

**Tribunal de la concurrence**



**Competition Tribunal**

**TRADUCTION OFFICIELLE**

Référence : *Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*,  
2013 Trib. conc. 9  
N° de dossier : CT-2011-003  
N° de document du greffe : 242

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, et ses modifications;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande du commissaire de la concurrence fondée sur l’article 79 de la *Loi sur la concurrence*;

ET DANS L’AFFAIRE de certaines règles, politiques et ententes concernant la section résidentielle du service interagences du Toronto Real Estate Board.

E N T R E :

**Le commissaire de la concurrence**  
(demandeur)

et

**Le Toronto Real Estate Board**  
(défendeur)

et

**L’Association canadienne de l’immeuble et  
Realtysellers Real Estate Inc.**  
(intervenantes)



Membres : Madame la juge Simpson (présidente), Monsieur le juge Scott et Monsieur H. Lanctôt  
Dates de l’audience : du 20120910 au 20120914, du 20120918 au 20120919, du 20120924 au 20120925, du 20120927 au 20120928, du 20121002 au 20121003, du 20121009 au 20121010 et du 20121017 au 20121018

Date des motifs et de l’ordonnance : 15 avril 2013

Motifs et ordonnance signés par Madame la juge Simpson, Monsieur le juge Scott et Monsieur H. Lanctôt

**MOTIFS DE L’ORDONNANCE ET ORDONNANCE**

## **LA DEMANDE**

[1] Le commissaire de la concurrence a présenté une demande fondée sur l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, et ses modifications (la « Loi »), afin que soient rendues des ordonnances interdisant au Toronto Real Estate Board (le « TREB ») de se livrer à une pratique d'agissements anti-concurrentiels dans la région du Grand Toronto (la « RGT ») et lui enjoignant de prendre les mesures nécessaires pour aplanir les effets de cette pratique.

[2] Dans la demande modifiée (la « demande »), le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») allègue notamment que le TREB occupe une position dominante et qu'il se sert du contrôle qu'il exerce sur son Service interagences (le « SIA ») pour appliquer des règles, des politiques et des ententes (collectivement les « restrictions ») qui, de manière générale, limitent l'utilisation que ses membres peuvent faire des inscriptions du SIA et des données connexes sur Internet. Les restrictions empêcheraient ou diminueraient sensiblement la concurrence sur le marché des services de courtage immobilier résidentiel offerts aux vendeurs et aux acheteurs dans la RGT (le « marché »). Le préjudice allégué toucherait principalement les membres du TREB qui se servent davantage d'Internet et qui veulent maximiser cette utilisation dans la conduite de leurs affaires.

## **LES PARTIES**

[3] Le commissaire est nommé par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 7 de la Loi et il est chargé d'assurer et de contrôler l'application de celle-ci.

[4] Le TREB est une société sans but lucratif et la plus grande chambre immobilière du Canada. Il offre des services à plus de 35 000 courtiers immobiliers et vendeurs d'immeubles (les « membres »). Bien que ses membres se trouvent principalement dans la RGT, le TREB accepte des membres de partout en Ontario et d'ailleurs. Il compte sur un personnel permanent et sur un conseil d'administration formé de 16 membres. Il s'agit essentiellement d'une association commerciale qui n'offre aucun service immobilier à des acheteurs et à des vendeurs de propriétés résidentielles.

## **LES INTERVENANTES**

[5] L'Association canadienne de l'immeuble (l'« ACI ») et Realtysellers Real Estate Inc. ont obtenu le statut d'intervenante.

[6] L'ACI est l'association commerciale nationale de l'industrie de l'immobilier. Peuvent en être membres les chambres immobilières et les associations de l'immeuble, et les membres en règle de ces dernières en sont automatiquement membres. Les membres du TREB sont donc membres également de l'ACI. Celle-ci est intervenue en l'espèce compte tenu notamment du fait qu'elle ne paiera ni ne réclamera aucuns dépens.

[7] Avant l'audience, le Tribunal a été avisé que Realtysellers Real Estate Inc. n'était plus représentée par un avocat, mais qu'elle se réservait le droit d'intervenir. Toutefois, personne n'a comparu pour son compte et aucun mémoire n'a été déposé.

## LA QUESTION EN LITIGE

[8] Nous avons conclu que le point déterminant en l'espèce est la question fondamentale de savoir si la demande satisfait aux conditions de l'article 79 de la Loi. Comme nous avons répondu par la négative à cette question, pour les motifs exposés ci-dessous, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres questions soulevées dans la demande<sup>1</sup>.

## L'ANALYSE DU PARAGRAPHE 79(1)

[9] Le paragraphe 79(1) dispose :

79.(1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :	79.(1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that
a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;	(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;	(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,	(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

[10] Il n'est pas contesté que les conditions des alinéas *a*), *b*) et *c*) doivent toutes être remplies. Les alinéas doivent donc être lus ensemble pour déterminer si le paragraphe 79(1) s'applique. À notre avis, l'analyse commence logiquement avec l'alinéa 79(1)*b*) compte tenu des faits de la présente affaire.

## L'ALINÉA 79(1)*b*)

[11] Le Tribunal a conclu que les conditions de l'alinéa 79(1)*b*) n'étaient pas remplies en l'espèce pour les trois motifs suivants, qui seront ensuite analysés :

- i) la demande n'est pas conforme à l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Tuyauteries Canada* (cité plus loin);

- ii) la demande n'est pas visée par les Lignes directrices sur l'abus de position dominante de 2012;
- iii) la demande n'est pas conforme au paragraphe 79(4) de la Loi.

[12] Le point de départ de l'analyse est l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, 268 DLR (4<sup>e</sup>) 193, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 31637 (10 mai 2007) (« *Tuyauteries Canada* »). La Cour a conclu que, pour l'application de l'alinéa 79(1)b), la firme qui occupe une position dominante doit être en concurrence avec les firmes touchées par sa pratique d'agissements anti-concurrentiels (la « règle de *Tuyauteries Canada* »).

[13] Les paragraphes suivants de l'arrêt sont pertinents :

(1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)b)

[63] La Loi ne définit pas formellement l'expression « agissement anti-concurrentiel », mais son article 78 énumère onze exemples d'agissements anti-concurrentiels, dont le caractère simplement indicatif est attesté par l'emploi du terme « notamment ». En fait, le Tribunal a établi dans des décisions antérieures qu'un comportement non visé explicitement à l'article 78 peut néanmoins constituer un agissement anti-concurrentiel : *NutraSweet*, précitée, à la page 34; *Laidlaw*, précitée, aux pages 331 et 332; *D & B*, précitée, à la page 257; et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 [*Télé-Direct*], à la page 180. Bien que manifestement exemplative et non exhaustive, la liste de l'article 78 donne une idée du type de comportement auquel le législateur veut voir s'appliquer l'alinéa 79(1)b); il reste possible d'établir par analogie qu'un agissement anti-concurrentiel non spécifié présente les caractéristiques essentielles communes aux exemples énumérés à l'article 78.

[64] Dans *NutraSweet*, précitée, le Tribunal a appliqué ce mode d'interprétation à l'alinéa 79(1)b) et a proposé (à la page 34) la définition opératoire suivante de l'expression « agissement anti-concurrentiel » : Certains de ces agissements [visés à l'article 78] ont des éléments communs mais [...] un seul est commun à tous : l'agissement anti-concurrentiel doit avoir un but particulier dont il est nécessaire de faire la preuve. Le but commun à tous ces agissements, sauf celui de l'alinéa 78f), est l'effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas. [Non souligné dans l'original.]

[65] J'adopte cette définition, qui se révèle très proche en substance de la caractéristique commune fondamentale des exemples énumérés à l'article 78, exception faite de son alinéa f). Cette exception est d'ailleurs notée par le Tribunal dans *NutraSweet*, précitée.

[66] Deux aspects de cette définition doivent retenir notre attention. Premièrement, l'agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but (*purpose*). Deuxièmement, le but qu'il faut établir est un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Je vais maintenant examiner successivement chacun de ces aspects de manière détaillée. [Non souligné dans l'original.]

[ ... ]

[68] Le deuxième aspect de la définition caractérise le but ou l'objet qu'il faut établir sous le régime de l'alinéa 79(1)b) : pour être considéré comme « anti-concurrentiel » sous ce régime, l'agissement doit avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent, lequel effet doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L'analyse à effectuer dans le cadre de l'alinéa 79(1)b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l'agissement sur un concurrent. Il s'ensuit que certains types d'effets sur la concurrence dans le marché pourraient se révéler dénués de pertinence pour l'application de l'alinéa 79(1)b), s'ils ne se traduisent pas par un effet négatif sur un concurrent. Il est important de bien voir que le terme « anti-concurrentiel » revêt par conséquent une signification restreinte dans le contexte de l'alinéa 79(1)b).

Si, au regard de l'ensemble de la Loi, la « concurrence » présente de multiples aspects comme en témoignent les objets énumérés à son article 1.1, le terme « anti-concurrentiel », pour l'application particulière de l'alinéa 79(1)b), qualifie un agissement ayant pour but ou pour objet un effet négatif sur un concurrent. [Non souligné dans l'original.]

[14] En soumettant une affaire dans laquelle les faits exposés dans la demande ne sont pas visés par la règle de *Tuyauteries Canada*, le commissaire demande au Tribunal de revoir cet arrêt. En d'autres termes, comme le TREB admet qu'il n'est pas en concurrence avec ses membres et que le commissaire et l'ACI en conviennent, les restrictions établies par le TREB ne peuvent avoir l'effet négatif sur un concurrent qui est exigé par la règle de *Tuyauteries Canada*.

[15] Le commissaire conteste le fait que *Tuyauteries Canada* est fondé sur l'article 78 de la Loi et, pour les deux raisons qui suivent, il fait valoir que la liste des agissements anti-concurrentiels contenue dans cette disposition ne devrait pas être utilisée pour laisser entendre que la règle de *Tuyauteries Canada* est obligatoire. Premièrement, parce que cette liste n'est pas exhaustive et, deuxièmement, parce que l'alinéa 78(1)f) ne précise pas qu'un préjudice doit être causé à un concurrent.

[16] À notre avis, l'article 78 indique fortement que la règle de *Tuyauteries Canada* est la mesure appropriée. Cette disposition définit ce que sont les agissements anti-concurrentiels en donnant neuf exemples d'agissement d'une firme occupant une position dominante. Dans huit de ces exemples, le préjudice décrit est celui causé à un concurrent. En ce qui concerne l'alinéa 78(1)f), bien que le terme « concurrent » ne soit pas employé, il est possible d'imaginer une firme occupant une position dominante qui achète un produit dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes causée par les prix de vente ou les prix plus bas demandés par un concurrent. En d'autres termes, l'alinéa 78(1)f) n'est pas nécessairement incompatible avec la règle de *Tuyauteries Canada*.

[17] Le Tribunal a conclu également que le fait que le terme « notamment » est employé à l'article 78 et, en conséquence, que la liste d'agissements anti-concurrentiels contenue dans cette disposition n'est pas exhaustive, ne permet pas de prétendre, comme le commissaire le fait, que l'article 79 vise des abus commis par d'autres entités que les concurrents. Compte tenu du thème qui ressort clairement des exemples contenus à l'article 78, nous avons conclu qu'il est déraisonnable d'émettre l'hypothèse qu'un préjudice causé à un concurrent ne serait pas exigé si d'autres agissements anti-concurrentiels devaient être relevés à l'avenir.

[18] Le Tribunal souscrit à l'arrêt *Tuyauteries Canada* et souligne qu'il n'y a aucune raison de penser que les conclusions tirées dans cette affaire ne s'appliquent qu'aux faits qui y étaient en cause. À notre avis, comme l'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été refusée, cet arrêt constitue un précédent faisant autorité.

[19] Le Tribunal s'est appuyé également sur les Lignes directrices sur l'abus de position dominante adoptées par le commissaire le 20 septembre 2012 (les « Lignes directrices »). Ces lignes directrices indiquent expressément que la partie occupant une position dominante doit avoir l'intention de nuire à un concurrent. Le passage pertinent se trouve au point 3.2. Il se lit comme suit :

L'article 78 de la Loi dresse une liste non exhaustive d'agissements dits anticoncurrentiels dans l'application de l'article 79. La Cour d'appel fédérale a affirmé qu'un agissement anticoncurrentiel est défini en fonction de son intention, et cette intention anticoncurrentielle requise est un effet négatif voulu sur un concurrent, qui doit être un comportement d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas. Par contre, la Cour d'appel fédérale et le Tribunal ont reconnu que l'alinéa 78(1)f) est une exception à cette règle, parce qu'on n'y fait pas explicitement allusion à une intention visant un concurrent. Quoi qu'il en soit, même si divers agissements anticoncurrentiels ont pour intention de nuire aux concurrents, le Bureau estime que certains agissements qui ne visent pas particulièrement des concurrents pourraient tout de même être considérés comme ayant un but anticoncurrentiel. [Non souligné dans l'original.]

[20] Les Lignes directrices indiquent clairement que le commissaire reconnaît que l'article 79 s'applique aux affaires qui satisfont à la règle de *Tuyauteries Canada* et qu'il agit en conséquence. Elles permettent cependant de croire que le commissaire est mécontent de cet arrêt dans la mesure où celui-ci limite les agissements anti-concurrentiels à ceux qui ont pour but de nuire à un concurrent. Les Lignes directrices mettent l'accent sur la victime de la conduite de la partie occupant une position dominante et elles indiquent que certains agissements qui ne visent pas des concurrents peuvent aussi avoir un objectif anti-concurrentiel. Le point important pour ce qui est de la présente affaire est le fait que le commissaire n'affirme pas clairement qu'il n'est pas nécessaire que la partie occupant une position dominante soit en concurrence sur le marché, ce qui signifie, à notre avis, que la présente demande a pour but d'étendre l'application de l'article 79 non seulement au-delà de la règle de *Tuyauteries Canada*, mais aussi au-delà des Lignes directrices.

[21] Enfin, nous estimons qu'il ressort clairement du paragraphe 79(4) que l'alinéa 79(1)b) s'applique seulement si la firme occupant une position dominante est un concurrent.

[22] Le paragraphe 79(4) dispose :

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

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

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

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance. [our emphasis]

[23] Pour tous ces motifs, le Tribunal a conclu que la demande ne satisfait pas aux conditions de l'alinéa 79(1)b) de la Loi. Cette conclusion seule suffit à rejeter la demande.

#### **L'ALINÉA 79(1)a)**

[24] Dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c NutraSweet Co.* (1990), 32 CPR (3d) 1 (Trib conc) (appel et appel incident abandonnés), le Tribunal a statué aux pages 28 et 32 que « contrôle » est synonyme de puissance commerciale. Le commissaire fait valoir que le TREB est en situation de puissance commerciale sur le marché parce qu'il se sert de son contrôle sur le SIA pour limiter la présentation et l'utilisation des données du SIA sur Internet. Sans faire de commentaires sur la question de savoir si cette activité pourrait constituer une puissance commerciale, le Tribunal estime que, même si la puissance commerciale était établie compte tenu de ces faits, elle ne satisferait pas aux conditions de l'alinéa 79(1)a) parce qu'elle ne serait pas exercée par une firme qui est en concurrence sur le marché.

#### **L'ALINÉA 79(1)c)**

[25] La question qui se pose sous le régime de cet alinéa est de savoir si la pratique d'agissements anti-concurrentiels de la firme occupant une position dominante a créé, préservé ou augmenté sa puissance commerciale. Or, étant donné, pour les motifs exposés ci-dessus, qu'il n'existe aucun agissement anti-concurrentiel visé à l'alinéa 79(1)b), les conditions de cet alinéa n'ont pas été remplies.

#### **UNE OBSERVATION**

[26] Le Tribunal fait observer que, même si l'article 79 ne s'applique pas, l'article 90.1 de la Loi pourrait permettre au commissaire de lui présenter une demande. Les mesures pouvant être prises en vertu de l'article 90.1 sont moins nombreuses, mais le commissaire pourrait tout de même demander une ordonnance interdisant aux membres du conseil d'administration du TREB (qui sont des concurrents) d'appliquer les restrictions. Les Lignes directrices du commissaire sur la collaboration entre concurrents, qui sont datées de décembre 2009, traitent notamment des demandes visées à l'article 90.1. Le point 3.3 indique ce qui suit :

Les ententes entre membres d'une association commerciale ou industrielle peuvent aussi constituer des ententes entre concurrents aux fins de l'article 90.1. Le Bureau considère que les règles, politiques, règlements ou autres mesures qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence et qui sont 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 90.1.

Cette observation ne vise toutefois pas à laisser croire qu'une telle demande serait accueillie ou rejetée en l'espèce.

## **CONCLUSION**

[27] Le Tribunal a conclu que le paragraphe 79(1) ne s'applique pas en l'espèce.

**PAR CONSÉQUENT, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :**

### **ORDONNANCE**

[28] La demande est rejetée, les dépens étant payables par le commissaire au TREB conformément à la colonne III du tarif B des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

FAIT à Ottawa, ce 15<sup>e</sup> jour d'avril 2013.

SIGNÉ au nom du Tribunal par les membres de la formation.

(s) Sandra J. Simpson

(s) André F. Scott

(s) Henri Lanctôt

Traduction certifiée conforme  
Linda Brisebois, LL.B.



## **COMPARUTIONS :**

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

John F. Rook  
Andrew D. Little  
Emrys Davis  
William J. Miller

Pour la défenderesse :

Le Toronto Real Estate Board

Donald S. Affleck, c.r.  
David N. Vaillancourt  
Fiona Campbell

Pour l'intervenante :

L'Association canadienne de l'immeuble

Sandra A. Forbes  
James Dinning

---

<sup>1</sup>

Nous soulignons que, lorsque le mot « Tribunal », « nous » ou « notre » sont utilisés et que la décision concerne une question de droit seulement, cette décision a été prise par les juges de la formation.