établi).

La conduite d'une entreprise dominante visant à restreindre la compatibilité, à réduire la qualité du service offert par ses rivaux ou à hausser les coûts de ces derniers pourrait constituer un acte anticoncurrentiel. S'il s'agit de concurrents dotés d'installations, une bonne partie des moyens dont peut se servir une entreprise dominante pour hausser les coûts de ses rivaux peuvent disparaître, puisque le réseau du nouvel arrivant fonctionne, pour l'essentiel, indépendamment de celui de l'entreprise déjà établie. Par ailleurs, bon nombre des autres possibilités qu'aurait une entreprise dominante de nuire à ses concurrents pourraient nécessiter une conduite qui reste assujettie à la réglementation (comme la transférabilité des numéros, l'interconnexion et l'accès à des structures de soutien).

D'autres agissements anticoncurrentiels possibles de ce type de la part d'une entreprise dominante dans l'industrie des télécommunications pourraient inclure :

- la création de coûts de transfert artificiels;
- l'acquisition du contrôle de fournisseurs d'un intrant nécessaire à la concurrence;
- l'obligation ou l'incitation des fournisseurs d'un intrant nécessaire à la concurrence à ne pas fournir un rival.

Le modèle fondé sur les composantes réseau dégroupées, où le nouveau venu a besoin d'avoir accès aux installations de l'entreprise déjà établie pour compléter son réseau, soulève des préoccupations différentes. Selon ce modèle, le CRTC aura imposé l'accès par les concurrents aux installations de l'entreprise dominante en vertu de son pouvoir légal. Conformément à son *Bulletin technique sur les activités « réglementées »*, (et les pratiques antérieures du Bureau) le Bureau ne s'attardera pas aux plaintes d'agissements anticoncurrentiels relatifs aux installations réglementées, seulement aux allégations suivant lesquelles une entreprise dominante a refusé l'accès – ou offert un accès à des conditions discriminatoires – à une installation réglementée.

Une question différente pourrait se poser dans un marché où évoluent des fournisseurs de services concurrents dotés d'installations lorsqu'une tierce partie ne réussit pas à négocier l'accès à une installation dont elle a besoin pour fournir ses services. Dans de telles circonstances, l'installation ne serait pas nécessairement considérée « essentielle » dans l'évaluation de l'abus de position dominante parce qu'il existe plus d'un fournisseur de services. Malgré cela, si tous les concurrents dotés d'installations (ou une grande partie d'entre eux) se liguent pour refuser l'accès, le Bureau examinerait les raisons

---

subséquente en gros et à des fins commerciales, avec ou sans valeur ajoutée, d'un service de télécommunications distinct ou d'installations de télécommunications distinctes par un fournisseur.

sous-tendant la décision de chaque fournisseur doté de ses propres installations de refuser l'accès au service. Si le refus est considéré comme une action coordonnée visant à exclure ou à mettre au pas la tierce partie en question, il peut constituer un acte anticoncurrentiel. Toutefois, ce comportement pourrait être sanctionné plus adéquatement au moyen des dispositions de la Loi portant sur le complot ou le refus de vendre.

#### **4.2.1 La compression des marges**

La compression des marges est un exemple de conduite visant à hausser les coûts des concurrents qui donne fréquemment lieu à des plaintes dans le secteur des télécommunications. Selon l'alinéa 78(1)a) de la Loi, cet acte anticoncurrentiel se définit en ces termes : « 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 ». Il peut s'agir des agissements suivants :

- le fournisseur majore le prix du gros par rapport au prix de détail, ce qui réduit la marge entre les deux;
- le prix du gros reste inchangé, mais le fournisseur abaisse le prix de détail, ce qui oblige son client ou concurrent à faire de même;
- un nouveau service de détail est lancé à un prix peu élevé par rapport au service de gros existant.

Du point de vue de la politique de concurrence, l'érosion des marges à elle seule n'amène pas à conclure qu'une ou des entreprises dominantes se sont livrées à un acte anticoncurrentiel. Elle peut découler de la vigueur de la concurrence dans le marché et ne dénote pas nécessairement une volonté d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas.<sup>49</sup>

Lorsqu'il évalue les conséquences générales d'un acte anticoncurrentiel, le Bureau examinera les motifs qui l'ont justifié. Plus précisément, il se demandera si le geste se fonde sur des pratiques commerciales justifiables qu'on retrouverait dans des marchés par ailleurs concurrentiels. Par exemple, si une entreprise dominante intégrée verticalement vend un service de gros à ses concurrents et à des utilisateurs commerciaux de grande taille, une hausse du prix du gros ne sera pas nécessairement un acte nuisible à la concurrence même si elle réduit la capacité des concurrents non intégrés à livrer concurrence dans le marché en aval (de détail). Ce serait le cas si les indices laissent croire que l'augmentation du prix est liée principalement aux coûts accrus associés à l'offre de services à des utilisateurs commerciaux de grande taille même si ceux-ci n'évoluent pas dans les marchés de détail.

#### **4.2.2 Le refus d'accès à une installation**

---

<sup>49</sup> On trouve une discussion complète de la théorie et de la démarche du Bureau en ce qui a trait à la compression des marges à l'annexe III des *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. *Supra*, note 3

La mainmise sur un marché peut prendre la forme d'un refus d'accès à des installations<sup>50</sup> qui peuvent être « essentielles » à la concurrence mais qui ne sont pas assujetties à une réglementation par le CRTC. Pour l'application de l'article 79 de la Loi, une installation « essentielle » s'entend d'un intrant qui procure à l'entreprise qui en a le contrôle le pouvoir de diminuer ou d'empêcher la concurrence dans un marché en aval pertinent. L'article 79 sanctionne l'abus de cette puissance commerciale qui a entraîné ou est susceptible d'entraîner un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence et non pas l'exercice d'une puissance commerciale inhérente à l'installation en question.<sup>51</sup>

Lorsqu'il y a allégation d'abus de position dominante impliquant une installation essentielle, la conduite en cause constituerait un refus d'accès réel ou implicite.<sup>52</sup> Pour que ce refus d'accès soit contestable en vertu de la Loi, les conditions suivantes doivent être satisfaites.

- (i) Une entreprise intégrée verticalement occupe une position dominante dans deux marchés.<sup>53</sup> Le premier marché pertinent est le marché en amont (ou le marché du gros) pour l'installation. Le deuxième marché pertinent est le marché en aval (ou le marché de détail) où l'installation est un intrant. Une condition nécessaire pour conclure qu'il y a dominance sur le marché en aval est qu'il n'est pas pratique ni faisable pour les concurrents d'aménager l'installation en question.
- (ii) L'accès à l'installation est refusé dans le but d'exclure des concurrents qui veulent entrer sur le marché en aval ou y prendre de l'expansion ou dans le but de nuire autrement à leur capacité de livrer concurrence.
- (iii) Le refus d'accès a eu, a ou est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché en aval.<sup>54</sup>

Pour qu'il y ait abus de position dominante impliquant une installation essentielle, l'entreprise doit exercer une puissance commerciale autant dans le marché en amont que

---

<sup>50</sup> Le terme « installation » dans le présent document désigne une installation, une fonction ou un service qui est pertinent et qui peut être « essentiel » au sens du texte.

<sup>51</sup> Selon les dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante, ce n'est pas l'existence d'une dominance en soi (c'est-à-dire l'exercice d'une puissance commerciale) qui est source d'inquiétude, mais bien la conduite qui préserve ou accroît la puissance commerciale. Par exemple, si certains indices portent à croire que l'entreprise dominante peut empêcher l'entrée sur le marché d'autres fournisseurs de l'installation essentielle en évinçant des concurrents en aval ou en leur faisant obstacle, alors le refus d'accès peut avoir pour effet de préserver la puissance commerciale de l'entreprise en amont. Dans cette situation, il se pourrait que la concurrence soit empêchée ou diminuée sensiblement dans les marchés en amont et en aval.

<sup>52</sup> Le refus implicite s'entend d'une pratique qui a un effet équivalent à un refus réel, par exemple lorsqu'une entreprise exige un prix d'accès à l'installation beaucoup trop élevé.

<sup>53</sup> Il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui contrôle l'installation essentielle soit explicitement intégrée verticalement; elle peut parvenir au même résultat de façon contractuelle, notamment en désignant une entreprise en aval comme son détaillant exclusif. De même, une entreprise peut évoluer indirectement dans le marché du gros en vendant l'accès à une installation à un autre grossiste qui dessert ensuite le marché de détail.

<sup>54</sup> Ce concept est traité plus en détails ci-dessous et à la section 5.

dans le marché en aval où l'installation est utilisée comme intrant. Le Bureau suit une démarche séquentielle en évaluant d'abord la puissance commerciale de l'entreprise supposément dominante dans le marché en aval – il doit donc définir en premier lieu le marché en aval. La puissance commerciale est évaluée durant la période pendant laquelle la pratique de l'acte anticoncurrentiel se serait supposément produite ou se produit. La capacité de l'entreprise d'exercer une puissance commerciale dans le marché en aval dépendra de la volonté et de la capacité des consommateurs de choisir d'autres fournisseurs qui n'ont pas besoin d'avoir accès à l'installation de l'entreprise supposément dominante. Si celle-ci ne possède pas de puissance commerciale en aval, le refus d'accès à l'installation ne peut constituer un abus de position dominante.

Si le Bureau conclut que l'entreprise est effectivement dominante dans le marché en aval, il se demandera alors si elle l'est aussi dans le marché en amont. La définition de ce marché est plus complexe parce que la demande à l'égard d'une installation supposément essentielle est tributaire de la demande pour le produit dans le marché en aval. La capacité du propriétaire de l'installation en question de hausser les prix dépend de la volonté et de la capacité des parties qui cherchent à obtenir l'accès (les concurrents en aval) de recourir à d'autres intrants ainsi que de la volonté et de la capacité des consommateurs de se tourner vers d'autres fournisseurs ou de la volonté et de la capacité des parties qui cherchent à obtenir l'accès à l'installation supposément essentielle d'utiliser d'autres installations. Pour qu'il y ait dominance dans les marchés en amont et en aval, il doit être difficile ou impossible pour les concurrents en aval de faire la substitution en faveur d'autres intrants ou d'aménager de façon pratique ou raisonnable leurs propres installations, et la capacité des consommateurs de recourir à d'autres fournisseurs doit également être limitée.

Une fois qu'on a établi l'existence d'une puissance commerciale, le refus d'accès constitue un acte anticoncurrentiel lorsqu'il a pour objet d'exclure des concurrents présents ou potentiels ou de leur faire obstacle. Pour qu'on puisse conclure à une volonté d'exclusion, il doit être difficile ou impossible pour ces concurrents de se trouver d'autres intrants ou il doit leur être pratiquement ou raisonnablement difficile d'aménager leurs propres installations. Dans ce dernier cas, il ne sera pas pratique ni faisable pour un concurrent d'entrer sur le marché ou d'y faire véritablement concurrence parce qu'ils doivent fournir leurs propres installations. En même temps, afin d'être anticoncurrentiel, le fournisseur doit avoir la capacité nécessaire ou avoir la volonté et les moyens de bâtir la capacité nécessaire afin d'approvisionner ces concurrents. Lorsqu'il examine une plainte fondée sur un refus d'accès, le Bureau prendra aussi en considération les effets des agissements sur l'efficacité verticale.

Avant que le Tribunal ne puisse émettre une ordonnance corrective en vertu de l'article 79, on doit démontrer que la pratique d'agissements anticoncurrentiels, réellement ou vraisemblablement, empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans le marché en aval. Par conséquent, si le contrôle de l'installation est une source de dominance dans les marchés en amont et en aval, que le refus d'accès visait un but néfaste à la concurrence, l'analyse fondée sur le facteur déterminant amènerait le Bureau à se demander ensuite si le refus d'accès entraîne des prix en aval beaucoup plus élevés que ce ne serait le cas si

l'entreprise dominante exigeait de ses concurrents en aval un prix d'accès lui permettant de générer un profit maximal<sup>55</sup>. Ce concept est traité plus en détail à la section 5 ci-dessous.

### 4.3 Les prix d'éviction

Il y aura prix d'éviction quand une entreprise vend délibérément son produit à un prix inférieur à ses coûts pendant une période suffisamment longue pour qu'un rival soit éliminé du marché, ou que la concurrence soit autrement réduite, parce que l'entreprise s'attend à recouvrer par la suite ses pertes en exigeant des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels.

Lorsqu'il est saisi d'une plainte d'éviction fondée sur l'article 79, le Bureau a pour défi de distinguer les cas où il y a véritablement tentative d'éviction (c'est-à-dire que la conduite préserve ou accroît la puissance commerciale et qu'il y a diminution sensible ou empêchement de la concurrence) et les comportements inhérents au processus concurrentiel. En effet, si on sanctionne à tort une activité vraiment favorable à la concurrence, on risque de restreindre sans raison les mesures profitables d'établissement des prix, ce qui serait au détriment de l'entreprise qui fait l'objet de la plainte aussi bien, et c'est encore plus important, que des consommateurs. Par conséquent, le Bureau devra être très exigeant concernant les éléments de preuve pouvant donner suite à un cas de prix d'éviction.

Un élément déterminant dans l'évaluation des allégations de prix d'éviction est la structure des coûts de l'entreprise dominante. En théorie, il est difficile d'établir le critère approprié pour savoir si les prix sont inférieurs aux coûts. En conséquence, les autorités chargées de la concurrence ont adopté diverses mesures pour résoudre cette difficulté, dont le coût variable moyen et le coût évitable.<sup>56</sup> Lorsque les circonstances le justifient, ces mesures donnent aux autorités le moyen de contrer les agissements anticoncurrentiels véritables tout en préservant assez de souplesse pour permettre les réductions de prix que la concurrence est censée stimuler.

Le recours à des prix inférieurs au coût par une entreprise dominante peut porter préjudice à la concurrence et n'être rentable que s'il permet de préserver ou d'accroître sa puissance commerciale. C'est peut-être possible d'y parvenir en éliminant un rival si les obstacles à l'entrée sont suffisamment élevés pour bloquer ou dissuader les nouveaux

---

<sup>55</sup> Le prix d'accès permettant de générer un profit maximal serait celui qui prévaut au moment du refus (c'est-à-dire en la structure du marché en aval en l'absence du refus).

<sup>56</sup> Les coûts variables inhérents à la production, à un niveau donné, d'un bien d'un service représentent les coûts (notamment le coût de la main-d'œuvre et des intrants matériels) qui varient en fonction des changements apportés à la valeur quantitative de la production. Le coût moyen variable s'entend du coût variable total de l'entreprise divisé par la production totale du bien ou service. Le Tribunal de la concurrence a défini les coûts évitables comme suit : « Tous les coûts pouvant être évités en cessant d'offrir le bien ou le service en cause. En général, les coûts évitables de la prestation d'un service seront constitués des coûts variables et des coûts fixes spécifiques récupérables. » *Commissaire de la concurrence c. Air Canada*, 2003 CACT 13 (IJC) (Tribunal de la concurrence), au paragraphe. 76.

arrivants qui voudraient entrer sur le marché en raison des augmentations de prix par l'entreprise dominante à la suite de ses mesures d'éviction. En l'absence de tels obstacles, l'éviction peut être rentable si elle empêche les concurrents d'entrer sur le marché par crainte d'une répétition des mesures d'éviction. Le succès de cette stratégie dépend de la mesure où les coûts du nouvel arrivant sont irrécupérables. Si les coûts sont irrécupérables, et qu'il est donc difficile d'affecter les éléments d'actif à d'autres fins (d'autres marchés), alors le départ des nouveaux arrivants rendra moins rentables l'éviction et le recouvrement des pertes dans le même marché parce que les éléments d'actif pourraient être utilisés par la suite par une autre partie. Si le nouvel arrivant cesse d'investir pendant un certain temps, l'installation risque de se dégrader ou il peut y avoir perte des droits de passage. Dans cette éventualité, le redéploiement de l'installation en cause peut être retardé, voire compromis, et les coûts afférents risquent d'augmenter, de sorte que l'éviction devient encore plus rentable.

Dans le secteur des télécommunications, le Bureau adopterait une approche séquentielle dans son examen des plaintes fondées sur des prix d'éviction en évaluant divers facteurs dans le but de déterminer la nature ou l'objet des agissements supposément anticoncurrentiels. Cette démarche comporte trois étapes.

Premièrement, le Bureau se demanderait si le prix d'éviction est susceptible de faire sortir le plaignant, ou d'autres entreprises, du marché. Dans ce contexte, le Bureau détermine si le prix d'éviction supposé est inférieur au coût évitable moyen de l'entreprise qui est supposément évincée du marché. Il examine les probabilités de l'éviction lorsque les coûts sont irrécupérables, ce qui rend alors difficile la réaffectation des éléments d'actif à d'autres fins.

Deuxièmement, si la première condition est satisfaite, le Bureau comparera les présumés prix d'éviction aux coûts évitables du présumé prédateur. Le Bureau ne poursuivra vraisemblablement pas le prédateur s'il réalise des profits dans ce marché au prix d'éviction. En principe, lorsque la réaction du fournisseur dominant d'un service de télécommunications à la concurrence consiste seulement à réduire les prix à des niveaux qui sont analogues, mais sans y être inférieurs, aux prix du concurrent, le Bureau ne prendra aucune mesure de mise en application de la loi lorsqu'il examine les allégations de prix d'éviction.

Troisièmement, si première et la deuxième conditions sont satisfaites (c'est-à-dire que le présumé prix d'éviction est susceptible de faire sortir le plaignant ou d'autres entreprises du marché et que le prix d'éviction est au-dessous du coût évitable), le Bureau évaluerait les probabilités que le présumé prédateur soit en mesure de recouvrer les profits qu'il a sacrifiés pour procéder à l'éviction.<sup>57</sup> Une pratique d'éviction n'est rentable que si elle permet à l'entreprise de conserver ou d'augmenter la puissance commerciale nécessaire pour recouvrer ses pertes; il doit donc y avoir des obstacles à l'entrée sur le marché. Par

---

<sup>57</sup> Lorsqu'il évalue les probabilités de recouvrement des pertes, le Bureau s'appuiera sur les théories économiques relatives à l'éviction, de même que sur les preuves corroborantes, pour cerner les raisons de s'attendre à ce que l'entrée initiale ou subséquente dans le marché n'empêche pas l'entreprise qui se livre à l'éviction d'exiger des prix, après l'éviction, qui sont de loin supérieurs aux niveaux concurrentiels.

conséquent, le Bureau examinerait la nature des coûts engagés par le nouvel arrivant de même que les autres entraves à l'accès au marché.

Lorsqu'il entreprend cette démarche en trois étapes, le Bureau prend en considération l'effet du maintien du recouvrement dans d'autres marchés des télécommunications. Par exemple, il sera bien moins intéressant d'avoir recours à l'éviction dans un marché géographique afin de bâtir une réputation ou de signaler que l'accès à d'autres marchés ne serait pas rentable si le recouvrement des pertes dans ces marchés est impossible parce que la réglementation est durable et efficace. Par ailleurs, si la réglementation permet que les coûts de l'offre de services non réglementés soient transférés aux clients du service réglementé, l'entreprise qui est visée par la réglementation peut être encline, de façon tout à fait inhabituelle, à recourir aux mesures d'éviction dans ces marchés déréglementés au moyen de l'interfinancement.

#### **4.4 Les prix ciblés dans l'industrie des télécommunications**

Par « prix ciblés » s'entend l'offre, à certains clients, de prix beaucoup plus avantageux qu'auparavant ou de prix qui s'écartent de ce que l'entreprise exige habituellement d'autres clients dans le marché afin d'obtenir ou de retenir un client pour contrer une offre plus concurrentielle. Certains membres de l'industrie ont fait valoir que ces prix peuvent avoir un effet semblable aux prix d'éviction, c'est-à-dire empêcher l'accès au marché ou provoquer le départ d'une entreprise) même s'ils ne sont pas inférieurs aux coûts.

Dans le secteur des télécommunications, lorsque l'entreprise dominante peut identifier les clients qui se sont tournés vers des concurrents, elle peut être tentée de « regagner » ces clients en leur offrant un meilleur prix. Si l'acquisition de clients s'assortit de coûts fixes et irrécupérables, alors les prix ciblés peuvent provoquer la sortie de participants du marché, ou empêcher l'entrée de nouveaux venus, car ces coûts ne sont pas recouverts par ces derniers. De même, si le nouveau venu s'attend à des prix ciblés, il peut estimer qu'il n'est pas valable d'investir les sommes nécessaires pour entrer dans le marché.

Cependant, comme c'est le cas avec les prix d'éviction, pour que les prix ciblés soient considérés comme des agissements anticoncurrentiels, le Bureau doit distinguer une conduite véritablement concurrentielle (qui sous-tend la concurrence par les prix et le processus concurrentiel) des mesures destinées à faire sortir des participants du marché ou à empêcher l'arrivée de nouveaux venus.<sup>58</sup> Les prix ciblés et d'autres tactiques par lesquelles une entreprise s'engage à recourir à des prix analogues à ses concurrents existent dans bien des secteurs différents (par exemple, pour la vente de magazines ou les coupons-rabais) et ne sont pas néfastes à la concurrence en soi. Dans les marchés faisant l'objet d'une abstention, l'élimination des prix ciblés pourrait paralyser la concurrence par les prix et nuire au processus concurrentiel, au détriment des consommateurs.

---

<sup>58</sup> Comme c'est le cas avec les prix d'éviction, le Bureau ne prendra aucune mesure de mise en application de la Loi à l'égard des prix ciblés lorsqu'il est établi que le prix exigé par le fournisseur dominant du service de télécommunications fait suite à la concurrence et atteint des niveaux qui sont analogues à ceux d'un concurrent, mais sans y être inférieurs.

À titre d'exemple, une des difficultés inhérentes à la sanction des prix ciblés tient au fait que la théorie de la tarification ciblée anticoncurrentielle repose sur l'hypothèse que l'entreprise dominante peut cibler les clients qu'elle a perdus en faveur d'un concurrent et pas les clients qu'elle a conservés. Cependant, c'est peut-être difficile à respecter en pratique selon le comportement des clients de l'entreprise dominante. Par exemple, si l'introduction d'un service de téléphonie dans un réseau existant ne s'effectue pas un client à la fois mais bien à la grandeur du système (c'est-à-dire dans des régions géographiques relativement vastes), alors les clients de l'entreprise déjà établie qui se trouvent dans la région desservie par le nouveau venu sur le marché peuvent se rendre compte qu'il leur est possible à eux également de tirer avantage des prix ciblés de l'entreprise établie en se tournant vers le nouveau venu, ce qui fait grimper le coût de cette stratégie.

Dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Télé-Direct*, le Tribunal de la concurrence s'est attardé à la difficulté qui entoure l'établissement de critères objectifs afin de distinguer les prix ciblés qui sont dommageables et ceux qui constituent une conduite concurrentielle rentable<sup>59</sup>. Il a précisé que le concept qui s'approche le plus des prix ciblés est celui des prix d'éviction, et que le critère fondé sur l'évaluation des coûts par rapport aux revenus utilisé dans les décisions en matière d'éviction offrait une norme objective permettant de distinguer les prix concurrentiels des prix d'éviction. Si le prix ciblé dépasse les coûts évitables, le Bureau aura besoin de preuves accessoires substantielles à l'appui de la plainte de prix ciblés avant d'y donner suite.

#### 4.5 L'offre de services groupés

Sur le plan économique, le groupement des produits ne soulève des inquiétudes pour la mise en application de la Loi que dans des circonstances limitées. Les consommateurs bénéficient en général de l'offre groupée parce qu'elle leur procure un ensemble de produits à des prix plus avantageux. Elle peut aussi inciter les concurrents à élargir leur offre de produits pour continuer d'assurer une gamme aussi complète que les autres.

L'offre de produits groupés pourrait inquiéter les concurrents si elle est vue comme un moyen de hausser leurs coûts ou, sinon, de mettre en œuvre des mesures d'éviction. Dans le premier cas, l'offre groupée pourrait alors entrer dans la définition d'une vente liée en droit de la concurrence.<sup>60</sup> Dans ce contexte, il doit être prouvé que la pratique bloque l'accès au marché ou l'expansion d'entreprises offrant une partie ou la totalité des services groupés ou bien si elle a un autre effet d'exclusion. Par exemple, un contrat à long terme qui est exigé en même temps que la vente d'une offre groupée pourrait constituer un acte anticoncurrentiel s'il est destiné à faire hausser les coûts des rivaux. Dans le cas d'éviction, le groupement pourrait devenir un acte anticoncurrentiel lorsque

---

<sup>59</sup> *Télé-Direct*, *Supra* note 38, aux pp. 289 et 290.

<sup>60</sup> Voir le paragraphe 77(1) de la *Loi sur la concurrence*.

l'entreprise offre des prix inférieurs au coût pour les produits groupés. L'évaluation de ce genre de plainte est rendue difficile par la répartition des coûts sur de multiples marchés.

## **PARTIE 5                    EMPÊCHEMENT OU RÉDUCTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE**

Le paragraphe 79(1) de la Loi exige que : « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». L'examen à cette étape concerne essentiellement les effets de la pratique en question sur la concurrence et non pas sur les concurrents. Le Bureau analyse le risque que la concurrence soit empêchée ou diminuée sensiblement en fonction du critère du facteur déterminant : en l'absence de cette pratique, la concurrence serait-elle beaucoup moins marquée dans les marchés pertinents, que ce soit dans le passé, le présent ou l'avenir?<sup>61</sup> Le Tribunal a convenu qu'il fallait procéder à une évaluation relative pour déterminer si les marchés pertinents seraient beaucoup plus concurrentiels sans la pratique contestée et non pas évaluer de manière absolue si le niveau de concurrence existant est suffisant.<sup>62</sup>

Plus expressément, une diminution sensible ou un empêchement de la concurrence est une conséquence qui préserve ou augmente les obstacles à l'entrée ou l'expansion. Lorsqu'il examine si les obstacles à l'entrée sont préservés ou augmentés, le Bureau s'attachera à savoir si la pratique en question a notablement modifié la faisabilité ou les perspectives de l'accès au marché, en se demandant par exemple si, en l'absence de la pratique en question, un concurrent ou un groupe de concurrents efficaces auraient pu voir le jour dans un délai raisonnable pour s'opposer à la puissance commerciale de l'entreprise qui se livre à la pratique en cause.<sup>63</sup>

Plusieurs autres facteurs sont pris en considération lorsqu'on veut décider si la concurrence a été diminuée sensiblement ou empêchée, notamment : les prix à la consommation seraient-ils beaucoup plus bas, la qualité des produits, l'innovation et le choix seraient-ils bien meilleurs n'eut été de la pratique en question?

## **PARTIE 6                    MESURES CORRECTIVES**

### **6.1                    Autres instruments de règlement des cas**

Si le commissaire, après avoir fait enquête à la suite d'une plainte d'abus de position dominante, est convaincu que les éléments de preuve justifient le dépôt d'une demande d'ordonnance de mesures correctives au Tribunal, il fera part de ses préoccupations aux parties relativement à la présumée infraction à la Loi. Les parties ont la possibilité de réagir à ces préoccupations préliminaires et peuvent proposer d'autres moyens de les éliminer afin d'éviter le recours au Tribunal.

---

<sup>61</sup> Ce critère a reçu l'aval de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tuyauteries Canada*, *supra*, note 10, au paragraphe 38.

<sup>62</sup> *Laidlaw*, *supra*, note 16, p. 346.

<sup>63</sup> Selon l'analyse du Bureau, une période de deux ans serait « raisonnable ».

Le règlement de ces questions s'effectue cas par cas. Dans la plupart des situations, le commissaire préfère que la mesure corrective soit le fruit d'une entente entre les parties confirmée par un consentement en vertu des articles 105 et 106 de la Loi. Lorsque les problèmes de concurrence ont été réglés par un moyen autre qu'une poursuite, le commissaire rendra le règlement public pour que tous les intéressés soient informés de la résolution de l'affaire.

## 6.2 Ordonnances du Tribunal de la concurrence

Lorsqu'il conclut, à la suite d'une demande du commissaire, que les éléments énumérés au paragraphe 79(1) sont présents, le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à une entreprise intimée de se livrer à des agissements anticoncurrentiels. De plus, en sus et au lieu de cette ordonnance, si le Tribunal estime que celle-ci n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans le marché touché, le paragraphe 79(2) l'autorise à rendre une ordonnance enjoignant la prise de mesures raisonnables et nécessaires, y compris le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions, dans le but d'enrayer les effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels.

Dans certains cas, le Tribunal a ordonné explicitement que l'intimée donne accès à certains services ou installations.<sup>64</sup> Toutefois, l'accès n'améliorera pas le rendement concurrentiel dans un marché s'il est fourni à un prix prohibitif. Le Tribunal a déclaré qu'il n'a pas pour rôle de régler les prix, ni au moyen d'une supervision continue des tarifs ni par l'établissement des prix d'accès.<sup>65</sup> Le législateur n'a pas accordé non plus au Bureau le mandat de régler les prix de façon exécutoire dans les conflits liés à l'accès. Malgré tout, le prix d'accès serait habituellement un facteur important lorsque le Bureau détermine si une entreprise respecte l'ordonnance qui lui impose d'offrir un accès.<sup>66</sup>

Le paragraphe 79(2) investit le Tribunal d'un pouvoir discrétionnaire étendu dans ses ordonnances et, dans certains cas, il a spécifié des méthodes de calcul des taux.<sup>67</sup> Cependant, ces ordonnances n'impliquent pas une supervision continue et énoncent plutôt les mesures qui assureraient la conformité à l'ordonnance. Les conflits portant plus particulièrement sur ce qui constitue un prix d'accès « raisonnable » pourraient être réglés au moyen d'une médiation ou d'un arbitrage par une tierce partie.

---

<sup>64</sup> Voir par exemple l'affaire *Nielsen*, *supra*, note 25, où le Tribunal a ordonné à l'entreprise Nielsen de donner accès à ses données prélevées par balayage électronique aux concurrents. Dans l'affaire *Canada (Director of Investigation and Research) c. Bank of Montreal* [1996], 68 C.P.R. (3d) 527 (Tribunal de la concurrence) [*Interac*], le Tribunal a réglé la question de l'accès au réseau au moyen d'une ordonnance par consentement.

<sup>65</sup> *Télé-Direct*, *supra*, note 38, p. 255.

<sup>66</sup> Le Tribunal a élaboré le point de vue suivant lequel une entente de commission au taux minimal de 15 % constituerait une mesure de conformité acceptable à son ordonnance interdisant les ventes liées.

<sup>67</sup> Par exemple, dans l'affaire *Nielsen*, *Supra* note 28, le Tribunal a ordonné que des données historiques soient fournies au nouvel arrivant à la condition que ce dernier accepte de verser un prix calculé suivant une formule fondée sur les coûts. Au moyen d'un consentement, dans l'affaire *Interac*, *supra*, 67, le Tribunal a énoncé une formule fondée sur les coûts destinée à établir « les frais de commutation » (c'est-à-dire les frais d'utilisation des membres à l'intérieur du réseau).

**PARTIE 7                    CONCLUSIONS**

Le présent document décrit la démarche adoptée par le Bureau de la concurrence pour mettre en application les dispositions sur l'abus de position dominante qu'on retrouve aux articles 78 et 79 de la Loi.

Le Bureau ne peut cependant pas prévoir toutes les situations, de sorte qu'en dernier ressort, ce sont les circonstances propres à chaque cas qui détermineront comment il exercera sa latitude en matière de mise en application de la loi. En vertu de son programme d'avis consultatifs, le Bureau a l'habitude de donner son opinion sur des gestes envisagés par les entreprises. Par conséquent, les entreprises de télécommunications peuvent solliciter des avis sur la possibilité qu'un projet donné soulève des questions en vertu de la Loi.

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le Bureau de la concurrence :

**Centre des renseignements**

Bureau de la concurrence  
Industrie Canada  
50, rue Victoria  
Gatineau (Québec) K1A 0C9

Tél. : 819-997-4282  
Sans frais : 1-800-348-5358  
ATS (pour malentendants) : 1-800-642-3844

Télécopieur : 819-997-0324  
Télécopie automatique : (819) 997-2869

Site Web : [www.cb-bc.gc.ca](http://www.cb-bc.gc.ca)

Courriel : [burconcurrence@bc-cb.gc.ca](mailto:burconcurrence@bc-cb.gc.ca)

**Annexe A****Les dispositions de la Loi sur la concurrence portant sur l'abus de position dominante****[articles 78 et 79]**

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;

j) à l'égard des exploitants d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la Loi sur les transports au Canada, les agissements précisés à l'alinéa (2)a);

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la Loi sur les transports au Canada, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre et du ministre des Transports :

a) préciser des agissements pour l'application de l'alinéa (1)j);

b) préciser des installations ou services essentiels pour l'application de l'alinéa (1)k).

L.R. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 45; 2000, ch. 15, art. 13.

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but

d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(3.1) Si l'entité qui fait l'objet d'une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) exploite un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la Loi sur les transports au Canada, le Tribunal peut aussi prononcer à son égard une sanction administrative pécuniaire maximale de 15 000 000 \$, à payer selon les modalités qu'il peut préciser.

(3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants :

- a) la fréquence et la durée du comportement;
- b) la vulnérabilité des catégories de personnes qui souffrent du comportement;
- c) le tort causé à la concurrence sur le marché pertinent;
- d) le comportement antérieur de l'entité, en ce qui a trait au respect de la présente loi;
- e) toute autre circonstance pertinente.

(3.3) La sanction prévue au paragraphe (3.1) vise à encourager l'entité à adopter un comportement compatible avec les objectifs du présent article et non à la punir.

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la Loi sur les brevets, de la Loi sur les dessins industriels, de la Loi sur le droit d'auteur, de la Loi sur les marques de commerce, de la Loi sur les topographies de circuits intégrés ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;

b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92. L.R. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4.

79.1 Les sanctions administratives pécuniaires imposées au titre du paragraphe 79(3.1) constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent. 2002, ch. 16, art. 11.5.