



## LES CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ ET LA LIBRE CONCURRENCE

ALEXANDRA STEELE ET RALUCA POPOVICI \*

**ROBIC, SENCRL**

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE

La décision récente impliquant les franchisés Curves et Énergie Cardio [403-9971 Canada inc c Place Lasalle Property Corporation, 2014 QCCS 3153, <http://www.canlii.org/en/qc/qccs/doc/2014/2014qccs3153/2014qccs3153.html> (2014-07-02) le juge Peacock] illustre le fait que les clauses d'exclusivité, bien qu'interprétées restrictivement, sont généralement valides.

La question qui se pose est: face à une clause d'exclusivité empêchant clairement le bailleur d'installer dans l'immeuble des locataires faisant concurrence directe aux occupants existants, pourrait-on invoquer la *Loi sur la concurrence*<sup>1</sup> canadienne (« Loi ») et contester la validité de la clause en prétextant qu'elle restreindrait indument la liberté du commerce?

### 1. La Loi sur la concurrence et l'approche des tribunaux canadiens

Des clauses d'exclusivité comme celles décrites ci-haut sont communes et généralement valides<sup>2</sup>. Elles font souvent l'objet de litiges<sup>3</sup>, mais les tribunaux se contentent de les interpréter sans donner plus de détails, maintenant ainsi, du moins implicitement, leur validité. Une clause d'exclusivité n'a pas encore été invalidée en raison de son caractère anti-compétitif<sup>4</sup>. Dans une affaire datant de 1996<sup>5</sup>, Wal-

---

© CIPS, 2014.

\* De ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. Publié dans le Bulletin Automne 2014 (vol. 18 n° 2) du cabinet. Publication 068.183F.

<sup>1</sup> LRC 1985, c C-34.

<sup>2</sup> Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2013, para. 1177

<sup>3</sup> *Ibid*, para. 1179.

<sup>4</sup> Joy Goodman, « Stipulations de restriction d'usage, clauses de non-concurrence, d'exclusivité et de "rayon" », *Revue du Barreau*, Tome 59, printemps 1999, p. 300. Une recherche de jurisprudence sur la base de données CanLII à partir de la Loi sur la compétition utilisant les mots clé (« exclusivity clause / covenant » ou « clause d'exclusivité ») ne repère aucune décision canadienne invalidant une clause d'exclusivité en raison de ses effets anticoncurrentiels depuis 1999, l'année de publication de l'article suscit.

<sup>5</sup> *Katiou inc. c Rossdeutscher*, [1996] A.Q. no 448, J.E. 96-800, C.S. (appel réglé hors cour : no 500-09-002282-960); Goodman, *supra* note 4, p. 300.

**ROBIC, S.E.N.C.R.L.**  
www.robic.ca  
info@robic.com

**MONTRÉAL**  
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8<sup>e</sup> étage  
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7  
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

**QUÉBEC**  
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925  
Québec (Québec) Canada G1V 0B9  
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

Mart, en qualité de mis-en cause, a contesté la validité d'une clause d'exclusivité empêchant un centre commercial d'installer dans son établissement une pharmacie, en invoquant les dispositions de la *Loi sur la pharmacie*<sup>6</sup>. La Cour supérieure du Québec avait jugé que la clause en question offrait une protection légitime au locataire et ne contrevenait pas à la *Loi sur la pharmacie*, qui était d'ailleurs d'ordre public. Dans cette affaire, aucune des parties n'a invoqué la *Loi sur la concurrence*. Les tribunaux canadiens n'ont pas encore évalué la validité des clauses d'exclusivité dans les baux commerciaux sous l'angle de la libre concurrence. Ceci pourrait s'expliquer par le fait que ces clauses sont, par leur nature même, limitées dans le temps, ayant une durée de vie correspondant souvent à la durée du bail, et dans l'espace, étant circonscrits à la surface du centre commercial<sup>7</sup>. Même si elles dérogent au principe de la libre concurrence, elles n'ont pas un impact significatif sur le marché. En outre, en contrepartie de la signature des telles clauses, les locataires s'engagent quant à eux, à restreindre l'utilisation qu'ils pourront faire des lieux loués. Enfin, ces clauses sont interprétées de manière restrictive, afin de justement ne pas trop limiter la liberté du commerce<sup>8</sup>.

L'objectif fondamental de la Loi<sup>9</sup> est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada, non comme une fin en soi, mais plutôt pour les avantages qu'elle apporte aux entreprises et aux consommateurs<sup>10</sup>. Pour atteindre ce résultat, la Loi réglemente le développement et le maintien du pouvoir de marché des entreprises<sup>11</sup>. Selon le Bureau de la concurrence, chargé de l'application de la Loi, les clauses d'exclusivité seront à l'abri des sanctions, car elles ne tombent dans aucune des deux catégories de pratiques sanctionnées par la Loi: l'abus de position dominante et le complot.

En ce qui concerne l'abus de position dominante, la Loi<sup>12</sup> exige que le Tribunal de la concurrence retrouve les éléments suivants avant de conclure qu'il y a abus de position dominante :

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

<sup>6</sup> RLRQ c P-10.

<sup>7</sup> Goodman. *supra* note 4, p. 300.

<sup>8</sup> Deslauriers, *supra* note 2, para. 1181.

<sup>9</sup> Article 1.1., *Loi sur la concurrence*.

<sup>10</sup> Renaud, Madeleine et Thérien, Dominic, «La Loi sur la concurrence», dans *Développements récents en droit de la non-concurrence (2013)*, vol. 377, Cowansville, Y. Blais, 2013p. 81.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 83.

<sup>12</sup> Article 79, *Loi sur la concurrence*.

Un acte est anticoncurrentiel au sens de la Loi s'il vise à exclure ou évincer un concurrent, ou à produire un effet négatif à son égard<sup>13</sup>. Cependant, un tel acte ne constitue un abus de position dominante que s'il prévient ou diminue sensiblement la concurrence sur le marché<sup>14</sup>.

En raison de ses limites temporelles et spatiales, une clause d'exclusivité contenue dans un bail commercial pourra difficilement diminuer la concurrence dans un marché donné, et ce même si le locataire qui en bénéficie contrôle une catégorie d'affaires.

Le deuxième type de comportement sanctionné par la Loi est la collaboration entre concurrents qui vise à diminuer la concurrence. Les accords visant à fixer les prix, limiter les offres ou attribuer des marchés sont sanctionnés pénalement<sup>15</sup>. De plus<sup>16</sup>, sanctionne les accords entre des personnes, dont au moins deux sont des concurrents, qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence dans un marché donné. Cependant, les clauses d'exclusivité ne relèvent pas de cette catégorie de comportements car elles relient des entreprises qui opèrent dans des marchés différents, soit des bailleurs et des locataires, et non pas des concurrents.

Toutefois, avant de conclure que les clauses d'exclusivité seront effectivement à l'abri de l'application de la Loi sur la concurrence, deux développements récents en droit étranger donnent matière à réflexion.

## 2. Décisions récentes en France et en Afrique du Sud

Tout d'abord, dans une décision rendue le 3 juillet 2013<sup>17</sup>, la Cour d'appel de Paris a rappelé que les clauses d'exclusivité dans les baux commerciaux ne constituent pas, en elles-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles, tant qu'elles n'affectent pas la concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la rentabilité des contractants. L'affaire portait sur les clauses d'exclusivités signées par des enseignes nationales notoires avec un centre commercial où elles louaient des locaux. Les clauses en litige obligeaient les enseignes nationales à ne pas exercer des activités similaires dans un centre commercial sur un périmètre de 5 km. Le demandeur était un centre commercial concurrent mécontent car ces clauses

<sup>13</sup> Michael Kilby and Ashley Piotrowski, "Abuse of Dominance", Competition Act and Commentary, Toronto, Lexis Nexis, 2014, p. 121.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 123.

<sup>15</sup> Article 45, *Loi sur la concurrence*; Shawn C.D. Neylan and Michael Laskey, "Competitor collaboration: Cartels, Bid-Rigging and Other Anti-Competitive Agreements", Competition Act and Commentary, Toronto, Lexis Nexis 2014, p. 44.

<sup>16</sup> Article 90.1, *Loi sur la concurrence*.

<sup>17</sup> CA Paris, July 3, 2013, [Odyseum c Le Polygone](https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/CaP/3juillet2013/Odyseum2.pdf) no 11/17 161; en ligne: [https://groupes.renater.fr/sympa/d\\_read/creda-concurrence/CaP/3juillet2013/Odyseum2.pdf](https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/CaP/3juillet2013/Odyseum2.pdf).

limitaient considérablement ses choix de locataires et, selon lui, verrouillaient le marché.

La Cour d'appel de Paris a analysé les clauses à la lumière du Code de commerce français<sup>18</sup>, qui interdit tout accord visant à fixer les prix, limiter la production ou répartir les marchés, d'une façon similaire à la Loi canadienne<sup>19</sup>. Contrairement à cette dernière, prévoyant explicitement que l'accord doit relier des entreprises concurrentes, la législation française ne fait pas cette distinction. Afin de déterminer si la clause instaure une barrière artificielle à l'entrée sur le marché, la Cour a analysé le champ et la portée de l'exclusivité, la durée du bail, les conditions de résiliation et de renouvellement du bail, la position des parties sur le marché en cause et les conditions régnant sur le marché<sup>20</sup>. Étant donné que la durée de l'exclusivité était alignée sur la durée du bail, celui-ci pouvant être dénoncé tous les trois ans selon la Loi, qu'elle s'étendait sur un périmètre de 5 km et que le bail prévoyait une possibilité de cessation anticipée sans devoir payer la totalité des loyers restants, la Cour a conclu à la validité de la clause et à l'absence de verrouillage du marché.

Cette décision illustre le fait que les clauses de non-exclusivité ne sont pas tout à fait à l'abri des lois visant à favoriser la concurrence. Selon le libellé des dispositions applicables, ces lois pourront être invoquées afin d'invalider des clauses d'exclusivité dépassant ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts commerciaux légitimes des parties.

Un deuxième développement récent d'intérêt vient de l'Afrique du Sud, où la Commission de la concurrence a été appelée à décider si les baux exclusifs liant des supermarchés à des propriétaires des centres commerciaux étaient des barrières à l'entrée sur le marché de l'épicerie au détail<sup>21</sup>. Ces accords donnaient au locataire-clé le droit exclusif d'exploiter une épicerie dans le centre commercial, empêchant d'autres types d'entreprises, tels que les boulangeries, les boucheries et d'autres magasins commercialisant partiellement des aliments, d'opérer au sein du même centre. La Commission a constaté que, malgré la position dominante dont bénéficiaient certains supermarchés, la preuve ne démontrait pas que les ententes exclusives avaient des effets anticoncurrentiels sur le marché. La Commission a toutefois déconseillé l'emploi des clauses d'exclusivité à long terme et a recommandé que ces clauses soient limitées dans le temps et employées uniquement lorsqu'elles se justifient par rapport aux investissements réalisés par le supermarché dans un centre commercial donné.

<sup>18</sup> Article L 420-1 du *Code du commerce*.

<sup>19</sup> Article 45 *Loi sur la concurrence*.

<sup>20</sup> *Odysseum*, supra note 17., p. 7

<sup>21</sup> Lizél Blignaut and Yongama Njisane, *No evidence that supermarket exclusive lease agreements are anti-competitive*, Jan 28, 2014; en ligne: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e08e4aa2-b167-4b3e-887c-133e935ec273>.

Selon ces deux décisions étrangères, les clauses d'exclusivité ne seront valides que si leur portée et leur durée sont raisonnables et elles n'empêchent pas l'entrée sur le marché. Bien que le caractère anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité dans les baux commerciaux n'a toujours pas été évalué au Canada, ces développements étrangers peuvent donner lieu à réflexion puisque qu'elles sont compatibles avec l'objectif général de la Loi sur la concurrence de préserver et favoriser la concurrence au Canada.



**ROBIC, S.E.N.C.R.L.**  
www.robic.ca  
info@robic.com

**MONTRÉAL**  
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8<sup>e</sup> étage  
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7  
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

**QUÉBEC**  
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925  
Québec (Québec) Canada G1V 0B9  
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

**ROBIC, S.E.N.C.R.L.**  
www.robic.ca  
info@robic.com

**MONTRÉAL**  
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8<sup>e</sup> étage  
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7  
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

**QUÉBEC**  
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925  
Québec (Québec) Canada G1V 0B9  
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

**ROBIC, S.E.N.C.R.L.**  
www.robic.ca  
info@robic.com

**MONTRÉAL**  
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8<sup>e</sup> étage  
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7  
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

**QUÉBEC**  
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925  
Québec (Québec) Canada G1V 0B9  
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006



**ROBIC, S.E.N.C.R.L.**  
www.robic.ca  
info@robic.com

**MONTRÉAL**  
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8<sup>e</sup> étage  
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7  
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

**QUÉBEC**  
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925  
Québec (Québec) Canada G1V 0B9  
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006