



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada

Bureau de la concurrence

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

Canada



Bureau de la concurrence

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
LIGNES DIRECTRICES POUR
L'APPLICATION DE LA LOI**

Cette publication est également offerte par voie électronique sur le Web à l'adresse suivante :
(<http://concurrency.ic.gc.ca>).

Pour obtenir d'autres exemplaires de ce document ou des renseignements précis sur les activités du Bureau, s'adresser au Centre des renseignements du Bureau de la concurrence :

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

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATS (pour malentendants) : 1 800 642-3844
Télécopieur : (819) 997-0324

Courriel : burconcurrency@ic.gc.ca
Site Web : <http://concurrency.ic.gc.ca>

Pour obtenir des renseignements sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux fusionnements, y compris celles qui ont trait à la présentation d'un avis de transaction proposée, s'adresser à la :

Direction des fusionnements
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 953-7092
Télécopieur : (819) 953-6169

On peut obtenir cette publication sur demande sous une forme adaptée aux besoins des personnes handicapées. Communiquer avec le Bureau de la concurrence aux numéros ci-dessus.

N° de catalogue : RG52-34/2000
ISBN 0-662-65224-X
53211B



Contient 50 p. 100
de matières recyclées

PRÉFACE

La propriété intellectuelle et les droits dans ce domaine jouent un rôle de plus en plus important dans l'économie d'aujourd'hui, qui est fondée sur le savoir. Dans un tel contexte, les gens tiennent de plus en plus à savoir comment le Bureau de la concurrence réglera les questions de concurrence touchant la propriété intellectuelle.

Le Bureau s'est donc fixé comme priorité de rendre ses pratiques encore plus transparentes. La publication des présentes lignes directrices permet au Bureau d'expliquer clairement comment il traite les relations entre la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Ce document décrit comment le Bureau déterminera si un comportement donné en matière de propriété intellectuelle pose un problème par rapport à la *Loi sur la concurrence*. On y explique également comment le Bureau fait la distinction entre les cas où le renvoi au procureur général est justifié en vertu de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*, et ceux qui seront examinés conformément aux dispositions générales.

Ces lignes directrices sont le fruit d'une vaste consultation dans le cadre de laquelle deux demandes de soumissions écrites ont été faites et deux séries de tables rondes ont été organisées dans tout le pays avec les intervenants intéressés.



Konrad von Finckenstein
Commissaire de la concurrence

TABLE DES MATIÈRES

Partie 1 : Introduction	1
Partie 2 : Aperçu du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence	3
Partie 3 : Relations entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence	6
Partie 4 : Application de la <i>Loi sur la concurrence</i> aux pratiques touchant la PI	8
Partie 5 : Cadre d'analyse dans le contexte de la PI	13
Partie 6 : Promotion de la politique de concurrence	18
Partie 7 : Application du droit de la concurrence à la PI : exemples hypothétiques	19
Personnes-ressources au Bureau de la concurrence	31

PARTIE 1 : INTRODUCTION

L'économie actuelle est de plus en plus fondée sur le savoir et l'innovation et poussée par l'évolution rapide des technologies de l'information et de la communication. Les nouvelles technologies créent des possibilités économiques, culturelles, sociales et pédagogiques pour que les gens contribuent de leurs idées au travail d'une façon innovatrice qui augmente la productivité et crée de l'emploi et de la richesse. Le fait que la propriété intellectuelle (PI) soit bien protégée joue un rôle important dans la stimulation du développement de nouvelles technologies, l'expression artistique et la diffusion du savoir essentiels aux économies axées sur le savoir¹. Dans ce contexte, la PI devient un atout précieux que les entreprises peuvent utiliser de manière stratégique pour diminuer ou empêcher la concurrence.

Les titulaires d'une PI, comme les propriétaires de toute autre propriété privée, bénéficient des lois sur la propriété, qui définissent et protègent les droits des titulaires d'empêcher les autres d'utiliser leur propriété privée. Les caractéristiques particulières de la PI ont fait que les gouvernements ont dû, dans bien des cas, instaurer des lois qui confèrent à la PI des droits de propriété comparables à ceux d'autres sortes de propriété privée.

Les lois sur la PI et celles sur la concurrence constituent deux instruments complémentaires de la politique gouvernementale qui favorisent l'efficacité économique. Les lois sur la PI fournissent des incitatifs à l'innovation et à la diffusion technologique en établissant des droits de propriété exécutoires à l'intention des créateurs de produits nouveaux et utiles, de technologies et d'œuvres originales. On peut

invoquer les lois sur la concurrence pour protéger ces stimulants contre toute pratique anticoncurrentielle qui crée, maintient ou renforce une puissance commerciale ou fait autrement obstacle à une rivalité vigoureuse entre les entreprises. Étant donné que le droit de la concurrence peut avoir pour résultat de limiter les modalités et les conditions en vertu desquelles les titulaires de droits de PI peuvent transférer ou octroyer une licence à d'autres relativement à l'utilisation de tels droits et vu l'identité des personnes à qui la PI a été transférée ou octroyée sous licence, les présentes lignes directrices cherchent à clarifier les circonstances où le Bureau considérerait une intervention appropriée et illustrent également des situations qui ne nécessiteraient pas une intervention en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

Le Bureau de la concurrence a reçu un nombre croissant de demandes de renseignements sur la façon dont il traite la PI en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Les présentes lignes directrices présentent comment il perçoit les relations entre le droit de PI et celui de la concurrence. On y explique également le cadre d'analyse dont il se sert pour évaluer les pratiques touchant la PI.

Les lignes directrices examinent les circonstances où le Bureau, en vertu de la *Loi sur la concurrence*, chercherait à modérer des agissements anticoncurrentiels associés à l'exercice de droits de PI afin de maintenir les marchés concurrentiels. L'approche élaborée dans le présent document se fonde sur l'hypothèse que la *Loi sur la concurrence* s'applique en général aux comportements touchant la PI comme à ceux concernant d'autres types de propriété.

¹ L'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) définit la propriété intellectuelle et résume le rôle de la PI de la façon suivante :
Idées, dessins, créativité... [qui] nous [Canadiens] permettent de mieux travailler, de fabriquer des produits plus raffinés et de soutenir plus efficacement la concurrence sur les marchés mondiaux. Notre économie a autant besoin d'un échange vif et structuré d'idées que de capitaux ou de biens et de services. Pour favoriser un tel échange, tout en protégeant les droits des titulaires, le gouvernement du Canada englobe certains types d'ouvrages créatifs dans le domaine de la propriété intellectuelle. Vous pouvez faire reconnaître légalement ces ouvrages à peu près de la même manière que vous obtenez un titre de propriété pour un terrain.

Pour de plus amples renseignements, visitez le site Web de l'OPIC :
http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/help/faq_ip-f.html

Voici l'approche globale du Bureau quant à l'application de la *Loi sur la concurrence* à la PI :

- Les circonstances où le Bureau peut appliquer la *Loi sur la concurrence* à des comportements touchant la PI ou les droits de PI entrent dans deux grandes catégories : celles qui supposent plus que le simple exercice d'un droit de PI et celles qui supposent le simple exercice d'un tel droit, sans plus. Le Bureau utilisera les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* pour traiter des premières et l'article 32 (recours spéciaux) dans le second cas.
- Dans l'une ou l'autre éventualité, le Bureau ne présume pas que le comportement lui-même est anticoncurrentiel, qu'il est contraire aux dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* ou qu'il devrait faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 32.
- Le cadre analytique que le Bureau emploie pour déterminer la présence d'effets anticoncurrentiels ayant pour cause l'exercice de droits à l'égard d'autres formes de biens est assez souple pour s'appliquer à des pratiques touchant la PI, même si cette dernière présente d'importantes caractéristiques qui la distinguent des autres formes de biens.
- Lorsqu'un comportement touchant un droit de PI justifie un recours spécial en vertu de l'article 32, le Bureau n'interviendra que dans de très **rares** occasions décrites dans le présent document et seulement quand d'autres recours ne sont pas possibles en vertu de la loi pertinente en matière de PI.

Les circonstances dicteront la façon dont le Bureau se servira de son pouvoir d'application discrétionnaire afin de répondre à toute violation présumée de la *Loi sur la concurrence*. Par conséquent, les personnes qui envisagent de conclure une entente commerciale où une PI est en jeu devraient avoir recours aux services d'un conseiller juridique qualifié ou communiquer avec le Bureau lorsqu'elles veulent évaluer le risque que cette entente contrevienne à la *Loi sur la concurrence*. L'interprétation définitive de la loi est du ressort du Tribunal de la concurrence et des tribunaux.

Lors de l'élaboration des présentes lignes directrices, le Bureau a pris en considération le contexte économique et technologique mondial actuel et, plus particulièrement, la rapidité de l'évolution technologique dans de nombreuses industries. Il s'est aussi inspiré de son expérience passée en matière d'application de la jurisprudence canadienne ainsi que de l'approche adoptée dans les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Lignes directrices pour l'octroi de licences relatives à la propriété intellectuelle) publiées par le ministère américain de la Justice et la Federal Trade Commission (Commission fédérale du commerce) des États-Unis en 1995 de même que de l'attitude adoptée par d'autres autorités, notamment l'Union européenne.

La suite du document est divisée en six parties :

- la partie 2 traite des lois sur la PI et énumère les textes législatifs portant sur la PI; on y examine l'objet du droit de la concurrence en précisant les principaux articles de la *Loi sur la concurrence* qui touchent la PI;
- la partie 3 décrit la relation entre le droit de la PI et le droit de la concurrence;
- la partie 4 résume les principes qui sous-tendent l'application des dispositions générales et de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* aux ententes commerciales touchant la PI;
- la partie 5 décrit le cadre d'analyse du Bureau qui est conscient des caractéristiques particulières de la PI;
- la partie 6 rappelle le mandat confié au Bureau, qui est de favoriser la concurrence, ce qui peut comprendre l'intervention dans une poursuite où les droits de PI sont définis, renforcés ou étendus de façon inappropriée;
- la partie 7 présente une série de scénarios hypothétiques illustrant la façon dont le Bureau appliquerait la *Loi sur la concurrence* à une gamme de pratiques commerciales touchant la PI.

PARTIE 2 : APERÇU DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DU DROIT DE LA CONCURRENCE

2.1 Droit de la propriété intellectuelle

Les lois sur la propriété intellectuelle instaurent des droits privés ayant force exécutoire qui protègent à divers degrés la forme et/ou le contenu de l'information, de l'expression et des idées. Elles visent principalement à définir la portée de ces droits et à déterminer dans quelles circonstances il y a été porté atteinte. En protégeant des droits exclusifs, les lois sur la PI fournissent un incitatif à poursuivre des efforts scientifiques, artistiques et commerciaux qui pourraient ne pas être poursuivis autrement.

Dans les présentes lignes directrices, les droits de PI comprennent les droits accordés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, la *Loi sur les brevets*, la *Loi sur les marques de commerce*², la *Loi sur les dessins industriels*, la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* et la *Loi sur la protection des obtentions végétales*.

- La *Loi sur le droit d'auteur* confère à l'auteur d'une œuvre originale, pour une période limitée, le droit exclusif de reproduire ou de faire connaître cette œuvre.
- La *Loi sur les brevets* protège un inventeur en lui concédant, pour une durée limitée, le droit exclusif d'exclure d'autres personnes de la fabrication, de la vente ou de l'utilisation d'une invention.
- La *Loi sur les marques de commerce* permet l'enregistrement d'une marque distinctive et confère au propriétaire le droit exclusif d'employer cette marque.

- Lorsqu'un dessin est enregistré, la *Loi sur les dessins industriels* confère au titulaire le droit de limiter la production et la vente d'articles qui incorporent ce dessin.
- La *Loi sur les topographies de circuits intégrés* confère des droits similaires pour une topographie, qui est un dessin de la disposition des circuits intégrés d'un produit.

L'expression droits de PI comprend également la protection fournie à la PI en vertu de la common law et du *Code civil du Québec*, y compris celle offerte aux secrets commerciaux et aux marques de commerce non déposées.

2.2 Droit de la concurrence

Le droit de la concurrence repose sur le principe que l'intérêt public est mieux servi par des marchés concurrentiels. Ceux-ci sont socialement désirables parce qu'ils entraînent une allocation efficiente des ressources. Le droit de la concurrence cherche à empêcher les entreprises de créer, maintenir ou renforcer de façon inopportune une puissance commerciale qui affaiblirait la concurrence sans offrir d'avantages économiques en compensation. La puissance commerciale désigne la capacité d'une entreprise de faire en sorte qu'une ou plusieurs variables de la concurrence comme le prix, la production, la qualité, la diversité, le service, la publicité ou l'innovation dévient de façon significative des niveaux de concurrence pendant longtemps³ et à son

² Bien que les mêmes principes généraux de droit de la concurrence s'appliquent aux marques de commerce comme aux autres formes de PI, les lignes directrices se préoccupent généralement des questions relatives au transfert de technologie et à l'innovation. Par conséquent, lors de l'application de son approche d'exécution aux marques de commerce, le Bureau considérera de plus, dans son analyse, les questions relatives à la source et à la différenciation quant à la qualité.

³ R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society et autres, [1992] 2 R.C.S. 606), définit la puissance commerciale comme étant « la capacité d'agir de manière assez indépendante du marché ». Dans D.E.R. c. The NutraSweet Co., CT-89/2 (Tribunal de la concurrence), la puissance commerciale est associée à la capacité de maintenir des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels pendant une longue période.

avantage. Cependant, une entreprise ne dérogerait pas à la *Loi sur la concurrence* du fait qu'elle acquerrait sa puissance commerciale seulement en possédant un produit ou un procédé supérieur aux autres, en instaurant une pratique commerciale novatrice ou pour d'autres raisons qui lui permettraient d'obtenir des résultats exceptionnels⁴.

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui définissent les circonstances où il peut être nécessaire pour le Bureau d'intervenir dans une entente commerciale, y compris dans une entente concernant la PI, entrent dans deux catégories : l'une qui porte sur les infractions criminelles et l'autre qui a trait aux affaires (civiles) susceptibles d'examen. Bon nombre de ces dispositions précisent que le Bureau doit faire ressortir, avant d'intervenir, que la conduite a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement ou indûment la concurrence.

Les infractions criminelles incluent le complot (article 45), le truquage des offres (article 47), le maintien des prix (article 61), la discrimination par les prix et les prix d'éviction (article 50) ainsi que certaines formes de publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales qui y sont associées (articles 52 à 55)⁵.

Les dispositions relatives aux affaires (civiles) susceptibles d'examen concernent les agissements qui sont généralement favorables à la concurrence mais qui, dans certaines circonstances économiques, la limitent considérablement. Les affaires susceptibles d'examen comprennent l'abus de position dominante (article 79), l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du

marché (article 77), le refus de vendre (article 75) et les fusionnements (article 92) ainsi que la publicité trompeuse et des pratiques commerciales trompeuses qui y sont associées (article 74). En règle générale, le Tribunal de la concurrence peut ordonner des mesures correctives en vertu de ces articles si cette conduite a vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence⁶.

Quand un tribunal détermine qu'une entreprise a violé les dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence*, il peut infliger des amendes, l'emprisonnement ou rendre des ordonnances d'interdiction⁷. De plus, les parties peuvent tenter une poursuite privée en dommages-intérêts. En ce qui concerne les affaires (civiles) susceptibles d'examen, le Tribunal de la concurrence peut rendre diverses ordonnances correctives dont certaines limitent les droits de propriété privée. Par exemple, le Tribunal a déjà ordonné à des entreprises en fusionnement de se départir d'actifs, notamment de la PI, quand il concluait que le fusionnement proposé allait probablement diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence, annulant ainsi les droits des titulaires de propriété d'acheter ou de vendre leur propriété privée⁸. De même, des mesures correctives prises en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante ont inclus des ordonnances touchant la PI⁹.

L'article 32, qui se trouve dans la partie des recours spéciaux de la *Loi sur la concurrence*, donne à la Cour fédérale le pouvoir de rendre des ordonnances correctives, à la demande du procureur général, lorsqu'elle estime qu'une entreprise a fait usage des droits d'exclusivité et des privilèges exclusifs qu'un

⁴ Dans le cas de l'article de la Loi relatif à l'abus de position dominante, le paragraphe 79(4) stipule qu'un rendement concurrentiel supérieur est considéré lorsqu'il s'agit de déterminer si une pratique a un effet anticoncurrentiel sur un marché.

⁵ À l'exception de ceux sur les complots et les prix d'éviction, ces articles n'exigent pas de preuve quant à la puissance commerciale ou aux effets anticoncurrentiels.

⁶ La preuve de diminution notable ou d'empêchement de la concurrence n'est pas nécessaire dans le cas du refus de vendre (article 75). Toutefois, cette situation exige que l'incapacité d'une personne de se procurer l'approvisionnement adéquat soit le résultat du manque de concurrence entre les fournisseurs.

⁷ Voir D.E.R., Programme de conformité, bulletin d'information n° 3 (révisé), mars 1993, pour un exposé détaillé d'autres instruments de règlement des cas.

⁸ Voir D.E.R. c. Southam Inc. [1997] 1 R.C.S. 748 (C.S.C.); CT-90/1 (Tribunal de la concurrence).

⁹ Voir D.E.R. c. D&B Companies of Canada Ltd. CT-94/1 (Tribunal de la concurrence), ci-après Nielsen.

brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur ou une topographie de circuit intégré lui ont conférés pour restreindre indûment le commerce ou diminuer la concurrence (voir la section 4.2 du présent document relativement aux circonstances où le Bureau peut demander au procureur général de présenter une demande en vertu de l'article 32).

Lorsque la Cour fédérale détermine qu'un recours spécial est justifié en vertu de l'article 32, elle peut rendre une ordonnance corrective qui déclare nul tout accord ou licence relatif à l'usage anticoncurrentiel, ordonne la concession de licences relativement

au droit de PI (sauf dans le cas des marques de commerce), révoque le droit ou commande qu'autre chose soit faite pour empêcher l'usage anticoncurrentiel. Cette disposition accorde au procureur général le pouvoir d'intervenir dans de nombreuses situations pour faire en sorte que la concurrence ne soit ni empêchée ni diminuée indûment relativement à l'exercice des droits de PI accordés par la loi. Dans la pratique, le procureur général ne chercherait probablement une mesure corrective en vertu de la *Loi sur la concurrence* que sur la recommandation du Bureau.

PARTIE 3 : RELATIONS ENTRE LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

3.1 Droits de propriété

Les droits de propriété privée forment la base de toute économie de marché. En effet, les propriétaires doivent être en mesure de tirer avantage de la création et de l'utilisation de leur propriété en profitant des bénéfices qui en découlent. Dans une économie de marché, cela se fait en donnant au propriétaire le droit d'interdire à des tiers d'utiliser sa propriété et de forcer ceux qui souhaitent en faire usage à négocier sur le marché et puis à le rémunérer. Cela engendre des incitatifs à investir dans la mise en valeur d'une propriété privée et conduit à en faire l'échange, ce qui contribue au bon fonctionnement des marchés.

3.2 Droit de la propriété intellectuelle

La PI possède des caractéristiques singulières qui font en sorte que le titulaire du droit peut difficilement en restreindre l'accès physique et, par conséquent, y exercer ses droits. Le propriétaire d'une propriété matérielle peut la protéger contre toute utilisation non autorisée en prenant des mesures de sécurité appropriées, par exemple la mettre sous clé, mais il est ardu, voire impossible, pour une personne qui crée une œuvre artistique, d'empêcher que son bien soit copié une fois qu'il a été montré ou diffusé. C'est pire encore du fait que la PI, souvent onéreuse à mettre en valeur, n'est que trop facile et peu coûteuse à copier. La PI est aussi typiquement non exclusive — c'est-à-dire que deux personnes ou plus peuvent l'utiliser en même temps. Le fait qu'une entreprise

emploie un nouveau procédé de fabrication n'empêche pas une autre d'y recourir en même temps. En revanche, l'utilisation d'une propriété matérielle par une entreprise empêche l'utilisation concurrentielle par une autre¹⁰.

Par conséquent, les lois sur la PI confèrent au titulaire d'une PI le droit d'empêcher unilatéralement des tiers d'utiliser cette propriété. Bien que chaque loi sur la PI accorde ce droit à différents degrés et que le droit puisse être soumis à des restrictions qui changent d'une loi à l'autre, cela permet au titulaire d'une PI d'en maximiser la valeur par le commerce et l'échange sur le marché. Ce droit de tirer des bénéfices de la PI augmente l'incitatif à investir et à innover dans la PI, à l'avenir, comme dans tout autre type de propriété privée. À l'exception des protections accordées aux marques de commerce non déposées et à d'autres droits régis par la common law, la PI ne jouit d'aucune autre protection légale en dehors des lois en la matière.

3.3 Droit de la concurrence

Puisque le droit d'exclusion, qui réside au cœur des droits de propriété privée, est nécessaire pour rendre les marchés efficaces et concurrentiels, l'application de la *Loi sur la concurrence* entrave rarement l'exercice de ce droit fondamental. Les mesures d'application prises en vertu de la *Loi sur la concurrence* peuvent se justifier lorsqu'une pratique anticoncurrentielle crée, maintient ou renforce une puissance commerciale.

¹⁰ De manière à faire respecter les droits de propriété conférés par la common law, il faut qu'il soit possible d'identifier le propriétaire de la propriété et d'en circonscrire clairement les limites. Ces deux conditions peuvent être difficiles à satisfaire dans le cas d'une PI. Pour d'autres genres de propriétés privées, la possession dénote généralement la propriété. Cependant, puisque diverses personnes peuvent posséder une PI en même temps, il peut s'avérer difficile d'établir l'identité du créateur d'origine et du véritable propriétaire de la PI. En outre, puisque la PI est habituellement intangible, il est souvent difficile d'en circonscrire clairement les limites. Sans une définition légale de ces limites, le propriétaire de la PI peut éprouver des difficultés à démontrer que des tiers ont empiété sur sa propriété.

3.4 Relations

Les lois sur la PI et sur la concurrence constituent des éléments nécessaires au fonctionnement efficient du marché. Les premières accordent des droits de propriété comparables à ceux associés à d'autres types de propriétés privées. Elles incitent de la sorte les titulaires à investir dans la création et l'exploitation de PI tout en les encourageant à en faire usage et à

les diffuser avec efficience sur le marché. L'application de la *Loi sur la concurrence* à une pratique touchant une PI peut enrayer un comportement anticoncurrentiel qui nuit à la production et à la diffusion efficientes de produits et de technologies ainsi qu'à la création de nouveaux produits. La promotion d'un marché concurrentiel par l'application des lois sur la concurrence est compatible avec les objectifs qui sous-tendent les lois sur la PI.

PARTIE 4 : APPLICATION DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE AUX PRATIQUES TOUCHANT LA PI

4.1 Aperçu

En général, le Bureau procède à une analyse en cinq étapes lorsqu'il veut déterminer si un préjudice est susceptible d'être causé à la concurrence¹¹ par une transaction particulière ou par un type particulier de pratique commerciale :

- il précise la nature de la transaction ou de la pratique en cause¹²;
- il définit les marchés pertinents;
- il détermine si les entreprises faisant l'objet de l'examen possèdent une puissance commerciale en analysant le degré de concentration et les conditions d'entrée sur les marchés pertinents ainsi que d'autres facteurs;
- il détermine si la transaction ou la pratique en cause pourrait empêcher ou réduire indûment ou sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents;
- il tient compte, le cas échéant, de tout motif fondé sur l'efficacité.

Cette analyse s'applique à toutes les industries et à toutes les catégories de transactions et de pratiques commerciales. Elle est suffisamment souple pour prendre en compte les différences entre les nombreuses formes de protection accordée à la PI de même que celles entre la PI et d'autres types de biens. Par exemple, le Bureau tient compte des différences entre les diverses formes de protection accordée à la PI lorsqu'il définit le marché pertinent et détermine l'existence de la puissance commerciale

d'une entreprise. De plus, bien que les droits de PI sur un produit ou un procédé spécifique soient souvent créés et protégés par une loi et qu'ils diffèrent, par conséquent, des autres formes de droits de propriété, le droit d'empêcher des tiers d'utiliser un produit ou un procédé n'accorde pas nécessairement une puissance commerciale au propriétaire. Ce n'est qu'après avoir défini le marché pertinent et examiné des facteurs telles la concentration, les barrières à l'entrée et l'évolution technologique que le Bureau peut conclure que le titulaire d'un droit de PI valide jouit d'une puissance commerciale. L'existence de plusieurs substituts véritables au droit de PI ou la forte probabilité que d'autres acteurs entrent sur le marché (en « innovant autour » de toute position en apparence solidement établie ou en la supplantant) inciterait probablement le Bureau à conclure que la PI n'a pas conféré de puissance commerciale à son propriétaire.

L'analyse effectuée par le Bureau peut révéler que le titulaire d'une PI possède effectivement une puissance commerciale. Généralement, il faut qu'une entreprise adopte un comportement anticoncurrentiel visant à créer, à maintenir ou à renforcer une puissance commerciale pour qu'on considère qu'une infraction à la *Loi sur la concurrence* a été commise. Là encore, conformément à son approche à l'égard de toutes les formes de propriétés, le Bureau ne pourra pas juger que le titulaire de la PI a enfreint la *Loi sur la concurrence* s'il a tiré sa puissance commerciale du seul fait qu'il possédait un produit ou un procédé de qualité supérieure, qu'il a instauré une pratique commerciale novatrice ou pour d'autres raisons qui lui ont permis d'obtenir des résultats exceptionnels.

¹¹ Par souci de simplicité, et sauf indication contraire, le préjudice causé à la concurrence est à venir. Il faut toutefois souligner que, dans de nombreux cas, les préjudices peuvent se produire au moment même où le Bureau mène son enquête ou encore avoir eu lieu dans le passé.

¹² Parmi les transactions et les pratiques touchant la PI, mentionnons les fusionnements, la mise en commun des licences, l'établissement de normes pour les produits, les ventes liées et l'exclusivité.

C'est habituellement par l'octroi de licences que le titulaire d'une PI autorise d'autres personnes à l'utiliser. Dans la grande majorité des cas, cette concession favorise la concurrence parce qu'elle facilite l'utilisation plus générale d'un droit de PI de valeur par d'autres parties¹³. Lorsqu'il évalue si un accord de licence particulier soulève un problème de concurrence, le Bureau voit si les modalités de la licence servent à créer, à maintenir ou à renforcer la puissance commerciale du concédant ou du licencié. Le Bureau ne considère pas anticoncurrentiels les accords de licence relatifs à la PI sauf s'ils réduisent sensiblement ou indûment la concurrence relativement à ce qui aurait probablement existé en l'absence de telles licences.

4.2 Principes de mise en application

Plusieurs dispositions de la *Loi sur la concurrence* traitent précisément des droits de PI¹⁴. Les circonstances dans lesquelles le Bureau peut appliquer la *Loi sur la concurrence* à des pratiques anticoncurrentielles touchant la PI ou les droits de PI se regroupent en deux grandes catégories : celle où les pratiques anticoncurrentielles représentent plus que le simple exercice d'un droit de PI et celle où elles représentent le simple exercice de ce droit, sans plus. Les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* portent sur la première tandis que l'article 32 (recours spéciaux) s'applique à la seconde. L'approche adoptée par le Bureau est conforme au paragraphe 79(5), qui reconnaît que le simple exercice d'un droit de PI ne constitue pas un comportement anticoncurrentiel¹⁵, mais admet la possibilité que, dans de très rares

circonstances définies à l'article 32, le simple exercice d'un droit de PI puisse soulever une question litigieuse sur le plan de la concurrence¹⁶.

4.2.1 Dispositions générales

Selon les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, le simple exercice d'un droit de PI ne constitue pas un motif de préoccupation. Le Bureau définit le simple exercice d'un droit de PI comme l'exercice du droit du titulaire d'empêcher unilatéralement d'autres personnes d'utiliser la PI. Le Bureau considère également l'utilisation ou la non-utilisation d'une PI par un titulaire comme le simple exercice d'un droit de PI.

L'exercice restrictif du droit d'exclusion de la PI ne contrevient pas aux dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, peu importe jusqu'à quel point la concurrence est affectée. Soutenir le contraire pourrait en fait annuler les droits de PI et faire perdre ou compromettre les avantages économiques, culturels, sociaux et éducatifs qu'ils ont produits ainsi qu'entrer en contradiction avec l'opinion fondamentale du Bureau, qui veut que les lois sur la PI et sur la concurrence soient généralement complémentaires.

Le Bureau applique les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* lorsque les droits de PI constituent le fondement des arrangements conclus entre des entités indépendantes, que ce soit sous forme de transfert, d'accord de licence ou d'entente visant l'utilisation ou l'application des droits de PI, et quand le prétendu préjudice est le résultat de tels arrangements plutôt que du simple exercice du droit de PI, sans plus.

¹³ Les accords de licence représentent le moyen par lequel les titulaires font le commerce des PI et cela indique leur volonté de participer au marché. Cette capacité d'échanger et de transférer les droits de PI peut servir à en accroître la valeur et à rendre leur création et leur utilisation plus attrayantes. Les accords de licence favorisent également l'usage efficient de la PI en facilitant son intégration à d'autres éléments de la production tels que la fabrication et la distribution.

¹⁴ Voir les articles 32, 61, 77, 79 et 86.

¹⁵ Le paragraphe 79(5) se lit comme suit :

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 anticoncurrentiel.

¹⁶ Les recours prévus à l'article 32 sont beaucoup plus étendus que les recours prévus dans les dispositions générales.

Appliquer la *Loi sur la concurrence* de cette façon peut imposer des limites au propriétaire d'une PI quant à la manière dont il peut octroyer une licence, transférer ou vendre la PI et à qui il peut le faire, mais cela ne remet pas en question les droits fondamentaux d'un propriétaire de PI de le faire. Si un titulaire de PI octroie une licence, transfère ou vend la PI à une entreprise ou à un groupe d'entreprises qui, n'eût été de cette entente, aurait représenté un concurrent réel ou potentiel, et si cet accord crée, maintient ou renforce la puissance commerciale, le Bureau peut tenter de contester cet arrangement en vertu de l'article applicable de la *Loi sur la concurrence*¹⁷. La partie 7 du présent document contient une série de cas hypothétiques qui illustrent la manière dont le Bureau examine l'octroi de licences, le transfert ou la vente de PI en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

Cette démarche est conforme aux décisions du Tribunal de la concurrence concernant *Télé-Direct*¹⁸ et *Warner*¹⁹, dans lesquelles il affirme que le simple exercice du droit de PI de refuser d'octroyer une licence au plaignant ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. Dans la décision *Télé-Direct*, le Tribunal a indiqué que les préjudices de concurrence devaient découler de quelque chose de plus que du simple refus d'octroyer une licence²⁰.

Cette approche en matière d'application repose sur le principe selon lequel les conditions du marché et les avantages par différenciation qu'offre une PI devraient en grande partie déterminer les avantages commerciaux découlant de l'exploitation d'un droit de PI au sein du marché concerné. Le Bureau peut intervenir si une entreprise profite de la protection accordée à la PI pour se livrer à des agissements qui créent, maintiennent ou renforcent une puissance commerciale proscrite par la *Loi sur la concurrence*.

Lorsque deux ou plusieurs entreprises adoptent une pratique qui diminue ou empêche la concurrence, le préjudice de concurrence qui en résulte provient clairement de quelque chose de plus que le simple exercice du droit de refuser l'utilisation de la PI. Dans la mesure où des pratiques telles que le complot²¹, le truquage des offres, l'abus conjoint de position dominante, les ententes de répartition des marchés et les fusionnements restreignent la concurrence entre les entreprises offrant des produits ou des services de substitution réels ou potentiels, l'existence d'une PI ne devrait pas constituer un facteur atténuant. De telles pratiques seraient sujettes à examen en vertu de la disposition générale pertinente de la *Loi sur la concurrence*.

Le transfert des droits de PI qui diminue ou empêche la concurrence représente une autre situation dans laquelle le préjudice de concurrence découle de quelque chose de plus que le simple exercice du droit de refuser l'utilisation de la PI. Citons par exemple le cas d'un concédant qui lierait un produit ne faisant pas l'objet d'un droit de propriété à un produit protégé par son droit de PI ou celui d'une entreprise qui réussirait, au moyen d'un contrat d'exclusivité, à étendre sa puissance commerciale au-delà de la durée du brevet qu'elle détient. Dans les deux cas, le Bureau peut intervenir si la pratique mène à la création, au maintien ou au renforcement de la puissance commerciale de manière à empêcher ou à diminuer sensiblement la concurrence.

Il peut s'avérer quelquefois que, à la suite d'un examen, ce qui semble être un simple refus d'octroyer une licence ou d'accorder à d'autres l'accès aux droits de PI d'une entreprise soit en fait une conduite allant au-delà d'un tel refus. La pratique qui va au-delà du refus unilatéral d'autoriser l'accès à la PI pourrait

¹⁷ Cette analyse reposerait sur le concept du marché pertinent, comme il est expliqué à la section 5.1.

¹⁸ D.E.R. c. *Télé-Direct (Publications) Inc. et Télé-Direct (Services) Inc.*, CT-94/3 (Tribunal de la concurrence).

¹⁹ D.E.R. c. *Warner Music Canada Ltd.*, CT-97/3 (Tribunal de la concurrence).

²⁰ Dans la décision *Télé-Direct*, le Tribunal a appuyé les affirmations du directeur et déclaré qu'il était possible, en certaines circonstances, d'employer abusivement une marque de commerce, mais qu'à son avis, une conclusion d'emploi abusif devait reposer sur plus que le simple exercice des droits prévus par la loi, même si cet exercice entraînait des effets d'exclusion.

²¹ La *Loi sur le droit d'auteur* dit que l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ne s'applique ni aux redevances ni aux modalités et conditions connexes qui se dégagent de certaines ententes collectives déposées auprès de la Commission du droit d'auteur.

justifier une action d'application en vertu des dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*. Par exemple, si une entreprise acquiert une puissance commerciale en achetant systématiquement une collection déterminante de droits de propriété et qu'elle refuse alors l'octroi de licences à d'autres personnes, empêchant ou réduisant ainsi sensiblement la concurrence sur les marchés relatifs aux droits de PI, le Bureau pourrait considérer l'acquisition de tels droits comme une pratique anticoncurrentielle et examiner la question en vertu de l'article 79 (abus de position dominante) ou de l'article 92 (fusionnements) de la *Loi sur la concurrence*. Sans les acquisitions, le simple refus du titulaire de droits de PI d'octroyer des licences ne serait probablement pas suffisant pour représenter une source de préoccupation (voir l'exemple 7).

4.2.2 Application d'autres dispositions de la loi — Article 32²²

Seul l'article 32, dans la partie de la *Loi sur la concurrence* concernant les recours spéciaux, prévoit la possibilité que le simple exercice d'un droit de PI puisse constituer un motif de préoccupation et inciter le Bureau à faire des démarches auprès du procureur général pour qu'il présente une demande en recours spécial à la Cour fédérale.

Le Bureau ne cherchera réparation, relativement à l'exercice restrictif du droit d'exclusion de la PI en vertu de l'article 32, qu'en présence des circonstances mentionnées dans cet article et lorsque le préjudice de concurrence présumé découle directement et uniquement du refus. De telles circonstances imposent à la Cour fédérale de comparer les intérêts que représente le système de protection de la PI (et les incitatifs qu'il engendre) avec l'intérêt public pour une plus grande concurrence sur le marché particulier à l'étude. Généralement, le Bureau recommande que

le procureur général présente une demande à la Cour fédérale en vertu de l'article 32 lorsque, à son avis, la loi pertinente en matière de PI n'offre pas de recours adéquat.

L'application en vertu de l'article 32 exige une preuve de restriction commerciale induite ou de diminution de la concurrence. Le Bureau s'attend à ce qu'une telle action d'application ne soit nécessaire que dans certaines circonstances bien précises. Le Bureau détermine si l'exercice d'un droit de PI correspond à ce niveau en procédant à une analyse en deux étapes.

À la première étape, le Bureau doit établir que le simple refus (habituellement le refus d'octroyer des licences de PI) a nui à la concurrence à un point considéré important sur un marché pertinent différent ou considérablement plus vaste que celui qui fait l'objet de la PI ou des produits ou services qui résultent directement de l'exercice de la PI. Cette étape n'est franchie que lorsque les facteurs suivants sont réunis :

- i) Le titulaire de la PI occupe une position dominante sur le marché pertinent;
- ii) la PI représente une ressource ou un intrant essentiel pour les entreprises qui évoluent sur le marché pertinent — c'est-à-dire que le refus de permettre à d'autres l'utilisation de la PI empêche d'autres entreprises de livrer une concurrence efficace sur le marché pertinent.

À la seconde étape, le Bureau établit que le fait d'invoquer un recours spécial contre le titulaire d'un droit de PI ne nuit pas aux incitatifs à investir en recherche et développement dans le domaine économique. Cette étape est franchie si le refus d'octroyer une licence de PI freine l'innovation.

²² Les recours spéciaux prévus à l'article 32 comprennent ce qui suit : déclarer nul tout accord ou permis relatif à l'usage abusif d'un droit de PI, imposer l'octroi de licences (sauf en ce qui a trait aux marques de commerce), révoquer un brevet, supprimer ou modifier une marque de commerce ou prescrire que d'autres actes soient faits ou omis selon qu'il sera jugé nécessaire pour empêcher un tel usage abusif.

Si les facteurs i) et ii) se présentent, alors la PI est à l'origine de la situation de position dominante sur le marché pertinent et d'autres concurrents ne peuvent évoluer sur ce marché que s'ils ont accès à cette PI. Si le refus met un frein à l'innovation, le Bureau conclura que ce refus a porté préjudice aux incitatifs à l'investissement en recherche et développement et qu'un recours spécial permettrait d'aligner de nouveau ces incitatifs sur l'intérêt public pour une plus grande concurrence.

Le Bureau reconnaît que la présence des trois facteurs ne pourrait se manifester qu'en de très rares circonstances. Un exemple dans lequel ils pourraient se présenter est celui d'un secteur fonctionnant par le biais de réseaux²³, où la combinaison de la protection accordée à la PI et l'effets positif important associé à la taille du réseau peut créer ou consolider la position dominante sur le marché. Dans une telle situation, les droits de PI et les effets externes du réseau peuvent agir conjointement et créer *de facto* des normes pour l'industrie. La normalisation signifie que les concurrents ont besoin de la technologie protégée pour que leurs produits soient des options viables. La protection de la PI peut en réalité empêcher d'autres personnes d'entrer sur le marché et d'y exercer leurs activités²⁴. Toutefois, le Bureau devrait quand même s'assurer qu'un refus réprime l'innovation et ne prévient pas

simplement la reproduction de produits existants avant de recommander au procureur général de faire une demande en recours spécial à la Cour fédérale (voir l'exemple 8).

4.2.3 Questions sortant du cadre de la Loi sur la concurrence

La prolongation non autorisée d'un droit de PI pourrait recéler un comportement anticoncurrentiel. Ainsi, le titulaire d'un brevet pourrait prétendre que son brevet couvre des produits qui sont hors du champ d'application de son brevet. Ou bien le Bureau pourrait recevoir des plaintes selon lesquelles l'atteinte à un droit de PI valide devrait être justifiée pour des raisons de concurrence. Il vaut mieux laisser aux autorités compétentes en matière de PI le soin de résoudre de tels différends conformément aux textes de loi applicables (voir l'exemple 1).

Comme l'indique la section 4.1, la méthode d'analyse du Bureau est suffisamment souple pour prendre en compte les caractéristiques particulières de la PI ainsi que les différences sur les plans de la portée et de la durée de la protection accordée à divers droits de PI. Voici comment le Bureau tient compte de ces facteurs lorsqu'il analyse une transaction ou une pratique commerciale touchant à la PI.

²³ Un secteur fonctionnant par le biais de réseaux est un secteur qui présente un effet de réseaux. Cet effet se manifeste lorsque la valeur ou l'avantage découlant de l'utilisation d'un produit augmente en fonction du nombre d'utilisateurs. Par exemple, les télécopieurs présentent un effet de réseaux parce que la valeur que représente la possession d'un télécopieur dépend de toute évidence du nombre de télécopieurs compatibles en usage.

²⁴ Il ne faut pas pour autant comprendre que les marchés soumis à l'effet de réseaux fassent inévitablement l'objet d'un monopole. Les entreprises forment souvent des alliances et permettent l'accès à une nouvelle technologie dans le but d'en faciliter l'acceptation et de construire une assise. Ces activités ont tendance à être favorables à la concurrence si les entreprises qui participent au processus d'établissement des normes se font librement concurrence sur le marché.

PARTIE 5 : CADRE D'ANALYSE DANS LE CONTEXTE DE LA PI

5.1 Marchés pertinents

Les marchés pertinents constituent un outil commode pour évaluer la puissance commerciale²⁵. Lorsqu'on se préoccupe de l'effet anticoncurrentiel prospectif (c'est-à-dire que le comportement est susceptible de produire un effet anticoncurrentiel dans l'avenir²⁶), les marchés pertinents sont habituellement définis au moyen du critère du « monopoleur hypothétique »²⁷.

Lorsqu'on se préoccupe de l'effet anticoncurrentiel rétrospectif²⁸ (c'est-à-dire que la pratique a déjà eu un effet anticoncurrentiel), l'application du critère du monopoleur hypothétique pourrait mener à des conclusions erronées quant à la disponibilité de substituts et à la présence d'une puissance commerciale. Par conséquent, le Bureau prendra en considération l'incidence de tout comportement anticoncurrentiel présumé qui peut avoir précédé l'enquête lors de la détermination du marché pertinent. Dans ce contexte, le Bureau analysera simultanément la définition du marché et les incidences sur la concurrence (voir l'exemple 2).

Dans le cas de transactions ou d'une pratique touchant une PI, le Bureau utilisera probablement les critères suivants pour définir le marché pertinent : le savoir-faire ou les connaissances intangibles à la base de la PI, les procédés basés sur des droits de PI ou le produit final ou intermédiaire résultant de la PI ou l'y incluant.

La définition d'un marché en fonction d'un savoir-faire ou de connaissances intangibles est probablement important quand les droits de PI sont distincts de toute technologie ou de tout produit dans lesquels les connaissances ou le savoir-faire sont utilisés. Considérons, par exemple, le fusionnement de deux entreprises qui accordent séparément des licences relatives à des brevets semblables à plusieurs entreprises indépendantes qui se servent ensuite de ces brevets pour concevoir leurs propres technologies relativement aux procédés de fabrication. Un tel fusionnement peut réduire la concurrence sur le marché pertinent, en ce qui concerne le savoir-faire breveté, si les deux versions de ce savoir-faire sont des substituts proches l'un de l'autre, s'il n'y a pas (ou très peu) de choix constituant de proches substituts du savoir-faire et s'il existe assez de barrières qui empêcheraient l'élaboration d'approches conceptuelles susceptibles de remplacer le savoir-faire des entreprises en voie de fusionnement. Cette dernière condition peut tenir si la portée des deux brevets protégeant le savoir-faire des entreprises en voie de fusionnement est suffisamment vaste pour empêcher quiconque « d'innover autour » des technologies brevetées ou si la mise en œuvre d'un tel savoir-faire exige des connaissances spécialisées ou des atouts que seules les deux entreprises en voie de fusionnement possèdent et que des concurrents éventuels ne pourraient mettre au point ou obtenir en moins de deux ans.

²⁵ L'exercice relatif à la définition de marché met principalement l'accent sur les facteurs de substitution de la demande (c'est-à-dire les réactions possibles des consommateurs). Le Bureau prend en considération l'influence contraignante potentielle des entreprises qui peuvent participer au marché au moyen d'une réaction de l'offre (c'est-à-dire une réponse possible de la production) après avoir défini le marché pertinent.

²⁶ C'est généralement le cas pour les fusionnements.

²⁷ Voir les sections 3.2 et 3.3 des *Lignes directrices pour l'application de la loi : fusionnements* du Bureau de la concurrence.

²⁸ C'est généralement le cas pour les allégations d'abus de position dominante ou de complots.

Dans les cas concernant l'octroi de licences relatives à une PI, le Bureau considère généralement la licence comme les termes de l'échange en vertu duquel le licencié est autorisé à utiliser la PI. Le Bureau ne définit pas un marché pertinent sur la base de la licence, mais plutôt en fonction de ce qui est réellement protégé par les droits légaux accordés au licencié.

Le Bureau ne définit pas les marchés seulement d'après les activités en recherche et développement ou les efforts d'innovation. Habituellement, il s'attache aux effets sur les prix ou sur la production. Les agissements qui réduisent directement l'effort d'innovation des entreprises faisant l'objet d'un examen ou qui restreignent ou empêchent l'innovation de la part d'autres entreprises peuvent se révéler anti-concurrentiels. La ou les définitions appropriées du marché pertinent dépendront spécifiquement des connaissances ou du savoir-faire, des procédés ou des biens intermédiaires ou finaux vers lesquels l'effort d'innovation est dirigé.

5.2 Puissance commerciale

La croissance potentielle d'une puissance commerciale sur le marché pertinent, résultant d'une transaction ou d'une pratique touchant une PI, dépend d'un certain nombre de facteurs. Mentionnons le degré de concentration, les conditions d'entrée, la vitesse de l'évolution technologique, la capacité des entreprises de supplanter les positions en apparence solidement établies et les effets horizontaux, le cas échéant, sur le marché²⁹. L'ordre dans lequel le Bureau évalue ces facteurs peut varier selon l'article de la *Loi sur la concurrence* d'après lequel il examine la transaction ou la pratique ainsi que la situation sur le marché pertinent.

5.2.1 Concentration du marché

Le Bureau étudie le degré de concentration du marché pour avoir une indication préalable de la compétitivité du marché pertinent. En général, plus le nombre d'entreprises sur le marché pertinent est élevé, moins il est probable qu'une d'entre elles agissant unilatéralement ou qu'un groupe d'entreprises agissant de concert puisse maintenir ou renforcer sa puissance commerciale au moyen de la transaction ou de la pratique examinée. Cependant, un degré de concentration élevé ne suffit pas pour conclure que la transaction ou la pratique entraînera la création, le maintien ou le renforcement de la puissance commerciale. C'est particulièrement vrai dans le cas d'industries où les barrières à l'entrée sont faibles, où la technologie évolue très rapidement et où le modèle d'entreprise « innove autour » des technologies qui avaient précédemment contrôlé une partie dominante d'un marché ou les supplante.

La méthode que le Bureau emploie pour mesurer la concentration sur un marché, relativement à des produits intermédiaires ou finaux, est habituellement le calcul des parts de marché des entreprises signalées comme participantes réelles au marché pertinent. Il s'agit des entreprises offrant des produits qui sont des substituts du point de vue de la demande ainsi que celles qui peuvent être des substituts du point de vue de l'offre sur le marché (c'est-à-dire celles susceptibles de réagir à une augmentation de prix sur le marché pertinent en moins d'un an et avec un investissement minimal)³⁰. Les entreprises incapables de réagir dans ce délai ou dont l'entrée exige des investissements importants ne sont pas considérées comme faisant partie du marché pertinent aux fins de la définition du marché pertinent et de l'évaluation de la concentration du marché. Ceci dit, l'éventuelle influence

²⁹ La partie 4 des *Lignes directrices pour l'application de la loi : fusions* fournit une liste d'autres facteurs dont le Bureau tient compte dans son évaluation de la puissance commerciale. Ceux-ci incluent la concurrence étrangère, la déconfiture et l'abandon des activités des entreprises, l'existence de substituts acceptables, l'existence d'une concurrence restante, l'élimination d'un concurrent vigoureux et efficace, le changement et l'innovation.

³⁰ Les facteurs suivants sont pertinents pour déterminer si une entreprise va infléchir ses ventes dans un délai d'un an en réaction à une augmentation de prix : le coût de substitution de la production dans le marché pertinent pour la production actuelle (c'est-à-dire le « coût du changement »), le degré d'engagement de l'entreprise dans la production d'autres produits ou services et la rentabilité de la transition vers la nouvelle production.

concurrentielle de telles entreprises peut être prise en considération lors de l'évaluation permettant de déterminer si la pratique en question est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le Bureau ne conteste généralement pas les comportements d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises qui agissent de concert) dont la part de marché est inférieure à 35 %. (Même les parts de marché qui dépassent ce seuil ne sont pas examinées comme une preuve de puissance commerciale ou d'effets anticoncurrentiels, mais simplement comme une situation qui peut justifier un nouvel examen.) La part de marché peut être calculée selon la production totale réelle, les ventes totales (en dollars ou en unités) ou la capacité de production totale (utilisée ou non)^{31,32}. Toutefois, certains de ces facteurs peuvent être difficiles à évaluer lorsqu'une PI est en jeu. Par conséquent, l'évaluation de la puissance commerciale réalisée par le Bureau sera vraisemblablement centrée sur des facteurs qualitatifs comme les conditions d'entrée sur le marché pertinent, le fait que l'exploitation d'une PI engendre une évolution technologique rapide, l'opinion des acheteurs, des participants au marché ainsi que des experts de l'industrie et de la technologie.

5.2.2 Facilité d'entrée

Le Bureau examine également la facilité d'entrée sur le marché pertinent pour déterminer s'il est probable que de nouveaux entrants pourront restreindre la création, le maintien ou le renforcement de la puissance commerciale qui pourrait résulter d'une

transaction ou d'une pratique touchant la PI. Les conditions d'entrée sont souvent plus importantes que la concentration du marché, quand on évalue les effets sur les marchés touchant la PI. Par exemple, l'évidence d'une évolution technologique rapide et de la possibilité que des entreprises puissent « innover autour » de positions en apparence bien établies ou les supplanter devient une importante considération qui peut régler toute préoccupation éventuelle, dans bien des cas, relativement au droit de la concurrence.

Le Bureau prend également en considération la mesure dans laquelle une transaction ou une pratique élève ou a élevé des barrières à l'entrée ou pousse ou a poussé les concurrents à se retirer du marché (voir les exemples 3.2 et 4)³³. L'entrée sur des marchés où la PI est importante peut s'avérer difficile en raison des coûts irrécupérables associés à l'exploitation d'actifs comprenant des connaissances spécialisées. De plus, même sans tenir compte de quelque pratique que ce soit, les droits de PI peuvent contribuer à renforcer les barrières à l'entrée³⁴.

5.2.3 Effets horizontaux

Dans son examen des effets, sur la concurrence, d'agissements touchant une PI, qu'il s'agisse d'une transaction de fusionnement, d'un accord de licence ou d'une autre forme d'entente contractuelle, le Bureau cherche à déterminer si les comportements ont pour résultat des effets horizontaux anticoncurrentiels — conséquences pour les entreprises qui produisent des substituts ou celles qui pourraient en produire (voir les exemples 3.1, 3.2 et 3.3).

³¹ Si les participants réels au marché incluent des entreprises qui représentent, dans un délai d'un an, des sources potentielles du point de vue de l'offre pour le marché, alors il peut s'avérer difficile d'estimer avec exactitude les parts de marché, même sous l'angle de la capacité de production. En conséquence, il doit être reconnu que les parts de marché attribuées aux entreprises dont les produits sont en fait vendus au sein du marché pertinent vont exagérer, en de telles circonstances, la position relative sur le marché.

³² Cependant, le Tribunal de la concurrence, dans l'affaire D.E.R. c. Laidlaw Waste Systems Ltd., CT-91/2 (« Laidlaw »), a déclaré que le calcul de la part de marché fondé sur les ventes peut surévaluer la puissance commerciale lorsque le marché est caractérisé par une capacité excédentaire.

³³ Le fait que des agissements anticoncurrentiels puissent créer des barrières à l'entrée a été reconnu par le Tribunal de la concurrence dans Laidlaw.

³⁴ Bien entendu, un des buts recherchés dans l'octroi de droits de PI aux innovateurs consiste à favoriser la création de nouveaux produits. Dans ce sens, les droits de PI peuvent encourager les entreprises à participer à des environnements où la technologie évolue très rapidement.

Même si un préjudice de concurrence — tel que l'acquisition d'un magasin de chaussures au détail par un fabricant ou l'octroi d'une licence du droit d'utiliser un additif alimentaire particulier à un producteur d'aliments — peut être vertical, il peut tout de même produire des effets horizontaux sur un marché pertinent (voir l'exemple 4). Si un arrangement est vertical, le Bureau voit s'il en résultera vraisemblablement des effets horizontaux sur les vendeurs ou les acheteurs.

5.3 Effets anticoncurrentiels

Il faut qu'il y ait des effets horizontaux pour que le Bureau puisse conclure qu'une transaction ou une pratique est anticoncurrentielle. À cet égard, le Bureau vérifie si la transaction ou la pratique favorise la capacité d'une entreprise à exercer une puissance commerciale, que ce soit de façon unilatérale ou d'une manière concertée, dans des domaines tels que l'établissement des prix et la production.

Des effets horizontaux anticoncurrentiels peuvent se produire si la transaction ou la pratique fait augmenter les coûts des concurrents. Par exemple, une transaction peut empêcher l'accès de concurrents à d'importants intrants ou en accroître le coût. Les accords d'octroi de licence de PI qui impliquent la vente du droit d'utilisation de la PI par une entreprise à une autre sont verticaux en soi, mais ils peuvent avoir des effets horizontaux, particulièrement si le concédant et le licencié auraient été de réels concurrents sans l'accord de licence. De plus, une transaction ou une pratique qui entraîne une baisse des activités

d'innovation pourrait être anticoncurrentielle si elle empêchait la concurrence future dans un éventuel marché de produits ou de procédés.

5.4 Considérations d'efficience

Un des objectifs fondamentaux du droit de la concurrence consiste à favoriser l'utilisation efficiente des ressources grâce à une concurrence vigoureuse. Cependant, il peut arriver qu'une restriction de la concurrence puisse mener à une utilisation plus efficiente des ressources. C'est particulièrement vrai dans le cas d'arrangements et de transactions touchant une PI qui sont intrinsèquement verticaux et conjuguent des facteurs complémentaires. Il arrive aussi que la création ou le renforcement de la puissance commerciale se justifie en raison de l'efficience engendrée. De fait, ce principe est compatible avec la protection qu'offrent les lois en matière de PI, qui favorisent une efficience et une concurrence dynamique en facilitant la création d'œuvres ou de procédés de valeur qui ont pour résultat un accroissement à long terme du choix des produits, de la qualité, de la production et de la productivité. En fournissant des incitatifs à l'investissement, les lois en matière de PI accordent aux œuvres protégées une exclusivité qui peut se traduire par une puissance commerciale temporaire. Par conséquent, le Bureau tient compte des répercussions sur l'efficience, à court et à long terme, d'une transaction ou d'une pratique lorsqu'il analyse les gains en efficience dans des causes relatives à la PI. Ces gains sont reconnus de façon explicite, dans le contexte de fusions, à l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*³⁵. De plus, selon les dispositions qui visent l'abus de position dominante (article 79), l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché³⁶

³⁵ L'article 95 prévoit une exemption particulière, en vertu des dispositions sur les fusions, pour les coentreprises en recherche et développement qui respectent certains critères qui y sont énoncés.

³⁶ Bien que les gains en efficience ne soient pas reconnus expressément dans les dispositions sur les complots (article 45) de la *Loi sur la concurrence*, il existe douze moyens de défense qu'on peut invoquer dans les cas d'ententes entre concurrents qui peuvent englober des arrangements concernant l'efficience et l'accroissement relatifs à une PI. Parmi ceux-ci, les suivants sont les plus susceptibles de s'appliquer aux accords touchant à la PI : l'échange de statistiques, la définition de normes de produits, la taille et la forme des emballages, la collaboration en recherche et développement, les restrictions au sujet de la publicité ou de la promotion, les mesures visant à protéger l'environnement, les consortiums d'exportation ou les accords de spécialisation au sens de l'article 85 de la *Loi sur la concurrence*.

(article 77), les exposés sur l'efficacité et la justification d'ordre commercial peuvent être pertinents pour déterminer si une pratique est, tout bien considéré, anticoncurrentielle³⁷.

Si le Bureau conclut qu'un fusionnement est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché pertinent, il vérifie si le fusionnement produit des gains en efficacité qui contrebalancent les effets anticoncurrentiels. Le Bureau établit alors, de la manière décrite le plus complètement dans les lignes directrices sur les fusionnements, l'effet final sur le ou les marchés pertinents en déterminant si les avantages du point de vue de l'efficacité sont suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels.

Pour déterminer si une pratique relative à une PI empêche ou diminue sensiblement la concurrence en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante, l'exclusivité, les ventes liées ou la limitation du marché, le Bureau tient compte des effets favorisant la concurrence (gains en efficacité ou justification d'ordre commercial) qui découlent de cette pratique ou qui y sont associés. Par exemple, un accord de

licence entre le propriétaire d'une PI et un distributeur peut restreindre la concurrence intramarque, mais en même temps favoriser la concurrence intermarques. Un accord de licence entre deux concurrents potentiels peut également entraîner la conception d'un nouveau produit qui n'aurait pas existé autrement. Dans chaque cas, le niveau de concurrence sur le marché en serait accru³⁸.

Le Bureau examine également si les entreprises ont pu avoir recours à des moyens commercialement raisonnables pour obtenir des gains en efficacité moins néfastes pour la concurrence. Si c'est le cas, le Bureau comparera l'effet anticoncurrentiel de la transaction ou de la pratique aux autres options. En faisant cette comparaison, le Bureau ne tente pas de découvrir toutes les possibilités qui existent, en principe, pour réaliser les gains en efficacité. Il considère seulement les moyens commercialement raisonnables et qui correspondent aux droits de PI de l'entreprise. Le Bureau prend également en considération les répercussions que le fait de recourir à une autre option auraient sur la capacité de l'entreprise d'exercer ses droits de PI.

³⁷ Dans *Télé-Direct*, le Tribunal de la concurrence a affirmé ce qui suit :

Le Tribunal doit, après avoir pris en considération et pesé tous les facteurs pertinents, déterminer si, tout bien considéré, les agissements visent « l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas ». Au nombre des facteurs pertinents figurent la preuve des effets des agissements, celle de toute justification commerciale et celle de l'intention subjective, laquelle peut, même si elle n'est pas nécessaire, éclairer l'évaluation de la totalité de la preuve. La « justification commerciale » doit être « plausible » et « être liée à l'efficacité » ou « proconcurrentielle ». En outre, elle doit s'évaluer « en fonction des effets anticoncurrentiels pour établir l'objectif prépondérant » des agissements reprochés.

³⁸ Dans *Nielsen*, le Tribunal de la concurrence a jugé que, même s'il existe une certaine justification des prétendus agissements anticoncurrentiels, elle doit être évaluée par rapport aux effets anticoncurrentiels.

PARTIE 6 : PROMOTION DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Le Bureau peut avoir recours à son mandat pour promouvoir la concurrence et l'affectation efficiente des ressources afin d'intervenir dans les discussions et les débats sur les politiques concernant le champ d'application, la définition, l'étendue et la durée des droits de PI. Le Bureau peut également intervenir dans des causes entendues en Cour fédérale et en Cour supérieure s'il croit qu'il est important d'y faire valoir l'aspect de la concurrence, que les parties n'y auraient pas amené. Dans d'autres actions, si

le Bureau estime que des droits de PI peuvent être définis, renforcés ou étendus de manière peu convenable, il peut intervenir et faire des représentations relativement à l'étendue de la protection qui devrait être accordée aux droits de PI.

La partie 7 du présent document décrit des situations hypothétiques illustrant la démarche du Bureau dans l'application de la loi.

PARTIE 7 : APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE À LA PI : EXEMPLES HYPOTHÉTIQUES

Exemple 1 : Atteinte présumée à un droit de PI

FISC est un fabricant de logiciels qui produit et distribue un programme de gestion des impôts perfectionné et complexe destiné à aider les particuliers dans leur planification fiscale. Comme il est de coutume dans l'industrie du logiciel, FISC attribue un numéro de série à chaque copie de son programme qu'elle distribue. Le client peut s'enregistrer auprès de FISC en donnant le numéro de série inscrit sur l'emballage et certains renseignements personnels. FISC offre des mises à niveau occasionnelles de son produit pour tenir compte des modifications apportées au code fiscal ainsi que de l'évolution technologique, et les utilisateurs doivent être enregistrés pour les recevoir, moyennant des frais modiques. Si l'entreprise constate qu'un numéro de série est employé plus d'une fois, elle sait que son logiciel a été reproduit illégalement. Elle est bien consciente qu'un numéro de série n'empêchera pas les copies illicites, mais qu'il s'agit néanmoins d'un outil de détection incitant les gens à ne pas copier le logiciel. FISC vend son produit depuis quelques années et est maintenant largement reconnue comme un des principaux fabricants de logiciels de gestion des impôts.

Il y a plus de deux ans, un membre important de l'équipe de génie logiciel de FISC a décidé de fonder sa propre entreprise, appelée LOGIFISC. Celle-ci vient de lancer son propre logiciel de gestion des impôts qui doit être utilisé *de concert* avec le produit de FISC. La nouvelle entreprise a conçu son programme de manière à ce qu'il serve d'interface graphique au logiciel de FISC. En outre, des changements relativement mineurs apportés au code fiscal peuvent être intégrés dans le produit de LOGIFISC. Par conséquent, les gens qui possèdent déjà le logiciel de FISC n'ont plus besoin d'obtenir des mises à niveau

de FISC. Ils achètent plutôt le produit de LOGIFISC à un prix beaucoup plus bas et peuvent continuer à acheter des mises à niveau de LOGIFISC.

FISC a déclaré publiquement que LOGIFISC a certainement violé son droit d'auteur puisqu'il lui aurait été impossible de créer son logiciel sans avoir copié le code source de FISC. Malgré ces affirmations, FISC n'a pas intenté de poursuite contre LOGIFISC, mais a décidé de présenter une plainte officielle au Bureau en prétendant que la pratique de la nouvelle entreprise constituait une tentative d'éviction, car elle avait miné la politique de FISC relativement aux numéros de série en faisant en sorte qu'il soit moins utile pour les utilisateurs de s'enregistrer auprès de FISC. Celle-ci affirme que, depuis l'arrivée du produit de LOGIFISC sur le marché, son programme a été fréquemment piraté et que, par conséquent, le marché de son produit s'est évaporé.

Analyse

Le Bureau conclurait probablement que le problème sous-jacent, dans ce cas, réside dans la possibilité que LOGIFISC ait violé le droit d'auteur de FISC. Par conséquent, le Bureau informerait FISC qu'à son avis le sujet ne soulève aucune question du point de vue de la Loi sur la concurrence et lui suggérerait d'obtenir des conseils juridiques sur d'autres recours qu'elle pourrait exercer, le cas échéant.

Exemple 2 : Fixation des prix

Trois entreprises ayant chacune conçu des techniques brevetées différentes offrent des interventions de chirurgie esthétique pour traiter une affection particulière. Les trois interventions nécessitent plusieurs visites à une clinique privée sur une période de six mois, ne produisent aucuns effets secondaires indésirables et présentent des taux de succès à peu

près égaux. La seule solution de rechange à ces interventions consiste à prendre un médicament coûteux qui produit des effets secondaires indésirables chez certains patients. Les trois entreprises se sont entendues sur un prix minimal pour lequel chacune effectuera l'intervention et sur un droit minimal pour octroyer des licences à des tiers. Avant que l'entente ne soit conclue, l'intervention se faisait pour 5 000 \$ environ. Depuis l'entente, les prix ont augmenté à environ 8 000 \$ en moyenne.

Analyse

Le Bureau examinerait sans doute cet accord en vertu de la disposition relative aux complots dans l'article 45 de la Loi sur la concurrence.

Afin de déterminer le marché pertinent, le Bureau prendrait en considération, avec d'autres facteurs, la preuve directe de l'exploitation d'une puissance commerciale comme le fait que les prix aient augmenté de 3 000 \$ depuis l'entente entre les parties. Le Bureau peut considérer cette fluctuation dans le prix comme une preuve directe que les trois actes médicaux font partie du même marché pertinent et que les parties exercent collectivement une puissance commerciale.

Le Bureau serait aussi à la recherche de preuves que les trois entreprises avaient l'intention de conclure l'accord, qu'elles en connaissaient les modalités et qu'elles savaient ou auraient dû savoir qu'il réduirait indûment la concurrence. Il tenterait également de déterminer l'effet de l'accord, particulièrement pour établir dans quelle mesure celui-ci avait accru la puissance commerciale que les entreprises pouvaient exercer ensemble. Si le Bureau déterminait que les trois entreprises représentaient 100 % du marché et que leurs brevets constituaient des barrières effectives à l'entrée d'autres entreprises sur le marché, il conclurait vraisemblablement que l'intention objective et l'accord de prix minimal auraient probablement pour effet de créer ou de renforcer la puissance commerciale. S'il avait des preuves de l'intention des parties de conclure l'accord et que la puissance commerciale découlait de cet accord, le Bureau soumettrait probablement l'affaire au procureur général pour qu'il intente une poursuite en vertu de l'article 45 de la Loi sur la concurrence.

Exemple 3.1 : Concession de licences exclusives

CYCLO vient de mettre au point un nouvel engrenage pour vélos de montagne. Deux autres entreprises fabriquent des systèmes qui font concurrence au produit de CYCLO. Toutes les trois fabriquent plusieurs genres d'engrenages pour vélos et effectuent de la recherche et du développement afin d'améliorer la technologie appliquée à ces systèmes. CYCLO octroie des licences d'utilisation de sa technique brevetée à des fabricants de vélos de montagne, car elle ne possède pas la capacité de fabriquer elle-même ces vélos. La demande à l'égard des vélos de montagne est comblée par trois grandes entreprises, qui réalisent environ 80 % des ventes, et par six plus petites entreprises. CYCLO vient d'octroyer à AVENTURE, le plus gros fabricant de vélos de montagne (qui représente 30 % des ventes), une licence exclusive lui permettant d'utiliser son nouvel engrenage breveté sur ses vélos de montagne. AVENTURE ne possède ni la technologie ni la capacité de concevoir la technologie liée aux engrenages. Même si le nouvel engrenage de CYCLO présente certaines caractéristiques qu'on ne trouve pas sur d'autres produits courants, la demande de vélos munis du nouveau système est incertaine. De plus, AVENTURE s'attend à engager des dépenses importantes pour concevoir et promouvoir des vélos de montagne qui feront appel à la technologie inédite de CYCLO. Celle-ci a refusé les demandes de licence, relativement à cette technologie, des autres fabricants de vélos de montagne. Grâce à la recherche et au développement incessants, des technologies de rechange dans ce domaine seront probablement mises en marché à l'avenir.

Analyse

Le Bureau est susceptible d'examiner le comportement des deux entreprises en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

CYCLO et AVENTURE entretiennent des relations de fournisseur-client et non pas de concurrents, réels ou éventuels, sur le marché des engrenages ou des vélos de montagne. Puisqu'elles ne se font pas concurrence,

la licence exclusive ne réduirait probablement pas la concurrence entre elles. Le Bureau examinerait néanmoins le marché des engrenages et celui des vélos de montagne afin de déterminer si la licence exclusive empêche ou diminue sensiblement la concurrence sur l'un des marchés ou sur les deux.

Même si la technologie de CYCLO n'est pas mise à la disposition des deux principaux rivaux d'AVENTURE et que les marchés des engrenages et des vélos de montagne sont concentrés, les concurrents de CYCLO sur le marché des engrenages peuvent quand même continuer de vendre leurs produits à AVENTURE. De plus, les autres fabricants de vélos de montagne ont accès aux autres engrenages de CYCLO et à ceux d'autres fournisseurs. La licence exclusive a peut-être été concédée du fait qu'AVENTURE a convenu d'engager des dépenses importantes pour mettre au point et faire la promotion de vélos de montagne qui emploient la technologie de CYCLO.

Dans le cadre de son évaluation, le Bureau tiendrait compte de la compétitivité du marché des vélos de montagne avant et après l'octroi de la licence. Puisque CYCLO ne fabrique pas de vélos de montagne et qu'elle n'a aucune obligation d'octroyer une licence relative à son type d'engrenage à un fabricant de vélos de montagne, tout accord de licence rehausserait la concurrence. Dans ce cas, la licence relative à la technologie autorise la mise au point de vélos de montagne au moyen de cette technologie ainsi que leur promotion, ce qui améliore la concurrence sans restreindre la capacité des autres fabricants de vélos de montagne d'avoir accès ou recours à des technologies concurrentes. Par conséquent, le Bureau conclurait, étant donné de tels faits, que l'accord de licence exclusive ne soulève aucune question litigieuse sur le plan de la concurrence.

Exemple 3.2 : Forclusion par l'acheteur

Considérons une variante de la situation décrite à l'exemple 3.1, où les affaires d'AVENTURE ont augmenté jusqu'à représenter environ 70 % des ventes de vélos de montagne. AVENTURE a profité de la croissance de son chiffre d'affaires pour négocier

de façon indépendante des ententes d'approvisionnement et des licences exclusives à long terme avec les trois fournisseurs concurrents d'engrenages pour vélos de montagne. L'incapacité des fabricants concurrents d'obtenir une technologie relative aux engrenages appropriée a forcé certains d'entre eux à fermer leurs portes et a réduit substantiellement les ventes des entreprises qui ont survécu. AVENTURE a majoré le prix de ses vélos de 25 %. Même si d'autres types d'engrenages sont en développement, il semble peu probable qu'une technologie viable soit mise à l'essai et en production dans moins de 36 mois.

Analyse

Le Bureau examinerait probablement la conduite d'AVENTURE en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

Dans un premier temps, le Bureau déterminerait si les vélos de montagne constituent un marché pertinent et si AVENTURE contrôle sensiblement ou complètement l'offre du produit sur ce marché pertinent. Le Bureau estimerait probablement que l'absence apparente de substituts acceptables, la part du chiffre d'affaires élevée d'AVENTURE et la capacité de celle-ci d'imposer une majoration de 25 % des prix prouvent qu'AVENTURE contrôle sensiblement le commerce des vélos de montagne et que ce marché constitue un marché pertinent.

Le Bureau se demanderait ensuite si les accords de licence exclusive d'AVENTURE, qui lui permettent d'empêcher ses concurrents d'obtenir un approvisionnement d'engrenages adéquat, constituent un comportement anticoncurrentiel. Bien qu'une entente de licence exclusive puisse, comme le montre l'exemple 3.1, améliorer la concurrence, le recours à un accord de licence exclusive pour en fait contrôler l'offre d'un intrant essentiel sur le plan concurrentiel peut se révéler anticoncurrentielle. Le Bureau jugerait sans doute anticoncurrentielle la manière systématique dont AVENTURE empêche ses concurrents d'avoir accès à cet intrant indispensable au moyen de la signature de licences exclusives à long terme avec chaque fournisseur.

Le Bureau évaluerait alors l'incidence des licences exclusives sur la concurrence. Il conclurait probablement que les effets négatifs sur la capacité des autres fabricants de vélos de montagne de faire concurrence, qui ont découlé du fait qu'AVENTURE les a empêchés d'avoir accès à une technologie éprouvée en matière d'engrenages, ainsi que la manière par laquelle AVENTURE a réussi à imposer d'importantes augmentations de prix, prouvent qu'AVENTURE a empêché ou diminué sensiblement la concurrence. En l'absence de preuve convaincante de gains en efficacité ou de justifications d'ordre commercial, qui ne semblent pas exister dans cet exemple, le Bureau demanderait probablement que les licences exclusives soient résiliées volontairement. En cas de refus, il présenterait probablement au Tribunal de la concurrence une demande de résiliation de ces licences.

Exemple 3.3 : Forclusion par les fournisseurs

Selon une variante de la situation décrite à l'exemple 3.2, les fournisseurs d'engrenages, inquiets devant le pouvoir d'achat grandissant d'AVENTURE, concluent un accord visant à se répartir le marché des systèmes pour vélos de montagne. Dans le but faciliter le contrôle de la conformité, les entreprises acceptent de signer des accords de licence exclusive, à prix élevé, avec AVENTURE. Le résultat de ces ententes est décrit à l'exemple 3.2.

Analyse

Il est probable que le Bureau examinerait cette question en vertu de l'article 45, à titre de complot contre les fournisseurs d'engrenages ou en vertu de l'article 79, à titre d'abus conjoint de position dominante contre les fournisseurs d'engrenages.

Plusieurs facteurs influeraient sur la décision initiale du Bureau d'examiner et de contester éventuellement ces ententes, y compris l'existence d'une justification légitime d'ordre commercial ou de gains en efficacité, qu'AVENTURE ait été informée de l'arrangement

et de la logique commerciale qui le sous-tendait ou que les parties aient agi secrètement. Si l'entente était la machination flagrante d'une répartition du marché exécutée de manière cachée, le Bureau ferait enquête en vertu de l'article sur les complots. Un accord de spécialisation, où chaque fournisseur s'engage publiquement à se concentrer sur une technologie particulière, que les parties ont divulgué à AVENTURE et dont elles ont discuté avec elle, déclencherait sans doute une enquête sur l'abus conjoint de position dominante.

Le Bureau déterminerait d'abord si les engrenages constituent un marché pertinent et si les fournisseurs de ces engrenages jouissent d'une puissance commerciale ou contrôlent complètement l'offre du produit sur le marché pertinent. Il estimerait que l'absence apparente de substituts acceptables aux engrenages et la part du chiffre d'affaires élevée des fournisseurs et d'AVENTURE ainsi que leur capacité à imposer une majoration des prix constituent des preuves que les fournisseurs possèdent une puissance commerciale ou contrôlent sensiblement le commerce des engrenages et que ces engrenages représentent un marché pertinent.

Si le Bureau menait une enquête en vertu de la disposition sur le complot, il évaluerait ensuite si les conditions énoncées dans cet article, dont il est question à l'exemple 2, ont été remplies. Dans l'éventualité où il enquêterait en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante, il déterminerait si les conditions énoncées dans cet article, dont il est question à l'exemple 3.2, ont été remplies en ce qui concerne les répercussions de l'arrangement sur le marché de la technologie des engrenages et/ou sur celui des vélos de montagne. Pour les raisons discutées à l'exemple 3.2, et compte tenu des faits relatifs à la cause, il semble probable que le Bureau conclurait que l'arrangement a sensiblement ou indûment diminué ou empêché la concurrence. Il soumettrait donc le dossier au procureur général (dans le cas d'une enquête en vertu de la disposition sur les complots) ou chercherait à mettre fin à l'entente de répartition de marché de même qu'aux licences exclusives (dans le cas d'une enquête en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante).

Exemple 4 : Contrats exclusifs

Grâce à ses brevets internationaux, ÉPICES est le seul fournisseur de Mégasel, un additif alimentaire remarquable qui a efficacement remplacé le sel dans certains aliments préparés dans la plupart des pays. Le brevet canadien d'ÉPICES vient d'expirer. Toutefois, l'entreprise dispose de la protection accordée par ses brevets à peu près partout ailleurs dans le monde. Peu avant que son brevet canadien ne vienne à échéance, ÉPICES a signé des contrats de cinq ans, qui comprennent des droits d'approvisionnement exclusif, avec ses deux principaux acheteurs canadiens. Ces contrats empêchent les deux acheteurs, qui se servent du Mégasel dans des aliments spéciaux préparés pour les hôpitaux et d'autres établissements de santé, d'utiliser à la fois du Mégasel et un autre succédané de sel dans la même gamme de produits. ÉPICES n'a pas de contrats d'approvisionnement exclusif à long terme avec d'autres acheteurs de Mégasel au Canada ou ailleurs. Récemment, NOUVSEL, une entreprise qui a mis au point un produit de remplacement possible du Mégasel, a déposé une plainte auprès du Bureau en alléguant que les contrats d'ÉPICES l'empêchent de fabriquer et de commercialiser ses produits au Canada. NOUVSEL affirme que les contrats d'ÉPICES lui ont fermé une grande partie du marché, l'empêchant d'entrer au Canada d'une manière rentable et à une échelle satisfaisante.

Analyse

Les affirmations de NOUVSEL laissent supposer qu'ÉPICES, en raison de ses contrats avec ses deux plus gros acheteurs, exploite actuellement sa puissance commerciale sur le marché des succédanés de sel. Le Bureau ferait probablement enquête sur ces allégations en vertu des dispositions sur l'exclusivité (article 77) ou l'abus de position dominante (article 79).

Le Bureau déterminerait d'abord si les succédanés de sel constituent un marché pertinent. Cela nécessiterait de déterminer si les succédanés de sel sont soumis à une

concurrence réelle de la part d'autres substances (le sel, par exemple) ou s'ils possèdent des propriétés spécifiques et des caractéristiques fonctionnelles qui font en sorte que le sel n'est pas un réel substitut. Le Bureau chercherait alors à déterminer si ÉPICES contrôle sensiblement le marché sur lequel ses substituts de sel se font concurrence, puis évaluerait la part des ventes d'ÉPICES et les barrières à l'entrée sur ce marché. Entre autres, le Bureau prendrait en considération tous les facteurs qui empêchent d'autres fournisseurs d'offrir leurs produits au Canada, y compris l'effet des contrats d'approvisionnement exclusif sur la capacité de ces autres fournisseurs de réaliser des ventes auprès d'une masse critique de clients. En supposant que le Bureau établisse que les succédanés de sel constituent un marché pertinent, il en viendrait probablement à la conclusion qu'ÉPICES contrôle sensiblement ce marché.

Le Bureau examinerait ensuite si les contrats d'approvisionnement exclusif dont ÉPICES s'est servie, pour empêcher ses principaux clients de se procurer des substituts de sel auprès d'autres fournisseurs, constituent une pratique d'exclusivité ou d'abus de position dominante. Le Bureau conclurait probablement que les contrats d'approvisionnement exclusif se traduisent par de l'exclusivité. Afin de déterminer si la mise en place de ces contrats constitue un comportement anticoncurrentiel, le Bureau examinerait les circonstances entourant leur négociation et leur conclusion ainsi que jusqu'à quel point ils visaient l'exclusion et la création d'entraves à une concurrence réelle sur le marché pertinent. Si le Bureau trouvait que les contrats avaient pour but de priver les entrants potentiels d'une partie suffisamment importante de la demande, de sorte que la demande restante n'aurait fourni qu'un volume de ventes insuffisant pour couvrir le coût d'entrée et les frais d'exploitation futurs au Canada, le Bureau déclarerait probablement que la signature de licences d'exclusivité à long terme s'avère anticoncurrentielle.

Le Bureau évaluerait alors l'incidence des contrats exclusifs sur la concurrence. À cet égard, les conséquences négatives sur la capacité des autres fournisseurs de substituts de sel de faire concurrence au Canada seraient évaluées

pour déterminer si les contrats ont empêché ou diminué sensiblement la concurrence. Si le marché pertinent est rigoureusement défini comme « succédanés du sel » et que les contrats d'ÉPICES bloquent l'entrée de producteurs potentiels de ces substituts, le Bureau pourrait conclure que ces contrats exclusifs ont réduit sensiblement la concurrence. En empêchant les entreprises de tenter de fournir d'autres substituts de sel au Canada, les contrats exclusifs peuvent faire en sorte que d'autres acheteurs au Canada, n'ayant pas signé de contrat avec ÉPICES, se retrouvent à payer des prix plus élevés qu'ils ne le feraient si ÉPICES était soumise à une concurrence réelle. L'ampleur de la réduction de la concurrence dépendrait de la mesure dans laquelle ces contrats empêchent l'entrée de nouveaux joueurs sur le marché et du degré de substitution anticipé qui existerait entre le Mégasel et d'autres succédanés de sel, comme NOUVSEL, si les contrats exclusifs n'existaient pas. En général, si l'on détermine que les contrats constituent la principale barrière à l'entrée de nouveaux producteurs et que leurs produits sont probablement de proches substituts du Mégasel, le Bureau conclurait vraisemblablement que les contrats ont réduit sensiblement la concurrence. Cependant, si le Bureau détermine qu'il existe une demande suffisante au Canada et dans le reste du monde, malgré les contrats, pour permettre l'entrée d'une concurrence réelle au Canada, les contrats exclusifs d'ÉPICES ne seraient pas considérés comme ayant empêché ou diminué sensiblement la concurrence.

Le Bureau étudierait également si des motifs d'efficacité ou une justification d'ordre commercial convaincante appuient l'existence des contrats d'exclusivité d'ÉPICES. Par exemple, l'entreprise peut avoir conclu ces ententes de manière à s'assurer que ses ventes seraient assez élevées pour justifier un investissement dans des installations de production d'une capacité suffisante pour réaliser des économies d'échelle. De plus, la contrainte imposée aux acheteurs de ne pas combiner le Mégasel à d'autres substituts du sel peut être justifiée par des raisons de qualité ou de sécurité. Si le Bureau conclut que les contrats

d'ÉPICES réduisent sensiblement la concurrence, mais que de solides motifs fondés sur l'efficacité ou des impératifs commerciaux justifient ces contrats, qui ne pourraient être exécutés sans être exclusifs, le Bureau ne contesterait probablement pas cette pratique en vertu des articles 77 ou 79 de la Loi de la concurrence. Toutefois, en l'absence de tels motifs convaincants justifiant l'exclusivité, le Bureau chercherait vraisemblablement à faire résilier volontairement les contrats d'exclusivité d'ÉPICES. En cas d'échec, le Bureau présenterait probablement une demande au Tribunal de la concurrence en vue de mettre un terme aux licences exclusives.

Exemple 5 : Redevances à la production

MEMEX possède actuellement un brevet pour la conception d'un composant de mémoire utilisé dans les ordinateurs personnels. MEMEX ne fabrique pas d'ordinateurs personnels, mais elle vend ses composants de mémoire et octroie des licences d'utilisation de sa technologie aux fabricants d'ordinateurs. Traditionnellement, les contrats d'autorisation de MEMEX exigeaient que le licencié paie des droits pour chacun des composants de mémoire de MEMEX installé dans un ordinateur. Grâce à son brevet, MEMEX ne fait face à aucune concurrence de la part d'autres producteurs de composants de mémoire souhaitant employer une conception similaire. Cependant, son brevet vient à échéance dans moins d'un an et l'on suppose que d'autres entreprises commenceront alors à fabriquer et à vendre des composants de mémoire basés sur la conception de MEMEX. MEMEX a récemment introduit un nouvel accord de licence. En vertu de ce nouvel accord, MEMEX accorde des licences d'utilisation non exclusives relativement à sa technologie et à ses composants de mémoire à tous les fabricants d'ordinateurs personnels moyennant des redevances sur tous les ordinateurs expédiés, qu'ils soient ou non dotés du composant de mémoire de MEMEX, puis le versement de frais supplémentaires pour chaque composant de MEMEX installé par le fabricant.

L'entreprise affirme que la politique d'octroi de licence antérieure avait l'effet imprévu d'encourager les fabricants à installer trop peu de composants de mémoire MEMEX, ce qui diminuait le rendement des ordinateurs. MEMEX prétend que la nouvelle pratique d'octroi de licence fait en sorte qu'il coûte moins cher aux fabricants d'installer une quantité plus appropriée de mémoire dans les ordinateurs. Pour compenser la perte de revenus, MEMEX demande une redevance sur chaque ordinateur vendu.

Analyse

Le Bureau enquêterait, dans cette affaire, en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

Le Bureau déterminerait d'abord si les composants de mémoire qui utilisent la technologie de MEMEX constituent un marché pertinent, puis évaluerait si MEMEX contrôle sensiblement ou complètement l'offre du produit sur ce marché. Compte tenu du rythme rapide du développement technologique et de la concurrence intense qui existe dans la production de dispositifs à circuits intégrés, le Bureau pourrait conclure que la technologie de MEMEX fait concurrence à d'autres technologies de mémoire, que les barrières à l'entrée sont suffisamment minimales, que la portée du marché pertinent s'étend au-delà de la technologie de MEMEX ou que MEMEX est incapable de contrôler sensiblement l'offre des produits sur le marché pertinent spécifié. Si le Bureau estime que MEMEX fait face à une concurrence importante et réelle de la part d'autres fournisseurs de composants de mémoire, alors il conclurait probablement qu'il n'y a pas de raisons d'enquêter plus avant. Par ailleurs, s'il conclut que les composants de mémoire offerts par d'autres fournisseurs ne sont pas considérés comme des substituts acceptables et ne permettent pas aux fabricants d'ordinateurs de produire des ordinateurs qui font concurrence à ceux qui emploient le composant de mémoire de MEMEX, le Bureau pourrait déterminer que l'enquête doit être approfondie.

En supposant que le Bureau ait établi que la technologie de MEMEX définit le marché pertinent et que MEMEX contrôle sensiblement ce marché, il examinerait alors si l'utilisation par MEMEX de ses nouveaux accords d'octroi de licence constitue un comportement anticoncurrentiel. Cette décision dépendrait des modalités spécifiques des contrats et des répercussions probables qu'elles auraient sur la concurrence sur le marché pertinent. Bien que les contrats d'autorisation de MEMEX n'interdisent pas expressément aux fabricants d'ordinateurs d'employer les composants de mémoire fondés sur une technologie autre que celle de MEMEX, ils imposent en fait une taxe aux fabricants d'ordinateurs qui utilisent des composants de mémoire de MEMEX et d'un autre fournisseur³⁹. L'imposition, par un fournisseur dominant, de contrats d'autorisation à long terme qui contiennent de telles dispositions pourrait empêcher la concurrence et maintenir la puissance commerciale du fournisseur. Par conséquent, le Bureau déterminerait si ces contrats sont répandus, leur durée, et si la redevance par ordinateur suffit à dissuader les fabricants d'ordinateurs d'acheter des composants de mémoire d'autres fournisseurs.

Si le Bureau détermine que le marché pertinent est constitué des composants de mémoire fondés sur la technologie de MEMEX et que celle-ci détient une puissance commerciale, il évaluerait alors les répercussions probables de la nouvelle pratique d'octroi de licence de MEMEX sur la concurrence et le prix des composants de mémoire. S'il conclut que cette pratique permet à MEMEX d'exercer une puissance commerciale considérablement plus grande après l'expiration de son brevet que cela n'aurait été le cas autrement, le Bureau prendrait en considération le motif d'efficacité et toute autre justification d'ordre commercial de MEMEX pour imposer une redevance par ordinateur. En l'absence de gains en efficacité ou d'autres justifications d'ordre commercial qui feraient contreponds, le Bureau demanderait probablement que l'on mette fin volontairement à la nouvelle pratique d'octroi de licence. En cas de refus, il présenterait une demande au Tribunal de la concurrence en vue de mettre un terme à cette pratique.

³⁹ Le fabricant qui désire employer d'autres composants de mémoire en plus des composants de mémoire de MEMEX doit payer deux fois, l'une pour l'autre composant et l'autre pour la redevance par ordinateur qui doit être versée à MEMEX.

Exemple 6 : Accord de mise en commun de brevets

ABC et ZENIX ont toutes deux mis au point un appareil d'imagerie à rayons X révolutionnaire utilisé dans le diagnostic du cancer. Chaque entreprise est titulaire d'une série de brevets pour certains composants de leurs appareils respectifs. Les deux appareils sont interchangeables du point de vue fonctionnel. L'appareil d'ABC ne contrefait aucun des brevets de ZENIX. Toutefois, la conception d'un des composants de l'appareil de ZENIX peut contrefaire un des brevets d'ABC. Celle-ci a menacé de poursuivre ZENIX pour contrefaçon si ZENIX commercialise son appareil sans obtenir une licence auprès d'ABC pour utiliser ce composant. ZENIX conteste l'accusation de contrefaçon d'ABC. Toutefois, pour éviter une bataille compliquée en cour, les entreprises ont placé leurs divers brevets dans une communauté de brevets. Le groupement a établi un droit de licence de 500 \$ qui doit lui être versé chaque fois qu'un appareil d'imagerie à rayons X fabriqué par l'une ou l'autre des entreprises est utilisé lors d'un diagnostic médical. La recette tirée des droits de licence est partagée entre les deux entreprises selon une formule prédéterminée. Pour cette raison, aucune des deux entreprises ne demandera vraisemblablement pas moins de 500 \$ l'acte aux médecins.

Analyse

Le Bureau examinerait cette affaire en vertu de la disposition relative aux complots (article 45) de la Loi sur la concurrence.

Le Bureau reconnaît qu'un accord de mise en commun de brevets peut favoriser la concurrence en écartant, entre autres, les brevets qui font obstacle, en évitant un coûteux conflit juridique relativement à la contrefaçon, en intégrant des technologies complémentaires et en réduisant les coûts de transaction. Si une entreprise se voit empêchée d'utiliser sa technologie parce qu'elle porte atteinte au

brevet d'une autre entreprise, et qu'il n'est pas possible « d'inventer autour » du brevet qui fait obstacle, ces entreprises ne peuvent alors pas être considérées comme des concurrents horizontaux. Dans ce cas, ABC se plaint qu'un de ses brevets est violé par un composant de l'appareil de ZENIX. Cette dernière ne se plaint pas qu'un de ses brevets est violé par un composant de l'appareil d'ABC. Par conséquent, ABC pourrait utiliser son appareil avec ou sans la conclusion d'accord, y compris un accord de mise en commun de brevets, avec ZENIX. Pour cette raison, l'accord de mise en commun de brevets n'est pas nécessaire pour que le nouvel appareil d'imagerie à rayons X soit utilisé sur le marché. Comme mesure alternative préférable d'un point de vue concurrentiel, ABC devrait simplement concéder une licence d'utilisation de son brevet contrefait à ZENIX. Si le brevet faisait vraiment obstruction, un accord de licence inciterait ZENIX à innover autour du brevet qui fait obstacle (afin de réduire ses coûts). D'autre part, ABC peut fort bien vouloir concéder une licence au brevet qui fait obstacle afin de réaliser de plus grandes recettes provenant de son travail de mise au point et d'éliminer la possibilité que son brevet soit considéré non valide par le tribunal (et par conséquent, sans aucune valeur). Toutefois, si le brevet ne faisait pas obstruction, alors ZENIX n'aurait pas d'incitatif à établir un accord de licence puisque les droits de licence représenteraient un coût net pour ZENIX qui ne procurerait aucun bénéfice compensatoire, contrairement à l'accord de mise en commun de brevets.

Sur la base de l'analyse précédente, le Bureau considérerait la communauté de brevets comme un accord commercial superflu et anticoncurrentiel qui ne serait pas requis pour que la nouvelle technologie entre sur le marché. Le Bureau évaluerait l'ampleur de la plainte d'ABC selon laquelle un de ses brevets est violé par un composant de l'appareil de ZENIX. Si la plainte d'ABC était fondée et que ZENIX ne pouvait facilement « inventer autour » du brevet d'ABC, alors le Bureau ne contesterait probablement pas l'accord de mise en commun

des brevets puisque cela ne diminuerait pas la concurrence. Si les prétentions d'ABC étaient peu fondées ou si ZENIX pouvait facilement « inventer autour » du brevet d'ABC, le Bureau contesterait l'accord de mise en commun des brevets en vertu de la disposition relative au complot (article 45) de la Loi sur la concurrence, étant donné que la communauté de brevets serait, dans son essence, une entente visant à prévenir toute concurrence des prix entre ZENIX et ABC.

Exemple 7 : Entente en vue d'évincer des produits complémentaires

Il existe cinq principales maisons de disques dont les deux plus grandes, ROCKCO et POPCO, réalisent ensemble plus de 65 % des ventes totales et représentent 70 % des artistes les plus vendus. Ils ont formé une coentreprise (DISCO) afin de concevoir, de produire et de mettre sur le marché une nouvelle génération de lecteurs numériques. La technologie de DISCO offre un son de qualité exceptionnelle et d'autres caractéristiques supérieures à ce qu'offrent les techniques existantes. DATCO a également conçu une technologie du son numérique possédant des qualités de haute fidélité semblables, mais son produit est aussi portable et permet l'enregistrement. Le coût des deux technologies est semblable, mais les technologies elles-mêmes ne sont pas compatibles : la musique à codage numérique du format DISCO doit être réencodée pour être écoutée sur le lecteur de DATCO. En vertu de leur entente de coentreprise, ROCKCO et POPCO conviennent de ne pas communiquer, ni d'octroyer de licence à personne d'autre pour communiquer, leurs enregistrements protégés par le droit d'auteur sous un format numérique autre que celui de DISCO. Conformément à cette entente, ROCKCO et POPCO ont refusé la demande de licence de DATCO pour convertir et mettre en vente des enregistrements de ROCKCO et de POPCO sous le format DATCO. Les trois autres maisons de disques prédisent, avec raison, que les consommateurs seront réticents à acquérir le produit de DATCO s'ils ne peuvent se procurer de la musique de ROCKCO

ou de POPCO sous ce format. Les autres maisons de disques sont prêtes à offrir leurs enregistrements sous le format DATCO, mais trouvent qu'il n'y a aucun marché à cet égard et sont donc obligées, à cause de la demande populaire, d'obtenir la technologie DISCO par licence pour pouvoir mettre leurs enregistrements en vente sous ce format. Par conséquent, la technologie audionumérique de DATCO, que les critiques jugeaient généralement supérieure à celle de DISCO, subit un recul. DISCO majore sensiblement le prix de son lecteur et les redevances qu'elle impose aux autres maisons de disques pour utiliser sa technologie afin de mettre en vente des enregistrements sous format DISCO.

Analyse

Le Bureau examinerait cette affaire en vertu de la disposition sur les fusionnements (article 92) et/ou de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

Premièrement, le Bureau se demanderait si le comportement supposément anticoncurrentiel, soit le refus de ROCKCO et de POPCO d'accorder le droit de reproduire sous licence leurs enregistrements protégés par droit d'auteur sous le format DATCO, constitue le simple exercice de leurs droits de PI ou s'il s'agit de plus que le simple exercice de ces droits. Dans ce cas, le Bureau déterminerait probablement que les modalités de l'entente de coentreprise de DISCO et le refus de concéder des licences diminuent la concurrence. Il demanderait d'examiner l'accord en vertu de la disposition sur les fusionnements ou de celle sur l'abus de position dominante de la Loi sur la concurrence.

Si le Bureau choisit d'examiner l'entente de coentreprise en vertu de la disposition sur les fusionnements et en se fondant sur le fait que la coentreprise constitue, à des fins de commerce audionumérique, dans son essence, un fusionnement des actifs de l'enregistrement de musique de ROCKCO et de POPCO, l'examen s'effectuerait conformément aux lignes directrices sur l'application de la loi en matière de fusionnements. Par ailleurs, s'il choisit

d'examiner l'entente de coentreprise en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante et en se fondant sur le fait que l'entente de coentreprise établit une position dominante et donne lieu à un abus conjoint, l'examen serait fait conformément au cadre et aux critères relatifs à l'abus de position dominante décrits dans les exemples précédents. Dans l'un ou l'autre cas, le Bureau devrait établir le ou les marchés pertinents affectés, examiner les barrières à l'entrée et les preuves de puissance commerciale ou de position dominante, prouver qu'il y a eu empêchement ou diminution sensible de la concurrence puis évaluer toute justification d'ordre commercial ou tout gain en efficacité.

Si le Bureau procédait en vertu de l'article 79, il devrait établir que la coentreprise DISCO possède une puissance commerciale importante sur le marché de la technologie audionumérique ou sur celui des lecteurs numériques. De plus, il devrait constater que la coentreprise DISCO a adopté un comportement anticoncurrentiel qui réduit sensiblement ou empêche la concurrence. Ici, les agissements anticoncurrentiels seraient liés à l'acquisition, par la coentreprise DISCO, de la musique des musicothèques de ROCKCO et de POPCO, et à la forclusion de ses concurrents relativement à l'accès à cette musique. La forclusion, quant à l'accès à ce matériel, empêche apparemment d'autres technologies d'enregistrement audio d'atteindre la masse critique, relativement au contenu de musique souhaité, dont elles ont besoin pour être viables. Il semble que cette conduite puisse empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence et mener à la création d'un monopole ou d'une position dominante sur les marchés de la technologie audionumérique et/ou de l'équipement de reproduction du son numérique. La forclusion des autres technologies engendre la puissance commerciale de DISCO sur ces marchés et est inutile puisqu'elle amoindrit le choix des consommateurs, mène à des hausses des redevances payées par les maisons de disques pour utiliser ce genre de technologie et fait augmenter le prix des lecteurs. Le Bureau demanderait probablement une ordonnance exigeant que ROCKCO et POPCO se défassent de DISCO ou que ROCKCO et POPCO octroient des licences de leurs œuvres pour qu'elles soient mises en vente sous d'autres formats.

Exemple 8 : Refus d'octroyer une licence relative à une norme

ABACUS et deux autres entreprises ont été les premières à mettre sur le marché un chiffrier destiné aux ordinateurs personnels. Les logiciels de chiffrier électronique ont été une des applications qui ont fait que les ordinateurs sont devenus des outils essentiels dans le monde des affaires. Au cours des cinq premières années, ABACUS a réalisé des ventes représentant près de deux fois celles de son plus proche concurrent. Son parc de logiciels installés (ventes cumulées) a grimpé à 50 %. Les deux années suivantes, sa part annuelle du marché a progressé jusqu'à plus de 75 % et une des entreprises pionnières a quitté le marché. Environ au même moment et après trois années de programmation, CALCULUS a lancé un chiffrier possédant certaines caractéristiques novatrices qu'on ne retrouvait pas dans le produit d'ABACUS. Cependant, CALCULUS n'a pas tardé à connaître des difficultés financières malgré son produit innovateur et son bas prix. Elle a donc demandé à ABACUS une licence afin de copier la terminologie et la disposition de sa hiérarchie de commande de menus (aux fins de cet exemple, il faut présumer que l'autorisation d'ABACUS était nécessaire parce qu'elle détenait des droits de PI valides en ce qui a trait à de tels travaux). Avec cette permission, CALCULUS aurait pu relancer son produit avec un mode émulation et un lecteur de clé, ce qui lui aurait permis de lire les fichiers ABACUS et aurait créé une compatibilité entre les deux produits. ABACUS a refusé d'accorder une licence et a annoncé publiquement qu'elle ferait valoir ses droits de PI contre CALCULUS si cette dernière copiait la hiérarchie d'ABACUS. À la lumière de cette situation, plusieurs gros fabricants de logiciels ont annoncé qu'ils mettaient fin à leurs programmes de développement de chiffriers.

Les chiffriers possèdent une importante caractéristique qui en fait un atout pour l'acheteur : leur effet de réseau. Un tel effet existe si la valeur d'un produit augmente avec le nombre de personnes qui achètent

des chiffriers compatibles. L'effet de réseaux se produit, pour les chiffriers, plus la taille du réseau est grande (parc de chiffriers compatibles installés), plus il y a de personnes avec qui des fichiers peuvent être échangés, plus il y a de produits complémentaires — utilitaires, logiciels d'amélioration et macros —, plus il y a de services de formation et de consultation et plus il y a de fichiers de données compatibles.

Analyse

Étant donné les circonstances de cette affaire, le refus d'ABACUS d'octroyer une licence relativement à sa PI constituerait le « simple exercice » de ses droits de PI et serait donc soumis à un examen seulement en vertu de l'article 32 de la Loi sur la concurrence.

Pour déterminer si le refus d'ABACUS restreint indûment le commerce ou diminue la concurrence, le Bureau verrait si ce refus a eu des effets négatifs sur la concurrence sur un marché pertinent différent ou considérablement plus vaste que celui qui concerne les droits de PI d'ABACUS ou les produits ou les services qui résultent directement de l'exercice de tels droits de PI. Dans ce cas, un préjudice de concurrence est présumé sur le marché des chiffriers compatibles avec celui d'ABACUS.

Pour savoir si le marché pertinent est constitué des chiffriers compatibles à celui d'ABACUS, il faut connaître l'étendue et l'importance de l'effet de réseau et des coûts de transition. Si l'effet de réseau est important, des consommateurs qui n'ont jamais acheté de chiffrier pourront quand même acquérir le produit d'ABACUS, plus cher. Les consommateurs qui sont déjà dans le réseau d'ABACUS peuvent y être pris en raison des coûts de transition qu'entraîne l'adhésion à un nouveau réseau de chiffriers (par exemple les investissements irrécupérables dans la formation, les fichiers et les produits complémentaires) et de la perte relativement aux avantages du réseau. Si l'effet de réseau et les coûts de transition sont tangibles, les utilisateurs actuels ne changeront pas de produit tandis que les nouveaux choisiront ABACUS, même si son chiffrier est offert à un prix supérieur aux niveaux concurrentiels.

Si le marché pertinent est constitué des chiffriers compatibles au produit d'ABACUS, celle-ci deviendrait le seul fabricant et contrôlerait alors 100 % du marché. De plus, si les barrières à l'entrée sont élevées, ce qui est probable dans une industrie qui connaît l'effet de réseaux, le Bureau conclurait qu'ABACUS occupe une position dominante. Afin de déterminer si le parc de logiciels installés d'ABACUS joue un rôle déterminant, matériellement, dans les barrières à l'entrée, le Bureau prendrait en considération le rythme d'innovation et la possibilité, pour une nouvelle technologie, de supplanter ABACUS malgré ses avantages (c'est-à-dire son parc de logiciels installés et les coûts de transition). Le Bureau tenterait de déterminer également s'il y a d'autres solutions efficaces pour créer la compatibilité des chiffriers sans contrevenir aux droits de PI d'ABACUS.

Si le marché pertinent est constitué des chiffriers compatibles au produit d'ABACUS et que le Bureau concluait que ce marché pertinent était considérablement plus vaste que celui qui concerne la PI d'ABACUS et les produits résultant directement de l'exercice de tels droits de PI, alors le Bureau conclurait probablement qu'ABACUS occupe une position dominante sur le marché pertinent et que la PI représente un intrant essentiel pour les entreprises qui évoluent sur ce marché. Sur cette base, le refus d'ABACUS remplit les conditions de la première des deux étapes de l'analyse qu'effectue le Bureau pour déterminer s'il va présenter ou non une demande en vertu de l'article 32.

Ensuite, le Bureau doit déterminer si le refus d'ABACUS d'octroyer une licence relativement à sa PI nuit aux mesures incitant les entreprises à investir dans la recherche et le développement. Ici, les faits laissent entendre qu'il est possible que la capacité d'ABACUS d'imposer l'incompatibilité puisse avoir un effet dissuasif sur le développement de chiffriers plus perfectionnés. De plus, le choix d'ABACUS quant à sa terminologie et à sa hiérarchie de commande de menus est probablement arbitraire, ne suppose que peu d'efforts d'innovation et ne possède que peu de valeur par rapport à d'autres substituts.

En l'absence d'un parc de logiciels installés et des coûts de transition, la terminologie et la hiérarchie d'ABACUS ne seraient ni meilleures ni pires que celles de CALCULUS (ou d'un autre fournisseur). C'est seulement une fois que les consommateurs ont investi des sommes irrécupérables et adopté un produit, créant alors un parc de logiciels installés, que les chiffriers d'ABACUS deviennent le marché ou la norme et que son choix de terminologie et d'interface menus — conditions préalables à la compatibilité avec le réseau d'ABACUS — engendre une puissance commerciale non intentionnelle et injustifiée, situation qui peut être corrigée au moyen de mesures

prises en vertu de l'article 32. Sur cette base, le Bureau conclurait probablement qu'un recours spécial exercé en vertu de l'article 32 redonnerait aux autres entreprises la stimulation nécessaire pour effectuer de la recherche et du développement de programmes de chiffrier compatibles et compétitifs.

Si les faits relatifs à l'affaire suggèrent une application possible en vertu de l'article 32, le Bureau exercerait un recours spécial permettant aux autres concepteurs de chiffriers d'avoir accès à la terminologie et à la hiérarchie de commande de menus d'ABACUS.

PERSONNES-RESSOURCES AU BUREAU DE LA CONCURRENCE

Si vous avez des questions ou si vous désirez obtenir des exemplaires de cette publication, veuillez communiquer avec le Centre de renseignements.

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATS (pour malentendants) : 1 800 642-3844
Télécopieur : (819) 997-0324
Site Web : <http://concurrence.ic.gc.ca>

Konrad von Finckenstein

Commissaire de la concurrence
Tél. : (819) 997-3301
Télec. : (819) 953-5013
Courriel : vonfinckenstein.konrad@ic.gc.ca

Gaston Jorré

Sous-commissaire principal
Fusionnements
Tél. : (819) 994-1863
Télec. : (819) 953-6169
Courriel : jorre.gaston@ic.gc.ca

Robert A. Morin

Sous-commissaire
Conformité et Opérations
Tél. : (819) 953-7942
Télec. : (819) 953-3464
Courriel : morin.robert.a@ic.gc.ca

Gwilym Allen

Sous-commissaire par intérim
Économie et Affaires internationales
Tél. : (819) 953-7218
Télec. : (819) 953-6400
Courriel : allen.gwilym@ic.gc.ca

André Lafond

Sous-commissaire
Affaires civiles
Tél. : (819) 997-1209
Télec. : (819) 953-8546
Courriel : lafond.andre@ic.gc.ca

Sous-commissaire

Affaires criminelles
Tél. : (819) 997-1208
Télec. : (819) 997-3835
Courriel : chandler.harry@ic.gc.ca

Johanne D'Auray

Sous-commissaire
Pratiques loyales des affaires
Tél. : (819) 997-1231
Télec. : (819) 953-4792
Courriel : dauray.johanne@ic.gc.ca

Nicole Ladouceur

Sous-commissaire adjointe
Unité des modifications
Tél. : (819) 997-2868
Télec. : (819) 953-8535
Courriel : ladouceur.nicole@ic.gc.ca

Dianne Clarke

Directrice des communications par intérim
Tél. : (819) 994-4994
Télec. : (819) 953-1877
Courriel : clarke.dianne@ic.gc.ca

Tandy Muir-Warden

Directrice
Politique et services de gestion
Tél. : (819) 997-1073
Télec. : (819) 994-7588
Courriel : muirwarden.tandy@ic.gc.ca