



**PROPOSITION DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DE  
L'IMMEUBLE À L'ÉGARD DU PROJET DE LIGNES DIRECTRICES  
DU BUREAU DE LA CONCURRENCE SUR LA COLLABORATION  
ENTRE CONCURRENTS**

le 10 août 2009

L'Association canadienne de l'immeuble (ACI), l'une des plus importantes associations commerciales à vocation unique au Canada, représente les intérêts de plus de 96 000 AGENTS IMMOBILIERS relevant de plus de 100 chambres et associations immobilières. L'ACI est heureuse de fournir les commentaires suivants sur le projet de lignes directrices sur la collaboration entre concurrents (le « projet de lignes directrices ») qu'a publié le Bureau de la concurrence le 8 mai dernier, en vue de solliciter les commentaires du public.

En général, l'ACI se préoccupe qu'une interprétation franche du nouvel article 45, dans lequel on définirait les accords illégaux « *en soi* » comme des accords passibles de poursuites criminelles sans tenir compte des effets qu'ils pourraient avoir sur la concurrence, pourrait mener à la conclusion qu'en rendant plus efficace la collaboration entre AGENTS IMMOBILIERS, alors que ceux-ci ne possèdent évidemment aucune emprise sur le marché, pourrait tomber sous le coup de cette disposition. Cela crée une vive inquiétude, étant donné que le secteur canadien de l'immobilier est composé de plusieurs petites entreprises qui peuvent collaborer entre elles afin de fournir aux consommateurs un service supérieur et plus efficace.

Devant la possibilité accrue de voir ces accords entrer dans les dispositions de l'article 45, et les menaces accrues de sanctions criminelles qui en découleraient, il est fort probable que cela produirait un « effet paralysant » sur les alliances favorables à la concurrence. Par conséquent, une telle hésitation à former des alliances favorables à la concurrence pourrait réduire la concurrence. Cela irait à l'encontre des objectifs de la *Loi sur la concurrence*, soit maintenir et favoriser la concurrence au Canada. Cependant, le Bureau de la concurrence pourrait encourager les alliances favorables à la concurrence s'il émettait une directive énonçant clairement que ces accords de collaboration ne feraient pas l'objet de poursuites en vertu de l'article 45 de la Loi.

La première partie de la présente proposition traite de deux scénarios qui prennent place au sein du secteur immobilier. L'ACI est d'avis que les lignes directrices sur la collaboration entre concurrents devraient aborder ces scénarios de façon plus précise. La deuxième partie de la proposition offre des commentaires généraux sur le projet de lignes directrices.

L'ACI fait bon accueil aux efforts du Bureau de la concurrence en vue de faire preuve d'une plus grande transparence relativement à la procédure et aux politiques d'exécution, ainsi qu'à l'invitation lancée au public à soumettre ses commentaires avant qu'il mette au point ses directives en matière d'exécution. L'ACI apprécie l'occasion qui lui est offerte de fournir ses commentaires sur ce projet de lignes directrices, et elle serait heureuse de développer tout aspect de la proposition qui serait jugé utile.



Pierre Beauchamp

Chef de la direction

### La relation entre mandant et mandataire

Au sein du secteur immobilier, un courtier qui ne bénéficie pas d'une position dominante sur le marché peut établir une politique de bureau à l'égard des taux de commission qu'exigent les agents du courtier qui pratiquent leur commerce dans les mêmes bureaux. Même si de toute évidence le courtier doit justifier et avoir la maîtrise des taux de commission exigés de ses propres agents (des employés dans le présent contexte), et malgré le fait qu'il n'y a aucune incidence sur la concurrence, un tel accord pourrait vraisemblablement tomber sous le coup de l'article 45 modifié. Dans un sens, on pourrait considérer les agents et le courtier comme des « concurrents », et l'article 45 ne prévoit aucune exemption précise pour ce qui est des accords entre un mandant et son ou ses mandataires. Il est possible que la défense de restriction accessoire s'applique, mais il n'est pas clair qu'un courtier serait en mesure de prouver qu'une politique de bureau relative aux taux de commission serait « fonctionnellement accessoire ou subordonnée » à l'objectif principal d'une entente plus large (page 21 du projet de lignes directrices).

Il est mentionné en page 4 du projet de lignes directrices que « Les ententes verticales entre fournisseurs et clients seront évaluées en vertu des dispositions traitant des affaires que le Tribunal peut examiner qui se trouvent à la partie VIII de la *Loi*, comme l'article 76 (maintien des prix) ou l'article 79 (abus de position dominante), et non en vertu de la disposition sur les complots de l'article 45 ». On lit plus loin, à la page 11 que :

- « Le Bureau n'examinera pas en vertu de l'article 45 une entente selon laquelle un fournisseur et un client conviennent du prix auquel le client achètera le produit du fournisseur. Le Bureau reconnaît que dans certains cas toutefois, un fournisseur peut en réalité faire concurrence à un client à l'égard du produit qu'il lui fournit. »
- « Le Bureau évaluera tous les arrangements de distribution mixte établis entre un seul fournisseur et un seul distributeur à la lumière des dispositions civiles se trouvant à la partie VIII de la *Loi*, et non à la lumière de la disposition criminelle sur les complots de l'article 45 de la *Loi*. » Lorsque l'entente met en cause au moins deux distributeurs non affiliés, le Bureau étudiera la possibilité que l'entente soit en fait une entente entre les distributeurs non affiliés, en tant que concurrents, en vue de limiter la concurrence entre eux. Autrement, une restriction qui serait imposée de façon unilatérale par le fournisseur ne serait pas examinée en vertu des dispositions de l'article 45.
- « Le Bureau examinera les ententes entre franchiseurs et franchisés qui attribuent les marchés ou les clients pour les activités du franchisé — par exemple lorsque l'entente de franchise attribue aux franchisés un territoire de vente autorisé — à la lumière des dispositions civiles de la partie VIII de la *Loi* et non de la disposition criminelle sur les complots de l'article 45 de la *Loi*. »

Également à la page 11, la note en bas de page dit que : « De tels arrangements entre fournisseur et distributeur peuvent prendre la forme d'accords entre mandant et mandataire. » C'est la seule mention qu'on fait des accords entre mandant et mandataire dans le projet de lignes directrices.

Compte tenu que l'ancien article 61 portant sur le maintien des prix, faisait exception à la règle dans le cas d'un accord entre mandant et mandataire, cela porte à croire qu'on n'entendait pas classer ces accords parmi les infractions criminelles « *en soi* » prévues dans la *Loi*. De plus, les références ci-dessus à des ententes verticales et à des arrangements de distribution mixte incluses dans le projet de lignes directrices donnent à entendre que le Bureau ne donnera pas suite à des accords entre un mandant et ses mandataires en vertu des dispositions relatives au complot. Toutefois, étant donné que le projet de lignes directrices ne fait mention des accords entre mandant et mandataire que brièvement en bas de page, cela crée un doute à cet égard.

Pour qu'il puisse gagner sa vie, le courtier doit avoir le droit d'établir des politiques sur les commissions dans son propre bureau, avec la certitude qu'il n'enfreint pas la loi. Si les accords entre mandant et mandataire exposent les courtiers à des poursuites en vertu de l'article 45, il faut que ces derniers en soient au courant, puisque si c'est le cas, ils ne seront peut-être plus en mesure de fonctionner dans le cadre du même modèle d'entreprise. À ce titre, l'ACI est d'avis que le projet de lignes directrices serait plus clair et facile à comprendre si les accords entre mandant et mandataire étaient traités de façon plus explicite et plus en profondeur. La version définitive du projet de lignes directrices devrait affirmer expressément que le Bureau ne considère pas que l'article 45 s'applique aux accords *de bonne foi* conclus entre un mandant et ses mandataires.

### Définition de concurrents ou concurrents potentiels

Un autre aspect du projet de lignes directrices qui, selon l'ACI, manque de précision est la discussion portant sur les concurrents, les concurrents potentiels et les marchés pertinents. Cette section du projet de lignes directrices ne donne pas suffisamment de détails au grand public (y compris aux AGENTS IMMOBILIERS) pour qu'ils soient en mesure d'évaluer eux-mêmes s'ils seraient considérés comme concurrents d'une autre personne.

Prenons l'exemple d'une entente d'aiguillage qui semble n'avoir aucun statut juridique en vertu des dispositions révisées en matière de complot. Deux membres qui exercent l'immobilier sur des territoires de compétence qui se chevauchent pourraient s'entendre entre eux pour se renvoyer des clients lorsque le client de l'un ou l'autre désire acheter ou vendre une propriété dans une région avec laquelle l'autre AGENT IMMOBILIER est plus familier. De tels arrangements sont bénéfiques pour le public, puisque l'AGENT IMMOBILIER qui connaît mieux la région sera plus en mesure d'offrir des services qui répondront aux attentes du client. Pourtant, malgré ce fait, de tels arrangements pourraient être jugés des ententes sur l'attribution des marchés et ainsi, aller à l'encontre des nouvelles dispositions criminelles sur le complot.

Le Bureau explique à la page 10 du projet de lignes directrices comment il entend déterminer si les deux parties sont des « concurrents » aux termes de l'article 45 :

Le Bureau peut ne pas s'attacher à définir le marché pertinent de façon détaillée, c'est-à-dire à établir et prouver de façon complète la nature et l'étendue du marché pertinent et les parties qui y sont des participants. Plutôt, dans la mesure où les parties offrent ou envisagent d'offrir les mêmes biens ou services ou des biens ou services par ailleurs concurrents dans les mêmes régions ou des régions par ailleurs concurrentes, le Bureau tirera en général la conclusion que les parties sont en concurrence entre elles dans l'offre de tels biens ou services.

L'article 45 et le projet de lignes directrices soulèvent plusieurs incertitudes au sujet du sens des termes « concurrent » et « produit » mentionnés à l'article 45. Le projet de lignes directrices ne donne aucune explication de ce qu'on entend par « dans les mêmes régions ou des régions par ailleurs concurrentes », ni ne laisse-t-il entendre que les régions ne correspondent pas nécessairement aux marchés pertinents. Il n'est donc pas clair dans cette partie du projet de lignes directrices si le Bureau devrait considérer les deux AGENTS IMMOBILIERS dans le scénario ci-dessus comme concurrents aux termes de l'article 45. Si les AGENTS IMMOBILIERS étaient jugés des « concurrents », l'article 45 pourrait leur interdire de s'attribuer des marchés dans une région géographique où ils ne sont pas réellement en concurrence.

À cet égard, le projet de lignes directrices devrait préciser que les particuliers peuvent, sans crainte d'enfreindre l'article 45, conclure des ententes sur l'attribution des marchés à l'égard de régions géographiques dans lesquelles ils ne se font pas concurrence (et ne se feraient pas concurrence s'il n'y avait aucune entente). De plus, les lignes directrices devraient énoncer clairement que le fait que deux AGENTS IMMOBILIERS concurrentiels offrent les mêmes services dans une région géographique ne les empêche pas de collaborer entre eux à l'égard de services semblables offerts dans des régions géographiques dans lesquelles ils ne se font pas concurrence. En conclusion, le projet de lignes directrices devrait stipuler qu'un particulier ne sera pas jugé un concurrent dans une région donnée du fait que cette personne offre des services uniquement dans des cas exceptionnels ou rares.

Le point critique qu'on semble faire valoir dans la partie des lignes directrices mentionnée ci-dessus est que, dans certaines situations, le Bureau n'est pas tenu de prouver où sont les limites externes du produit ou marché géographique. Cependant, sous un aspect pratique, les entreprises canadiennes doivent maintenant évaluer les limites externes de l'interdiction énoncée à l'article 45 afin de déterminer la portée des « produits » pour lesquels ils se livrent concurrence. Par conséquent, l'ACI est d'avis qu'il faut prévoir une analyse plus approfondie des notions « concurrent » et « produit » que celles qui sont proposées dans le projet de lignes directrices.

De toute façon, conformément à l'énoncé général du projet de lignes directrices, soit que l'article 45 ne s'applique qu'aux ententes qui n'offrent aucun avantage concurrentiel, l'ACI propose que la version définitive des lignes directrices précisent que l'article 45 ne s'applique pas au type d'entente d'aiguillage décrite ci-dessus, même si les fournisseurs de services se livrent concurrence lorsqu'il s'agit d'offrir le même service dans des régions autres que celles que vise l'entente d'aiguillage.

### Application de l'article 45

L'ACI félicite le Bureau d'avoir donné une interprétation stricte à l'article 45 révisé et d'avoir clairement énoncé que l'article vise uniquement les ententes qui ne sont pas exécutées dans le but de donner suite à une collaboration légitime, une alliance stratégique, ou une co-entreprise, et aux ententes qui n'offrent aucun avantage concurrentiel.

### Défense de restriction accessoire

Le projet de lignes directrices explique en page 5 comment le Bureau s'y prendra pour déterminer si les collaborations devraient faire l'objet d'une enquête en vertu de l'article 45 ou de l'article 90.1. On y explique que le Bureau doit d'abord déterminer si une entente entre dans l'une des catégories interdites de l'article 45(1) et si c'est le cas, il doit alors examiner si la défense de restriction accessoire s'applique. S'il détermine « qu'il existe une preuve suffisante pour démontrer qu'une entente est une restriction accessoire aux fins du paragraphe 45(4) », il ne recommandera pas de poursuite en vertu de l'article 45 ; par contre, il pourra tenter un recours à l'égard de l'entente en vertu de la disposition civile de l'article 90.1. Les lignes directrices prévoient que, peu importe qu'il tente une poursuite à l'égard des collaborations en vertu de l'article 45 ou de l'article 90.1, cette décision sera prise « à la lumière des faits connus ».

La remarque selon laquelle le Bureau prendra sa décision « à la lumière des faits connus » pourrait laisser croire (probablement à tort) que le Bureau ne mettrait aucun effort proactif pour examiner une demande éventuelle de défense afin de déterminer si la collaboration fera l'objet d'une enquête soit en vertu de l'article 45 ou de l'article 90.1, avant de demander une ordonnance d'enquête par exemple. Les parties intéressées pourraient être au courant des renseignements au sujet de la mise en application éventuelle de la défense de restriction accessoire ; toutefois, les parties ne sauraient pas nécessairement pourquoi le Bureau s'intéresse à leur collaboration. Par conséquent, les parties à l'entente ne seraient pas au fait qu'elles devraient fournir les renseignements au Bureau et ce dernier pourrait prendre une décision à partir de très peu de renseignements, ou à tout le moins à partir d'une preuve ou de renseignements insuffisants.

Bien qu'il soit possible que dans certaines situations le Bureau serait justifié à croire que s'il abordait les parties à une entente avant une enquête, cela nuirait à l'enquête (en leur fournissant l'occasion de détruire des documents, par exemple), l'ACI croit que le Bureau peut et devrait consulter les parties à une entente qui n'ont pas conclu un accord secret, ou s'il est raisonnable de croire que la défense de restriction accessoire puisse s'appliquer. En adoptant une telle démarche, il serait plus facile pour le Bureau d'examiner la demande de défense de restriction accessoire avant de déterminer s'il tentera une poursuite en vertu de l'article 45 ou de l'article 90.1.

### Les associations commerciales en tant que partie principale à une infraction en vertu de l'article 45

À la page 10 du projet de lignes directrices, on affirme qu'une association commerciale peut être considérée comme une partie principale à une infraction en vertu de l'article 45. Par contre, bon nombre d'associations commerciales, dont l'ACI, n'entrent normalement pas en concurrence avec leurs membres (ou avec qui que ce soit). Il est donc difficile de voir comment une association commerciale pourrait entrer dans la catégorie de « concurrent » aux termes de l'article 45.

On stipule également à la page 10 que le Bureau considère « les règles, politiques, règlements ou autres mesures prises et appliquées par une association avec l'approbation de membres qui sont concurrents entre eux comme des ententes entre concurrents aux fins de l'article 45 ». L'ACI est d'avis qu'une déclaration aussi catégorique que les règles, politiques, ou règlements d'une association commerciale seront considérés comme des ententes entre concurrents aux fins de l'article 45 est inappropriée et contredit d'autres sections du projet de lignes directrices.

Le projet de lignes directrices stipule à la page 9 que « pour être considérées comme des concurrents aux fins de l'article 45, les parties doivent se faire concurrence à l'égard des produits qui font l'objet de l'entente mise en cause en vertu de l'article 45 ». En général, les règles, politiques et règlements d'une association commerciale traitent du fonctionnement de l'association et non des produits et services que ses membres fournissent. Par conséquent, en règle générale, les membres d'une association commerciale ne se livrent pas concurrence à l'égard de l'objet de ces ententes ; cela signifierait donc, d'après l'affirmation contenue à la page 9, qu'ils ne seraient pas considérés comme concurrents en vertu de l'article 45.

L'exemple 12 du projet de lignes directrices cité à la page 51 sert à illustrer une telle déclaration contradictoire. L'exemple décrit une situation dans laquelle l'Association canadienne des fabricants de trucs émet une directive non contraignante à l'égard de pratiques comptables. En théorie, les membres de l'Association fournissent des services associés aux bidules et ils ne se font pas concurrence relativement aux pratiques comptables. Par conséquent, à l'appui de la déclaration contenue à la page 9 du projet de lignes directrices, les membres de l'Association ne pourraient être considérés comme des concurrents aux termes de l'article 45, puisqu'ils ne se font pas concurrence à l'égard des produits visés par l'entente. Et pourtant, à en juger d'après la déclaration contenue à la page 10 des lignes directrices, les politiques des associations commerciales sont considérées comme des ententes entre concurrents ; l'exemple précise que « les membres de l'Association doivent probablement être considérés comme des concurrents ». Ces déclarations quant à savoir qui sont considérés comme des concurrents aux fins de l'article 45 mènent à des conclusions contradictoires et créent de l'incertitude.

Certaines des règles ou politiques qu'ont adoptées les associations commerciales pourraient se rapporter à des produits et services que fournissent leurs membres. Cependant, l'ACI est d'avis que les règles, politiques et règlements adoptés et exécutés par une association commerciale devraient être considérés comme des ententes entre concurrents aux fins de l'article 45 uniquement dans ces circonstances exceptionnelles, et non pas en règle générale. Il faudrait prendre en considération si les membres de l'association commerciale se font concurrence à l'égard de l'objet de la règle, de la politique ou du règlement en question.

### Facteurs additionnels

Aux pages 23 et 24 des lignes directrices, on discute de facteurs additionnels dont on devrait tenir compte pour déterminer si une entente a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Le projet de lignes directrices stipule que « le Bureau examinera chacun des facteurs indiqués au paragraphe 90.1(2) ainsi que tout autre facteur pertinent à la concurrence dans le marché qui est ou serait vraisemblablement touché par l'accord ou l'arrangement ». L'ACI croit que cette section du projet de lignes directrices gagnerait en transparence et fournirait des directives plus efficaces si on y ajoutait quelques exemples d'autres facteurs pertinents.

## CONCLUSION

L'ACI apprécie l'occasion qui lui est offerte de présenter ses commentaires sur le projet de lignes directrices et sera heureuse de fixer un rendez-vous avec le Bureau afin de discuter ces commentaires avec lui.



Avez-vous des questions à poser ou des commentaires  
à formuler au sujet des services ou produits qu'offre l'ACI ?  
Communiquez avec nous en direct à l'adresse [info@crea.ca](mailto:info@crea.ca).

# ACI

L'Association canadienne de l'immeuble

200, RUE CATHERINE, 6<sup>e</sup> ÉTAGE, OTTAWA (ONTARIO) K2P 2K9,  
N<sup>o</sup> DE TÉL. : (613) 237-7111, N<sup>o</sup> DE TÉLÉC. : (613) 234-2567