

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

Référence : *La commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2005 Trib. conc. 2

N° de dossier : CT2002004

N° de document du greffe : 0158c

AFFAIRE INTÉRESSANT la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34;

ET une enquête ouverte conformément au sous-alinéa 10(1)b(ii) de la *Loi sur la concurrence* relativement à certaines pratiques commerciales de Sears Canada Inc;

ET une demande d'ordonnance présentée par la commissaire de la concurrence sous le régime de l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence*;

ENTRE :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

Sears Canada Inc.
(défenderesse)



Dates des audiences : 20031020 au 20031024, 20031027 au 20031031, 20031103 au 20031107, 20031112 au 20031114, 20040116, 20040119 au 20040122, 20040202 au 20040203, 20040628 au 20040629, 20040819 au 20040820

Date de réception des observations écrites finales : 10 septembre 2004; 24 septembre 2004 et 1^{er} octobre 2004

Juge membre du Tribunal: La juge Dawson (Présidente)

Date des motifs : 11 janvier 2005

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

I. INTRODUCTION

[1] La commissaire de la concurrence (« commissaire ») allègue que, lors de trois soldes tenus en novembre et en décembre 1999, Sears Canada Inc. (« Sears ») a eu recours à des pratiques commerciales trompeuses relativement à des indications sur le prix qu'elle a faites concernant cinq sortes ou gammes de pneus quatre saisons dont elle faisait la promotion et qui ont été vendus au public. La commissaire fait valoir que cela constituait un comportement susceptible d'examen conformément au paragraphe 74.01(3) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 (« Loi »).

[2] Sont visées plus particulièrement les indications faites dans des annonces relatives au prix de vente habituel de cinq gammes de pneus. Les annonces contenaient les expressions « économisez » et « rabais en pourcentage ». Par exemple, Sears disait dans son annonce « économisez 45 %, nos plus bas prix de l'année sur les pneus Response RST Touring '2000' », et faisait des comparaisons entre les prix habituels de Sears et ses prix de solde. La commissaire soutient que les prix mentionnés par Sears comme étant ses prix habituels étaient gonflés parce que : i) Sears n'a pas vendu une quantité importante de ces pneus au prix habituel indiqué dans les annonces au cours d'une période raisonnable antérieure à la communication des indications; ii) Sears n'a pas offert ces pneus de bonne foi au prix habituel mentionné dans les annonces pendant une période importante antérieure à la communication des indications.

[3] La commissaire déclare que Sears n'a pas offert les pneus à leur prix habituel de bonne foi parce que Sears ne s'attendait pas à vendre une quantité importante de pneus au prix habituel, et parce que les prix habituels de Sears dans le cas de ces pneus n'étaient pas comparables et étaient nettement supérieurs aux prix habituels de pneus comparables offerts par des concurrents de Sears. La commissaire dit que les prix habituels ont été gonflés par Sears pour le motif non avoué d'attirer des clients et d'engendrer des ventes en donnant l'impression, par l'indication qu'ils étaient « en solde », que les pneus représentaient une meilleure valeur que ce n'était le cas en réalité.

[4] Les mesures correctives recherchées par la commissaire comprennent une ordonnance interdisant un tel comportement susceptible d'examen pour une période de 10 ans, la publication d'avis correctifs et le paiement d'une sanction administrative pécuniaire de 500 000 \$.

[5] Sears conteste la demande de la commissaire avec vigueur. Sears soutient que les indications données dans ses annonces relativement à son prix de vente ordinaire ou habituel n'étaient pas trompeuses de quelque façon que ce soit ou sur un point important. Sears dit que les prix habituels mentionnés dans les annonces se comparaient raisonnablement à ceux qu'offraient un grand nombre, sinon la plupart, des principaux marchands de pneus dans chaque secteur commercial où Sears faisait affaire. En outre, Sears soutient que la loi ne prévoit pas les correctifs demandés par la commissaire et que ces derniers ne sont pas appropriés. Finalement, Sears dit que le paragraphe 74.01(3) de la Loi constitue une violation injustifiable du droit fondamental de Sears à la liberté d'expression commerciale garanti à l'alinéa 2b) de la *Charte*

canadienne des droits et libertés (« Charte »). Sears demande qu'il soit statué que le paragraphe 74.01(3) de la Loi n'est pas conforme aux dispositions de la Charte et, par conséquent, n'a pas force exécutoire.

[6] La commissaire a reconnu que le paragraphe 74.01(3) de la Loi (« disposition contestée ») porte atteinte au droit au discours commercial de Sears garanti dans la Constitution. Cependant, la commissaire soutient que cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte au titre d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[7] Les présents motifs sont très longs. Voici mes conclusions : (i) le paragraphe 74.01(3) de la Loi est une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique; (ii) Sears a reconnu qu'elle n'a pas respecté le critère de la quantité; (iii) les prix habituels de Sears à l'égard des pneus n'ont pas été offerts de bonne foi tel que l'exige le critère de la période; (iv) Sears n'a pas satisfait à l'exigence en matière de fréquence du critère de la période pour 4 des 5 gammes de pneus; (v) Sears n'a pas établi que ses indications relatives au PVH n'étaient ni fausses ni trompeuses sur un point important; (vi) une ordonnance d'interdiction devrait être rendue; (vii) aucune ordonnance ne devrait être rendue pour exiger la publication d'un avis correctif. Sur les questions du paiement d'une sanction administrative pécuniaire et des dépens, la décision est réservée jusqu'à ce que des observations aient été présentées. Voici un index des titres et des sous-titres en fonction desquels les présents motifs sont organisés, ainsi que le numéro de paragraphe du début de chaque section.

Index

I. INTRODUCTION [1]

II. FAITS GÉNÉRATEURS DU LITIGE [8]

- (i) Les pneus [9]
- (ii) Stratégie d'établissement des prix de Sears [11]
- (iii) La promotion des pneus [15]
- (iv) Soldes de pneus [21]

III. LA LÉGISLATION APPLICABLE [23]

IV. LA CONTESTATION CONSTITUTIONNELLE [31]

- (i) Principes de droit applicables [36]
- (ii) Une limite prescrite par une règle de droit [39]
- (iii) Est-ce que l'atteinte est raisonnable et sa justification peut-elle être démontrée? [70]
 - (a) Considérations contextuelles [71]
 - (b) Est-ce que l'atteinte vise un objet ou un objectif valable constitutionnellement? [84]
 - (c) Le lien rationnel [96]

- (d) Atteinte minimale [103]
- (e) Proportionnalité des effets [122]
- (f) Conclusion [127]

V. L'ALLÉGATION DE COMPORTEMENT SUSCEPTIBLE D'EXAMEN
[130]

- (i) Norme de preuve [130]
- (ii) Les éléments du comportement susceptible d'examen et les questions à trancher [133]
- (iii) Les témoins [137]
 - (a) Les témoins experts [138]
 - (b) Les témoins ordinaires [153]

VI. DÉCISION CONCERNANT LA CONTRE-PREUVE PRÉSENTÉE PAR DES TÉMOINS NON EXPERTS [161]

- (i) La contre-preuve proposée [163]
- (ii) L'opposition à la contre-preuve [168]
- (iii) La décision [169]
- (iv) L'objection de procédure [170]
- (v) Principes de droit applicables concernant la contre-preuve [178]
- (vi) La contre-preuve proposée concernant l'explication relative au choix du moment [181]
- (vii) Contre-preuve proposée concernant le témoignage lié à la publicité et aux promotions de la troisième semaine de mai [186]

VII. ANALYSE DES ENJEUX [194]

VIII. LA NATURE DU PRODUIT [195]

- (i) Comment on vend les pneus [197]
- (ii) Les prix des pneus sont-ils stables au fil du temps? [198]
- (iii) Est-ce que les consommateurs consacrent beaucoup de temps à la recherche de pneus ou à l'évaluation d'autres produits de rechange? [203]
- (iv) Est-ce que les consommateurs ont une capacité limitée d'évaluer les qualités intrinsèques des pneus? [213]
- (v) Est-ce que les consommateurs se livrent à une recherche passive au fil du temps pour des pneus? [219]

IX. MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE PERTINENT [221]

X. LA BONNE FOI EXIGÉE PAR LE CRITÈRE DE LA PÉRIODE [231]

- (i) La nature subjective de la « bonne foi » [232]
- (ii) Documents internes de Sears [246]
- (iii) Les profils concurrentiels [256]
- (iv) Examens du secteur automobile [264]

- (a) Stratégie concernant la marque maison [269]
- (b) Stratégie des marques nationales [273]
- (c) Point de vue de Sears concernant la structure d'établissement des prix de ses concurrents [276]
- (d) Le PVSF [278]
- (v) Conclusion : Bonne foi - pneus de marque maison [289]
- (vi) Conclusion : Bonne foi - marques nationales [293]
- (vii) Le point de vue opposé [297]

XI. EST-CE QUE SEARS A SATISFAIT AUX EXIGENCES EN MATIÈRE DE FRÉQUENCE DU CRITÈRE DE LA PÉRIODE? [304]

- (i) La période de référence [307]
- (ii) La fréquence à laquelle les pneus n'était pas en promotion [313]
- (iii) « Période importante » [315]

XII. EST-CE QUE LES INDICATIONS ÉTAIENT FAUSSES OU TROMPEUSES SUR UN POINT IMPORTANT? [320]

- (i) Quelles étaient les indications? [321]
- (ii) Est-ce que les indications étaient fausses ou trompeuses? [323]
- (iii) Est-ce que les indications quant au prix étaient fausses ou trompeuses sur un point important? [333]
- (iv) Les arguments de Sears concernant la notion de point important [345]
 - (a) Les consommateurs rabattent régulièrement environ 25 % sur l'indication du PVH [347]
 - (b) Pour les indications du prix habituel de Sears, il faut tenir compte du fait que les consommateurs savent que Sears est un marchand promotionnel [350]
 - (c) Les annonces de Sears n'incluaient pas des indications de PVH [352]
 - (d) Éléments de preuve présentés par M. Winter et M. Deal [359]
 - (e) La perception des consommateurs quant à la valeur fondée sur des facteurs tels que les garanties et les garanties de satisfaction [361]
 - (f) Satisfaction des clients de Sears [363]
- (v) Conclusion [368]

XIII. QUELLES SANCTIONS ADMINISTRATIVES DEVRAIENT ÊTRE INFLIGÉES? [369]

- (i) Une ordonnance de ne pas se comporter ainsi ou de manière essentiellement semblable [371]
- (ii) Un avis correctif [381]
- (iii) Une sanction administrative pécuniaire [387]

XIV. DÉPENS [388]

XV. ORDONNANCE [389]

XVI. DIRECTIVES AUX PARTIES [390]

XVII. ANNEXES [391]

II. FAITS GÉNÉRATEURS DU LITIGE

[8] Les parties conviennent que Sears est l'un des marchands les plus importants et les plus respectés au Canada. Elle vend des articles d'usage courant au public par le truchement de divers réseaux commerciaux, notamment des points de vente au détail d'un bout à l'autre du Canada. En 1999, Sears offrait 28 gammes de pneus au grand public dans 67 centres de l'auto au pays.

(i) Les pneus

[9] Les cinq gammes de pneus (collectivement les « pneus ») en cause :

- i) RoadHandler « T » Plus (fabriqué par Michelin)
- ii) BF Goodrich Plus (fabriqué par BF Goodrich)
- iii) Weatherwise R H Sport (fabriqué par Michelin)
- iv) Response RST Touring '2000' (fabriqué par Cooper)
- v) Silverguard Ultra IV (fabriqué par Bridgestone)

[10] Il s'agit de pneus quatre saisons pour voitures de tourisme. Collectivement, ils représentaient environ [CONFIDENTIEL] % de tous les pneus quatre saisons pour voitures de tourisme vendus par Sears en 1999 et environ [CONFIDENTIEL] % de tous les pneus pour voitures de tourisme vendus par Sears en 1999. En dollars, les pneus représentaient environ [CONFIDENTIEL] % des ventes totales de pneus de Sears. Aucun autre marchand n'a fait la promotion des pneus ou n'a fourni les pneus au public en 1999. Chaque gamme était exclusive à Sears.

(ii) Stratégie d'établissement des prix de Sears

[11] Sears est un marchand qui pratique un « régime de prix élevés/rabais », ce qui signifie que Sears compte sur des rabais et des promotions pour attirer des consommateurs dans ses magasins et générer des ventes. Un marchand de ce genre exige un prix « habituel » plus élevé pour ses articles, puis, de temps à autre, offre les articles « en solde » lors de campagnes promotionnelles.

[12] En 1999, Sears a offert les pneus aux quatre prix suivants :

- a) Le prix « habituel » de Sears était le prix pour un seul des pneus vendus par Sears lorsque ce pneu n'était pas offert « en solde ». Il s'agissait du prix utilisé comme prix de référence dans les annonces lorsque les pneus étaient annoncés « en solde » par Sears.
- b) Le prix « 2Pour » de Sears était celui auquel Sears vendait au moins deux pneus donnés aux consommateurs lorsque le pneu n'était pas offert à un prix « en solde ». En 1999, le prix « 2Pour » de Sears d'un pneu donné était toujours inférieur à son prix habituel pour un seul pneu. Sears n'a pas utilisé son prix « 2Pour » comme prix de référence dans

aucune des indications de soldes en cause et n'a pas fait la publicité de son prix « 2Pour » lors de la promotion de soldes. Le prix « 2Pour » entré en vigueur lorsqu'un consommateur achetait plus d'un pneu, et le consommateur était seulement informé du rabais à l'achat de plusieurs pneus par l'associé aux ventes du magasin.

- c) Le prix « promotionnel ordinaire » de Sears était le prix de vente habituel annoncé par Sears, qui était le prix « habituel » de chaque pneu moins un pourcentage donné. Le pourcentage du rabais dépendait du pneu. Lorsqu'on a annoncé des prix « promotionnels ordinaires » en 1999, c'était toujours comparativement au prix « habituel » du pneu en question, et non pas au prix « 2Pour ». Ces rabais correspondaient à ce que Sears appelait des « messages relatifs à des économies ».
- d) Les expressions « article formidable », « grandes nouvelles », « les plus bas prix de l'année » ou d'autres expressions semblables de Sears renvoient à un prix promotionnel faisant l'objet d'un rabais supplémentaire en vertu duquel le rabais que recevaient les consommateurs était plus important que celui qu'ils obtenaient dans le cas du prix « promotionnel ordinaire ». Lorsque des prix promotionnels du genre « article formidable » ont été annoncés en 1999, c'était toujours comparativement au prix « habituel » d'un seul pneu, et non pas au prix « 2Pour ».

[13] Voici une illustration du rapport entre les quatre prix. Pour le pneu Response RST Touring '2000' (P215/70R14), les prix établis par Sears en 1999 étaient les suivants :

- i) prix habituel (un seul article) - 133,99 \$;
- ii) prix « 2Pour » - 87,99 \$ (chacun);
- iii) prix promotionnel ordinaire - 79,99 \$ (chacun, ce qui représente un rabais de 40 % par rapport au prix habituel d'un seul pneu);
- iv) prix d'article formidable - 72,99 \$ (chacun, ce qui représente un rabais de 45 % sur le prix habituel d'un seul pneu).

[14] En 1999, les prix habituels pour un seul pneu de Sears ont été fixés à l'automne de 1998 et n'ont pas été modifiés en 1999. Les prix « 2Pour », promotionnels ordinaires et article formidable de Sears ont également été fixés à l'automne de 1998 et ces prix sont demeurés pratiquement inchangés. En règle générale, les prix de Sears étaient fixés à l'échelle nationale de sorte que les pneus étaient vendus au même prix aux centres de l'auto Sears.

(iii) La promotion des pneus

[15] Tout au long de 1999, Sears a annoncé les pneus par le truchement de divers mécanismes, notamment les circulaires (ou « pré-publications »), journaux, dépliants en magasin, et soldes nationaux dans tous les magasins qui ont paru dans divers journaux du pays. Les annonces de Sears contenaient des indications du prix auquel Sears vendait habituellement les pneus, comparativement au prix de solde des pneus en promotion. Les annonces étaient placées dans des journaux publiés à la grandeur du pays, par exemple, *Vancouver Sun*, *Montreal Gazette* et *Calgary Sun*.

[16] La présente demande vise les indications du prix de vente habituel faites lors de trois soldes nationaux différents en 1999, le premier qui a eu lieu du 8 au 14 novembre, le deuxième du 22 au 28 novembre et le dernier les 18 et 19 décembre.

[17] Dans le cas du premier solde, Sears a distribué à la grandeur du pays une circulaire intitulée « Sears Shop Wish and Win » qui annonçait les prix du Response RST Touring '2000' et du RoadHandler « T » Plus de Michelin. Voici un exemple de la publicité que l'on trouvait dans la circulaire pour cette vente :

MICHELIN®

RoadHandler T Plus

Dimension	Sears ord.	Solde, chacun
P175/70R13	153,99	91,99
P185/70R14	168,99	99,99
P205/70R14	190,99	113,99
P205/70R15	203,99	121,99
P185/65R14	179,99	107,99
P195/65R15	188,99	112,99
P205/65R15	199,99	119,99
P225/60R16	219,99	131,99

D'autres dimensions sont également en solde

Économisez 40 %

**TOUS LES PNEUS MICHELIN QUATRE SAISONS POUR
VOITURES DE TOURISME**

Illustré : Le pneu RoadHandler® T Plus est fabriqué par Michelin pour le compte de Sears.

Appuyé par une garantie de 6 ans contre l'usure de la bande de roulement sans limite de kilométrage; détails en magasin. Série #51000

[18] Dans le cadre du premier solde, Sears a également publié des annonces faisant la promotion du RoadHandler « T » Plus de Michelin et/ou du Response RST Touring '2000' dans plusieurs journaux à grand tirage au pays (notamment, *Vancouver Sun* et *Montreal Gazette*). La taille minimale des annonces parues dans les journaux était de 5,625 po. sur 9,625 po.

[19] Le deuxième solde a eu lieu du 22 au 28 novembre 1999. On faisait la promotion du Silverguard Ultra IV que l'on annonçait dans une circulaire hebdomadaire, dans des annonces publiées dans des journaux et dans des dépliants distribués en magasin dans tous les centres de l'auto Sears. La circulaire hebdomadaire contenait l'annonce suivante :

Pneu Silverguard Ultra IV

Taille	Sears ord.	Solde, chacun
P185/75R14	109,99	54,99
P195/75R14	116,99	58,49
P235/75R15XL	149,99	74,49
P175/70R13	99,99	49,99
P185/70R14	113,99	56,99
P195/70R14	119,99	59,99
P205/70R14	123,99	61,99
P215/70R14	129,99	64,99
P205/70R15	133,99	66,99
P205/65R15	139,99	69,99

D'autres dimensions sont également en solde.

1/2 PRIX

PNEUS QUATRE SAISONS SILVERGUARD 'ULTRA IV'

Fabriqué pour Sears par Bridgestone et appuyé par une garantie contre l'usure de la bande de roulement de 110 000 km :

détails en magasin. Série #68000. À partir de **45⁴⁹**

chacun. P155/80R13. Sears ord. 90,99 \$

[20] Le troisième solde a eu lieu les 18 et 19 décembre 1999. On faisait alors la promotion des pneus BF Goodrich Plus et Weatherwise. La vente a été annoncée dans une circulaire hebdomadaire qui a été diffusée à l'échelle nationale. Le pneu BF Goodrich Plus était annoncé comme suit : « économisez 25 % » tandis que dans la circulaire on lisait pour le prix du pneu Weatherwise : « économisez 40 % ».

(iv) Soldes de pneus

[21] Les parties conviennent que le tableau suivant représente le chiffre des ventes et les pourcentages de pneus vendus au prix de vente habituel de Sears au cours des 12 mois précédant les indications du prix de vente habituel pertinentes :

Tableau 1 : Résumé des quantités vendues

		1	2	3	4	5
Gamme	Période	Nombre total de pneus vendus par Sears au cours de l'année précédant l'indication en cause	Pneus vendus à « l'unité », c'est-à-dire qui ne font pas partie d'un groupe de deux ou plus	Pourcentage des pneus vendus à l'unité par rapport au nombre total de pneus vendus (col. 2 en tant que % de la col. 1)	De tous les pneus vendus à l'unité, le nombre de pneus vendus au prix de vente habituel à l'unité	Pourcentage du nombre total de pneus vendus au prix de vente habituel à l'unité (col. 4 en tant que % de la col. 1)
BF Goodrich Plus	12/18/98 - 12/18/99	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	6,53 %	[CONFIDENTIEL]	2,29 %
Michelin Roadhandler 'T' Plus	11/08/98 - 11/08/99	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	3,84 %	[CONFIDENTIEL]	1,30 %
Michelin Weatherwise RH Sport	12/18/98 - 12/18/99	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	3,81 %	[CONFIDENTIEL]	0,82 %
Response RST Touring 2000	11/08/98 - 11/08/99	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	2,19 %	[CONFIDENTIEL]	0,51 %
Silverguard Ultra IV	11/22/98 - 11/22/99	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	3,22 %	[CONFIDENTIEL]	1,21 %
Nombre total		[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	4,03 %	[CONFIDENTIEL]	1,28 %

[22] Les deux tableaux qui suivent indiquent le nombre de jours pendant lesquels les pneus étaient offerts par Sears au prix habituel de Sears, comparativement au nombre de jours pendant lesquels les pneus étaient vendus à un prix inférieur au prix habituel de Sears. Le premier tableau reflète la période de six mois qui a précédé les indications du prix, le deuxième tableau reflète la période de douze mois qui les a précédées.

Tableau 2 : Résumé de l'analyse de la période
(Pour la période de six mois précédant les indications pertinentes)

	BF Goodrich Plus	RoadHandler "T" Plus	Weatherwise /RH Sport	Response RST Touring '2000'	Silverguard Ultra IV
Date de l'indication	36511	36471	36511	36471	36485
Début et fin de la période de six mois	du 18 juin au 17 déc. 1999	du 9 mai au 7 nov. 1999	du 18 juin au 17 déc. 1999	du 9 mai au 7 nov. 1999	du 23 mai au 21 nov. 1999
Nombre total de jours	183	183	183	183	183
Nombre de jours aux prix réduits	100	113	148	99	73
% des jours aux prix réduits	55 %	62 %	81 %	54 %* ou 50,35 %	40 %
Nombre de jours aux prix habituels	83	70	35	84	110
% de la période aux prix habituels	45 %	38 %	19 %	46 %* ou 49,65 %	60 %

* Sears soutient que les données exactes sont les deuxièmes relativement au Response RST Touring '2000'.

Tableau 3 : Résumé de l'analyse de la période
(Pour la période de douze mois précédant les indications pertinentes)

	BF Goodrich	RoadHandler "T" Plus	Weatherwise /RH Sport	Response RST Touring 2000	Silverguard Ultra IV
Date de l'indication	36511	36471	36511	36471	36485
Début et fin de la période de douze mois	du 19 déc. 1998 au 17 déc. 1999	du 9 nov. 1998 au 7 nov. 1999	du 19 déc. 1998 au 17 déc. 1999	du 9 nov. 1998 au 7 nov. 1999	du 23 nov. 1998 au 21 nov. 1999
Nombre total de jours	365	365	365	365	365
Nombre de jours aux prix réduits	181	246	283	121	184
% des jours aux prix réduits	49,59 %	67,40 %	77,53 %	33,15 %	50,41 %
Nombre de jours aux prix habituels	184	119	82	244	181
% de la période aux prix habituels	50,41 %	32,60 %	22,47 %	66,85 %	49,59 %

III. LA LÉGISLATION APPLICABLE

[23] Le paragraphe 74.01(3) de la Loi se trouve à la partie VII.1 de la Loi qui est intitulée « Pratiques commerciales trompeuses ». La Partie VII.1 de la Loi permet au commissaire d'exercer des recours administratifs, plutôt que d'intenter des poursuites au criminel, en rapport avec les pratiques commerciales trompeuses, y compris la publicité trompeuse.

[24] Aux termes de l'article 74.01 de la Loi, une personne a un comportement susceptible d'examen lorsque cette personne, aux fins de promouvoir un produit ou un intérêt commercial, donne des indications fausses ou trompeuses sur un point important. Lorsqu'il faut déterminer si l'indication est ou non trompeuse ou fautive sur un point important, il faut tenir compte de l'impression générale que donne l'indication, de même que sa signification littérale.

[25] Le paragraphe 74.01(3) de la Loi traite des indications trompeuses relativement au prix de vente habituel d'un vendeur. Le paragraphe 74.01(3) est ainsi conçu :

74.01(3) A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, makes a representation to the public as to price that is clearly specified to be the price at which a product or like products have been, are or will be ordinarily supplied by the person making the representation where that person, having regard to the nature of the product and the relevant geographic market,

- (a) has not sold a substantial volume of the product at that price or a higher price within a reasonable period of time before or after the making of the representation, as the case may be; and
- (b) has not offered the product at that price or a higher price in good faith for a substantial period of time recently before or immediately after the making of the representation, as the case may be.

74.01(3) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, des indications au public relativement au prix auquel elle a fourni, fournit ou fournira habituellement un produit ou des produits similaires, si, compte tenu de la nature du produit et du marché géographique pertinent, cette personne n'a pas, à la fois :

- a) vendu une quantité importante du produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication des indications;
- b) offert de bonne foi le produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication des indications.

[26] L'indication d'un prix de vente habituel (« PVH ») ne constituera pas un comportement susceptible d'examen en vertu du paragraphe 74.01(3) si l'un des critères suivants est rempli :

- (a) une quantité importante du produit a été vendu à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication de l'indication (« critère de la quantité »);
- (b) le produit a été offert, de bonne foi, à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication de l'indication (« critère de la période »).

Dans la présente affaire, la période dont il faut tenir compte est celle qui précède la communication des indications en cause parce que les indications ont trait au prix auquel les pneus ont été vendus auparavant (paragraphe 74.01(4) de la Loi).

[27] L'exigence qui veut qu'une indication fautive ou trompeuse doit porter sur un point important se trouve au paragraphe 74.01(5) de la Loi qui prévoit :

74.01(5) Subsections (2) and (3) do not apply to a person who establishes that, in the circumstances, a representation as to price is not false or misleading in a material respect.

74.01(5) Les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas à la personne qui établit que, dans les circonstances, les indications sur le prix ne sont pas fausses ou trompeuses sur un point important.

[28] Les sanctions possibles pour une infraction au paragraphe 74.01(3) de la Loi sont prévues à l'article 74.1 de la Loi. Le paragraphe 74.1(1) prévoit qu'un tribunal (défini de façon à inclure le Tribunal de la concurrence (« Tribunal ») peut, lorsqu'il a conclu qu'une personne a eu un comportement susceptible d'examen, ordonner à celle-ci :

- (a) de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable;
- (b) de publier un avis correctif décrivant le comportement susceptible d'examen;
- (c) de payer une sanction administrative pécuniaire.

[29] Aucune ordonnance exigeant la publication d'un avis correctif ou le paiement d'une sanction administrative pécuniaire ne peut être rendue si la personne visée établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher un tel comportement (paragraphe 74.1(3) de la Loi).

[30] Les articles 74.01, 74.09 et 74.1 sont énoncés dans leur totalité à l'annexe des présents motifs.

IV. LA CONTESTATION CONSTITUTIONNELLE

[31] Comme on l'a mentionné précédemment, Sears soutient, et la commissaire en convient, que le paragraphe 74.01(3) de la Loi porte atteinte au droit fondamental de Sears à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte. À mon avis, la reconnaissance de ce droit est appropriée.

[32] La Cour suprême du Canada a dit en ce qui concerne l'analyse de la liberté d'expression et de sa violation que :

- (i) La première étape consiste à déterminer si l'activité de l'entité concernée relève du champ de la garantie de la « liberté d'expression ». Une activité est une expression, et est donc protégée, si elle tente de transmettre une signification. Si une activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle est une expression et, à prime abord, elle est protégée par la garantie de la Charte (à moins que la signification ne soit transmise par une forme d'expression violente).
- (ii) La deuxième étape est de déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale est de restreindre la liberté d'expression.

Voir : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, plus particulièrement aux pages 967 à 979.

[33]

La Cour suprême, en appliquant cette analyse, a déjà statué que les interdictions relatives à l'expression commerciale par la publicité portent atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte. Voir : *RJR Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 58.

[34] Dans la présente affaire, les indications de PVH de Sears transmettent ou tentent de transmettre une signification. Par conséquent, ces indications sont une expression de sorte qu'elles relèvent, à prime abord, des comportements protégés par l'alinéa 2*b*) de la Charte. Le paragraphe 74.01(3) de la Loi vise à restreindre ou à contrôler les tentatives de Sears et d'autres de transmettre une signification en interdisant un comportement susceptible d'examen et en imposant des restrictions et des contrôles relativement aux indications de PVH.

[35] Il s'ensuit, comme l'a reconnu la commissaire, que la disposition contestée limite la liberté d'expression de Sears garantie par l'alinéa 2*b*) de la Charte. Par conséquent, la question suivante est de déterminer si la disposition contestée est justifiée au sens de l'article premier de la Charte.

(i) Principes de droit applicables

[36] Pour qu'elle soit justifiée au sens de l'article premier de la Charte, une limite à la liberté d'expression doit être prescrite par « une règle de droit ». Une limite n'est prescrite par une règle de droit que si elle fournit « un fondement adéquat pour un débat judiciaire ». Voir : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, page 639. Il incombe à l'État qui prétend que la limite est justifiée d'établir qu'une limite est prescrite par une règle de droit.

[37] L'évaluation pour déterminer si une limite prescrite par une règle de droit est raisonnable et si sa justification peut être démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique doit être faite conformément aux principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il existe deux critères principaux qui doivent être respectés :

1. L'objectif de la mesure contestée doit être suffisamment important pour justifier qu'on passe outre à un droit ou à une liberté protégés par la Constitution. Pour être suffisamment important, l'objectif doit avoir trait à des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique.
2. À supposer que l'on ait établi que l'objectif est suffisamment important, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent satisfaire à un critère de proportionnalité. À cette fin, les moyens doivent :
 - a. Être reliés de façon rationnelle à l'objectif. Cela exige que les moyens choisis soient conçus pour atteindre l'objectif invoqué. Les moyens ne doivent pas être arbitraires, injustes ou se fonder sur des considérations irrationnelles.
 - b. Porter atteinte au droit ou à la liberté en question le moins possible. Cela exige que la mesure n'aille pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif.

c. Être tels que les effets de la mesure sur la limitation des droits et des libertés sont proportionnels à l'objectif. Cela exige que l'ensemble des effets bénéfiques de la mesure l'emporte sur ses effets négatifs.

Voir également : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

[38] Les considérations pertinentes lorsqu'il s'agit d'effectuer l'analyse présentée dans l'arrêt *Oakes*, précité, sont les suivants :

1. Il incombe à la partie qui cherche à faire maintenir la restriction d'établir qu'une restriction à un droit ou à une liberté protégés par la Charte est raisonnable et que sa justification peut être démontrée. Voir : *Oakes*, page 137.
2. La norme de preuve est la norme civile de preuve. Lorsqu'il faut des preuves pour établir les éléments constitutifs de l'analyse de l'article premier, les critères concernant l'existence d'une prépondérance des probabilités ou de la preuve doivent être appliqués de façon rigoureuse, mais il faut reconnaître par contre qu'en vertu de la norme civile de preuve, il existe différents degrés de probabilité selon le litige. Voir : *Oakes*, page 137.
3. L'analyse enseignée dans l'arrêt *Oakes* ne doit pas être appliquée d'une façon rigide ou mécanique. Elle doit l'être avec souplesse. Voir : *RJR Macdonald*, précité, au paragraphe 63.
4. L'analyse doit être entreprise en portant une attention particulière aux facteurs contextuels. Et ce, parce que l'objectif de la mesure contestée ne peut être établi que par un examen de la nature du problème qu'il veut régler, et que la proportionnalité des moyens utilisés ne peut être évaluée que dans le contexte de tout le cadre factuel. Voir : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au paragraphe 87.
5. Le contexte aura également une incidence sur la nature de la preuve requise pour justifier la mesure. Alors que certaines propositions peuvent être démontrées de façon empirique, d'autres (par exemple, qui impliquent des considérations philosophiques ou sociales) ne peuvent l'être. Dans ces derniers cas, « il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question ». La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction. Voir : *Sauvé*, précité, au paragraphe 18.
6. Pour ce qui est du critère de l'atteinte minimale, lorsqu'une disposition législative est contestée, la Cour suprême du Canada a déclaré que le législateur n'a pas besoin de choisir le moyen le moins envahissant pour atteindre ses objectifs, mais il doit plutôt se rapprocher d'une gamme de moyens qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis.

(ii) Une limite prescrite par une règle de droit

[39] S'agissant de l'application de ces principes aux preuves présentées au Tribunal, je commence par examiner si la disposition législative contestée est une limite prescrite par une règle de droit.

[40] Sears soutient que le libellé du paragraphe 74.01(3) de la Loi est : i) excessivement vague, incertain et imprécis; ii) assujetti à des normes inintelligibles; et iii) susceptible d'application arbitraire par la commissaire. On s'appuie particulièrement sur le fait que la Loi ne donne aucune définition des expressions « quantité importante », « période raisonnable », « période importante » ou « précédant de peu ou suivant de peu », que l'on retrouve toutes dans la disposition contestée. Même si le paragraphe 74.01(3) dispose que la nature du produit et le marché géographique pertinent sont des facteurs à prendre en compte au moment de déterminer si une personne a un comportement susceptible d'examen, Sears soutient que la Loi ne définit pas ces facteurs, qu'elle ne fournit aucune aide ou orientation quant au poids que l'on devrait accorder à chacun de ces facteurs et qu'elle n'offre aucune indication quant à l'incidence de ces facteurs lorsqu'il faut déterminer si une personne a ou non satisfait aux critères de la quantité et de la période. En fin de compte, Sears prétend qu'il n'est pas possible pour le Tribunal de déterminer l'intention du législateur en interprétant le libellé en cause au moyen des outils ordinaires d'interprétation des lois.

[41] En ce qui concerne le bulletin d'information intitulé « Indications relatives au prix habituel » publié par la commissaire pour donner les grandes lignes de son approche de l'exécution des dispositions de la Loi (« lignes directrices ») sur les indications relatives au prix habituel, Sears déclare qu'en tant que lignes directrices administratives non juridiques et non exécutoires, elles peuvent être modifiées ou remplacées à volonté par la commissaire. À ce titre, ce ne sont pas des critères prescrits par une règle de droit qui peuvent justifier une restriction à la liberté d'expression. En effet, Sears dit que l'existence et la raison d'être des lignes directrices appuient sa thèse selon laquelle la disposition contestée est inconstitutionnellement vague et reflète le fait que le paragraphe 74.01(3), à lui seul, ne donne pas suffisamment d'indications.

[42] Bref, Sears dit que c'est la clarté qui est en cause; dans quelle mesure une disposition devrait-elle être claire et à quelle étape de la vie de la disposition la clarté devrait-elle être évidente?

[43] Deux décisions de la Cour suprême jettent un éclairage important sur les prétentions de Sears.

[44] Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la page 983, le juge en chef Dickson, qui rédigeait le jugement majoritaire, a fait remarquer qu'en droit, la précision absolue est rare, voire « inexistante ». Il a dit que la question est de savoir si la disposition en cause fournit une « norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application ». Cependant, lorsqu'il n'y a « aucune norme intelligible » et qu'un « pouvoir discrétionnaire » a été accordé pour faire ce qui « semble le mieux », il n'existe aucune limite prescrite par une règle de droit.

[45] Par la suite, dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, la Cour suprême a examiné sa jurisprudence à cet égard et, aux pages 626 et 627, le juge Gonthier, rédigeant pour la Cour, énonce les propositions suivantes en ce qui concerne l'imprécision et sa pertinence par rapport à la Charte :

1. On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la Charte puisqu'un principe de justice fondamental exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la Charte *in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise à tel point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction des droits garantis par la Charte doit être « prescrite par une règle de droit ». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet « atteinte minimale » du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes (Morgentaler, Irwin Toy et Renvoi sur la prostitution)*.
2. La « théorie de l'imprécision » repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité (*Renvoi sur la prostitution et Comité pour la République du Canada*).
3. Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une loi est trop imprécise comprennent : a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme intelligible étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister. (*Morgentaler, Irwin Toy, Renvoi sur la prostitution, Taylor et Osborne*).
4. L'imprécision, qu'elle soit soulevée par rapport à l'art. 7 ou par rapport à l'article premier *in limine*, fait entrer en jeu des considérations semblables (*Renvoi sur la prostitution et Comité pour la République du Canada*). En revanche, l'imprécision, en ce qui concerne le volet « atteinte minimale » du critère relatif à l'article premier se confond avec la notion connexe de portée excessive (*Comité pour la République du Canada et Osborne*).

5. La Cour hésitera à décider qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une « règle de droit » au sens de l'article premier *in limine*, et examinera plutôt la portée de la disposition sous l'éclairage du critère de l'« atteinte minimale » (*Taylor et Osborne*).

[46] Le juge Gonthier a poursuivi et confirmé que le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant.

[47] En ce qui concerne les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité, dont il est question au point 2 ci-dessus, le juge Gonthier a fait remarquer que l'avertissement suffisant comprend la conscience que certains actes sont assujettis à des limites légales (pages 633 à 635) et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi exige qu'une loi ne doit pas être dénuée de précision au point d'entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise (pages 635 et 636).

[48] La Cour a conclu ses observations au sujet de l'imprécision en les termes suivants aux pages 638 à 640 :

Les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. Entre-temps, la conduite est guidée par l'approximation. Le processus d'approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels.

En énonçant les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, ces normes donnent lieu à un débat judiciaire. Elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis.

On ne saurait vraiment pas exiger davantage de certitude de la loi dans notre État moderne. Les arguments sémantiques, fondés sur une conception du langage en tant que moyen d'expression sans équivoque, ne sont pas réalistes. Le langage n'est pas l'instrument exact que d'aucuns pensent qu'il est. On ne peut pas soutenir qu'un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d'indications pour qu'il soit possible de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Tout ce qu'il peut faire, c'est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d'une sphère de risque. Mais c'est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste. La CEDH a maintes fois mis en garde contre la recherche de la certitude et adopté cette conception de la « sphère de risque » dans l'affaire *Sunday Times*, précitée, et surtout dans l'affaire *Silver et autres*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61, aux pp. 33 et 34, et dans l'affaire *Malone*, précitée, aux pp. 32 et 33.

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux

citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C'est là une norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique. Le terme « débat judiciaire » n'est pas utilisé ici pour exprimer une nouvelle norme ou pour s'écarter de celle que notre Cour a déjà énoncée. Au contraire, elle traduit et englobe la même norme et le même critère d'avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi considérés dans le contexte plus global d'une analyse de la qualité et des limites de la connaissance et de la compréhension qu'ont les particuliers de l'application de la loi. [soulignement ajouté]

[49] Ayant cette orientation, j'examine maintenant si le paragraphe 74.01(3) de la Loi fournit un fondement adéquat pour un débat judiciaire, tout en n'oubliant pas la mise en garde de la Cour suprême, à savoir l'application d'une norme assez exigeante pour déterminer qu'une disposition législative est d'une imprécision inadmissible et l'hésitation dont a fait état la Cour suprême à décider qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une « règle de droit ». Au contraire, la Cour tiendra compte de l'imprécision sous l'éclairage de l'atteinte minimale et de la portée excessive.

[50] Comme on l'a indiqué précédemment, la principale contestation concernant le paragraphe 74.01(3) repose sur l'utilisation des termes non définis que sont la « quantité importante », la « période raisonnable », la « période importante » et « précédant de peu ou suivant de peu ». Bien que la Loi ne définisse pas ces termes, et qu'ils ne se prêtent pas à une mesure précise, il s'agit de termes d'usage courant dont la signification est en général comprise. Dans un autre contexte sous le régime de la Loi, on dit que le mot « important » a sa signification ordinaire, c'est-à-dire qu'il signifie quelque chose qui est plus que le minimum. (Voir : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence); décision confirmée (1991) 38 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.)). Comme le soutient la commissaire, il n'existe aucune raison de conclure que le Tribunal n'est pas également capable d'interpréter et d'appliquer la signification du mot « important » dans le contexte du paragraphe 74.01(3). Le mot « raisonnable » est très utilisé dans les lois canadiennes et a une signification convenue en common law. De même, l'expression « précédant de peu ou suivant de peu », équivalente du mot *recently* dans la version anglaise, pour reprendre les propos du juge Muldoon dans l'affaire *74712 Alberta Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)* (1994), 78 F.T.R. 259, au paragraphe 12 : « situe implicitement les événements par rapport au présent ». Le *Petit Robert* donne les significations suivantes à l'équivalent français de *recent* : « qui s'est produit ou qui existe depuis peu de temps; proche dans le passé ». Donc, les termes dont se plaint Sears ont des significations couramment comprises.

[51] En outre, l'interprétation du paragraphe 74.01(3) ne se limite pas à une analyse sémantique quant à la signification de chaque mot utilisé. Dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précitée, la Cour suprême a déterminé si l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (qui a précédé la Loi actuelle) constituait une limite prescrite par une règle de droit. Cette disposition interdisait des accords « pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence ». La Cour, dans une opinion unanime, a fait remarquer aux pages 647 et 648 que l'interprétation de la disposition était tributaire des objectifs de la mesure législative, du reste de l'article et du mode d'examen retenu par les tribunaux qui avaient examiné cette disposition.

[52] Dans la présente affaire, l'objectif de la disposition contestée est d'interdire des indications trompeuses sur le prix habituel. Il s'agit d'un objectif qui relève de l'objet général de la Loi. Cet objet général, tel qu'il est énoncé à l'article 1.1 de la Loi, est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada » afin, notamment, « d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et des choix dans les produits ». Ces objectifs en matière de politique permettent de comprendre si, en vertu de la disposition contestée, un prix constitue un prix de vente habituel légitime.

[53] Le paragraphe 74.01(3) précise également deux facteurs dont il faut tenir compte quand il s'agit d'appliquer les critères de la quantité et de la période. Ces facteurs sont la nature du produit et le marché géographique pertinent. En mentionnant des facteurs dont il faut tenir compte en appliquant les critères de la quantité et de la période, la disposition législative précise davantage de quelle façon le pouvoir discrétionnaire qu'elle accorde doit être exercé. Ces deux facteurs donnent également la souplesse nécessaire. Par exemple, la nature saisonnière ou périssable d'un produit peut fort bien nécessiter l'application d'un critère d'une période plus brève ou d'une quantité plus petite. Ces facteurs font en sorte que le pouvoir discrétionnaire contenu dans la disposition contestée ne constitue pas un pouvoir discrétionnaire absolu concernant l'application des critères de la période et de la quantité.

[54] Bien que Sears soutienne que ni l'expression « nature du produit », ni l'expression « marché géographique pertinent » ne sont définies, et qu'aucune indication n'est donnée quant à leur application, je suis d'avis qu'aucune des deux expressions ne pourrait être définie de façon trop précise parce que leurs significations pourraient varier selon la situation particulière. Je suis convaincue, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère raisonnable d'une indication de PVH, que la considération à donner à la nature du produit et au marché géographique pertinent contribue de façon importante à l'existence d'un fondement adéquat pour un débat judiciaire. Il ne faut pas oublier que tant la nature d'un produit que le marché géographique sont des notions qui sont couramment explorées dans l'application de la Loi.

[55] Il s'ensuit, à mon avis, que les mots utilisés dans la disposition contestée, lorsqu'on les examine dans le contexte de l'objet de la disposition contestée et de l'objet général de la Loi, sont suffisamment précis pour constituer une limite prescrite par une règle de droit. La Loi donne un cadre et une norme intelligible pour un débat judiciaire et une interprétation judiciaire. Elle y

parvient en énonçant, pour paraphraser la Cour suprême dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, ce qui permet la discussion sur leur actualisation. Elle limite le pouvoir discrétionnaire et délimite suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens éventuellement touchés soient prévenus. Tout en fournissant une norme pour un débat judiciaire, la disposition donne également une souplesse qui permet de composer avec l'éventail de circonstances qui pourraient survenir (p. ex., biens saisonniers, biens périssables) et les pratiques commerciales qui évoluent.

[56] L'attestation que la disposition contestée fournit une norme intelligible se trouve, à mon avis, dans le « Rapport du Comité consultatif sur la modification de la *Loi sur la concurrence* » (« Comité consultatif ») et dans la législation d'autres pays, qui ont été soumis au Tribunal.

[57] Le 28 juin 1995, le ministre de l'Industrie a annoncé le début de consultations publiques visant à mettre à jour la *Loi sur la concurrence*. Dans le cadre de ces consultations, le Bureau de la concurrence a publié un document de travail par lequel on voulait obtenir les observations des parties intéressées à l'égard de plusieurs modifications éventuelles à la Loi. On voulait en particulier des observations sur la publicité trompeuse et les pratiques commerciales trompeuses, notamment la définition appropriée d'un PVH, dans le but d'évaluer les indications. Un comité consultatif, composé d'éminents avocats et universitaires canadiens spécialisés en concurrence, ainsi que de représentants d'associations de consommateurs et de marchands, a été mis sur pied pour examiner les réponses au document de travail. Les recommandations du Comité consultatif ont été énoncées dans son rapport publié le 6 mars 1996 (« rapport »).

[58] Le rapport reconnaissait que les indications du prix ordinaire ou habituel sont courantes sur le marché et qu'elles peuvent constituer un outil puissant et légitime de commercialisation parce qu'un grand nombre de consommateurs sont attirés par des promotions qui leur promettent d'économiser par rapport au prix ordinaire ou habituel d'un produit. Le Comité consultatif a fait remarquer que la disposition législative en vigueur à l'époque interdisait les indications trompeuses d'une façon importante, mais que la plupart des personnes qui ont formulé des observations relativement au document de travail estimaient que le critère de la quantité appliqué par le Bureau de la concurrence et le procureur général n'était pas conforme à la réalité du marché. Le Comité consultatif a résumé les résultats des consultations publiques à cet égard comme suit, à la page 25 de son rapport :

Certaines [personnes qui ont soumis des observations] ont affirmé que ce critère devrait être basé sur le prix auquel un produit est offert en vente pendant au moins la moitié d'une période donnée. Des représentants de consommateurs et de gens d'affaires ont affirmé que les consommateurs vont très probablement considérer que les indications concernant le prix de vente habituel se réfèrent au prix auquel le produit est normalement offert en vente. Il s'agit d'un critère auquel les marchands pourraient facilement satisfaire vu qu'ils exercent un contrôle sur la durée de la période pendant laquelle ils offrent un produit à un prix donné.

Toutefois, les personnes qui étaient favorables à un critère temporel en général ont indiqué que le prix annoncé devait être un prix véritable. Elles estiment qu'un marchand devrait être tenu de

démontrer qu'il a fait des efforts légitimes pour conclure certaines ventes au prix courant annoncé afin d'éviter que le prix de vente habituel d'un produit ne soit arbitrairement gonflé.

D'autres personnes ont jugé que le critère du volume des ventes était approprié. D'autres, encore, ont estimé que l'un ou l'autre de ces deux critères devaient être applicables.

[59] Après avoir examiné et débattu plusieurs propositions, le Comité consultatif est arrivé à la conclusion que les dispositions révisées « devraient énoncer expressément les deux critères alternatifs. Une comparaison de prix qui satisferait à l'un ou l'autre critère ne poserait pas de problème. En précisant clairement les circonstances dans lesquelles une contestation pourrait avoir lieu, la disposition révisée favoriserait une plus grande certitude ». Dans son rapport, le Comité consultatif a ajouté, à la page 26 :

Plus précisément, pour qu'une représentation sur un ancien prix de vente soit conforme à la loi, il faudrait que le prix annoncé soit le prix auquel une quantité substantielle du produit a été récemment vendue par les vendeurs en général sur le marché correspondant *ou* le prix auquel le produit a été récemment offert en vente de bonne foi par les vendeurs en général sur le marché correspondant pendant une période considérable.

Lorsqu'il est clairement mentionné que le prix de comparaison est le prix de l'annonceur, ces critères devraient s'appliquer par rapport au prix de cette personne uniquement, plutôt que par rapport au prix auquel le produit a été généralement vendu par les vendeurs en général sur le marché correspondant.

[...]

Le Comité a examiné l'opportunité de définir, pour plus de certitude, plusieurs termes employés dans la disposition révisée, par exemple « quantité substantielle », « bonne foi », « produits similaires », « période considérable », « nature du produit » et « marché correspondant ». Certains membres du comité ont recommandé de ne pas définir ces termes de façon trop précise car leur significations pourraient varier suivant les circonstances propres à chaque cas. Le comité est arrivé au consensus que la jurisprudence actuelle et future pourrait fournir des indications suffisantes sur le sens de certains de ces termes. [soulignement ajouté]

[60] Le Comité consultatif a recommandé la disposition type suivante, à la page 28 de son rapport :

(ii) des indications données au public sur le prix auquel un ou des produits similaires ont été, sont ou seront habituellement fournis qui précisent nettement qu'il s'agit du prix de la personne qui donne les indications ou au nom de laquelle elles sont données ne sont pas trompeuses si la personne qui donne les indications établit qu'il s'agit du prix auquel elle a, selon le cas :

(A) récemment vendu une quantité substantielle du produit,

(B) récemment offert le produit en vente de bonne foi pendant une période considérable avant la vente. [soulignement ajouté]

La disposition type prévoyait que, au moment de rendre une décision selon ces critères, il faudrait tenir compte de la nature du produit et du marché correspondant.

[61] De l'avis du comité consultatif d'experts, les termes importants, y compris ceux dont Sears se plaint maintenant, ne pouvaient pas être définis d'une façon trop précise parce que leur signification pouvait varier selon les circonstances propres à chaque cas. De toute évidence, le Comité consultatif estimait que l'utilisation de termes tels que « récemment », « volume substantiel » et « période considérable » constituait une norme intelligible pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le Comité consultatif est arrivé au consensus que la jurisprudence actuelle et future pourrait fournir des indications suffisantes sur le sens des termes utilisés. J'en conclus qu'on reconnaît : i) la nécessité d'une souplesse et le rôle interprétatif des tribunaux; ii) l'impossibilité d'avoir une certitude absolue. Il s'agit des facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'on doit déterminer si une règle de droit est trop imprécise (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, aux pages 626 et 627).

[62] En ce qui concerne les lois comparables d'autres pays, Sears a fait comparaître M. Stephen Mahinka à titre de témoin expert. M. Mahinka est un avocat qui est un associé dans le cabinet Morgan, Lewis & Bockius, s.r.l. Au sein de ce cabinet, il gère le groupe sur les pratiques antitrust du bureau de Washington, D.C. M. Mahinka a 28 années d'expérience dans la prestation de conseils aux clients en ce qui concerne l'établissement des prix, le marketing, la publicité et la protection des consommateurs dans les affaires qui intéressent la Federal Trade Commission des États-Unis. Il a conseillé des clients au sujet de la conformité aux exigences en matière de comparaison des prix en vertu des lois des États américains et des États-Unis. Il a défendu des clients dont les activités en matière d'établissement de prix et de publicité avaient fait l'objet d'enquêtes et il a agi à titre d'avocat dans des litiges sur des infractions aux prescriptions des États en matière d'établissement de prix comparatifs. En outre, il a publié quelque 60 articles sur le droit antitrust des États-Unis et des questions touchant la protection des consommateurs.

[63] Malgré l'opposition de la commissaire, le Tribunal a statué que M. Mahinka avait qualité pour donner son opinion au sujet de la publicité de prix comparatifs, de la protection des consommateurs et du droit antitrust au niveau de l'État. Le Tribunal a également conclu qu'il avait qualité pour donner son opinion sur la publicité de prix comparatifs, la protection des consommateurs et sur le droit antitrust américain au niveau fédéral. La commissaire a reconnu l'expertise de M. Mahinka au niveau fédéral.

[64] M. Mahinka a présenté un témoignage qui a porté sur son examen de la loi fédérale américaine et des lois des États concernant la publicité de prix comparatifs. Son témoignage a établi que plusieurs États avaient promulgué des lois qui contiennent des termes généraux. Par exemple, la *Deceptive and Unfair Trade Practices Law* de la Floride interdit de façon générale des méthodes déloyales de concurrence, des pratiques ou des actes abusifs, et des pratiques ou des actes déloyaux ou trompeurs dans le domaine du commerce. Dans son témoignage, M. Mahinka a dit que les règlements mettant en œuvre ces dispositions avaient été [TRADUCTION] « abrogés du fait qu'il n'était pas possible ni nécessaire de codifier chaque pratique commerciale déloyale ou trompeuse imaginable interdite par la loi ».

[65] La *General Business Law* de l'État de New York rend illégale la publicité trompeuse dans l'exécution de toute activité commerciale. On définit « publicité trompeuse » comme une publicité qui induit en erreur de façon importante.

[66] En vertu des lois en vigueur en Virginie, on ne peut faire de publicité sur un ancien prix à moins : (1) qu'il s'agisse du prix égal ou supérieur auquel un « nombre important de ventes » ont été réalisées dans le « cours récent normal des activités commerciales »; (2) que l'ancien prix était celui auquel ces biens ou services ou des biens ou services « essentiellement similaires » ont

été honnêtement, de bonne foi, ouvertement et activement offerts en vente pendant une « période raisonnablement importante » dans le « cours récent normal des activités commerciales » et non pas dans le but d'établir un prix fictif plus élevé sur lequel une comparaison trompeuse pouvait se fonder; (3) que l'ancien prix se fonde sur une majoration qui ne dépasse pas le coût du fournisseur plus la marge habituelle et coutumière du fournisseur dans la vente réelle de ces produits ou services dans le cours récent normal de ces activités commerciales; (4) la date à laquelle des « ventes importantes » ont été réalisées ou à laquelle les biens étaient ouvertement et activement offerts en vente est annoncée de façon claire et bien en vue. Dans son témoignage, M. Mahinka a dit que l'expression « ventes importantes » est définie dans les lois de la Virginie comme étant « un volume global important de vente de produits ou services comparables ou identiques à un prix égal ou supérieur au prix de comparaison annoncé dans le secteur commercial du fournisseur », mais que les autres expressions utilisées ne sont pas définies plus clairement.

[67] Je constate que ces éléments confirment que d'autres législateurs ont reconnu la nécessité d'une souplesse dans la réglementation des pratiques commerciales trompeuses en général, et dans les indications de PVH en particulier. Cette législation aux contours imprécis établit les limites générales d'une conduite inadmissible, ce qui convient à des fins d'application de la loi. L'existence d'une telle loi générale appuie, à mon avis, le point de vue selon lequel la disposition contestée peut adéquatement donner lieu à un débat judiciaire.

[68] Il est vrai que le témoignage de M. Mahinka fournissait des exemples de lois d'États très précises. Cependant, le fait que certaines lois lient des conséquences à des actes définis de façon plus précise n'entraîne pas la conclusion que des dispositions plus générales ne peuvent pas constituer une restriction prescrite par une règle de droit.

[69] En rejetant la position de Sears selon laquelle la disposition législative n'est pas une restriction prescrite par une règle de droit, j'ai également tenu compte de son allégation fondée sur l'existence des lignes directrices. Dans *Irwin Toy*, précité, à la 983, la majorité des juges de la Cour suprême a fait remarquer que l'on ne pouvait déduire de l'existence des lignes directrices, (dans ce cas, promulguer par l'Office de la protection du consommateur du Québec dans le but d'aider les annonceurs à se conformer aux restrictions concernant la publicité) qu'il n'existait aucune norme intelligible à appliquer. De l'avis de la majorité de la Cour, on pouvait seulement en déduire que l'Office de la protection du consommateur a jugé raisonnable, dans le cadre de

son mandat, d'établir une procédure volontaire d'approbation préalable. De même, je ne déduis de l'existence des directives qu'il n'existe aucune norme intelligible qu'une cour ou un tribunal peut appliquer. Je constate que le rapport du Comité consultatif comportait une recommandation selon laquelle le Bureau de la concurrence devrait publier un projet de lignes directrices qui serait publié au moment du dépôt du projet de loi. On peut en déduire que la commissaire a jugé que cette recommandation était raisonnable et que les lignes directrices étaient utiles.

(iii) Est-ce que l'atteinte est raisonnable et sa justification peut-elle être démontrée?

[70] Ayant statué que la disposition contestée est une restriction prescrite par une règle de droit, la prochaine étape consiste à appliquer les principes articulés dans l'arrêt *Oakes* aux preuves dont le Tribunal est saisi.

(a) Considérations contextuelles

[71] Comme on l'a déjà indiqué, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême a fait remarquer que l'analyse doit se faire en tenant bien compte des facteurs contextuels. Ces derniers sont pertinents à l'établissement de l'objectif de la disposition contestée et à l'évaluation de la proportionnalité des moyens utilisés pour satisfaire aux préoccupations urgentes et réelles de la disposition. La caractérisation du contexte de la disposition contestée touche à la nature des preuves nécessaires à chaque étape de l'analyse pour établir une justification que l'on peut démontrer.

[72] Je crois que les considérations contextuelles pertinentes sont les suivantes.

[73] D'abord, il est pertinent de tenir compte de la nature de l'activité à laquelle on porte atteinte. C'est nécessaire parce que, lorsque le droit à la liberté d'expression est violé, la valeur de l'expression qui est limitée influe sur le degré de protection constitutionnelle (*Thomson Newspapers*, précité, au paragraphe 91).

[74] Dans la présente affaire, la restriction concerne les indications données par un vendeur relativement à ses propres prix de vente habituels lorsque les indications ne satisfont ni au critère de la quantité ni à celui de la période, et lorsque l'indication fautive ou trompeuse est importante.

[75] Les valeurs fondamentales de la liberté d'expression comprennent la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique : *RJR Macdonald*, précité, au paragraphe 72. Il faut une norme de justification moindre lorsque la forme d'expression qui est limitée s'écarte de ces valeurs fondamentales.

[76] À mon avis, l'expression limitée par la disposition contestée ne fait pas partie des valeurs fondamentales protégées. L'expression limitée est l'expression qui est trompeuse sur un point important. Elle s'écarte beaucoup des valeurs que l'alinéa 2*b*) de la Charte est censé protéger. Il faut donc une norme de justification moindre.

[77] Deuxièmement, la prise en compte de la vulnérabilité du groupe que la disposition cherche à protéger constitue un facteur contextuel pertinent : *Thomson Newspapers*, aux paragraphes 90 et 112.

[78] Tant le Comité consultatif que les lignes directrices reconnaissent que les indications de PVH sont un outil de marketing puissant et légitime. Sears, dans son propre document intitulé « Lignes directrices concernant les indications d'économies », mentionne que les « indications d'économies, si elles sont correctement utilisées, sont un outil de vente puissant ».

[79] M. Donald Lichtenstein a témoigné à titre d'expert pour la commissaire. Il est professeur de marketing à la Leeds School of Business de l'Université du Colorado, à Boulder. Il détient un Ph.D. avec spécialisation en marketing, qu'il a obtenu en 1984 à l'Université de Caroline du Sud. M. Lichtenstein a donné de nombreuses conférences au premier cycle et aux cycles supérieurs. Il a fait partie du conseil de révision des publications du *Journal of Marketing*, du *Journal of Consumer Research*, et du *Journal of Business Research*. Il fait partie du conseil de révision des publications pour le *Journal of Public Policy and Marketing*. En 2001, il a reçu le *Outstanding Reviewer Award* du *Journal of Consumer Research*. M. Lichtenstein continue d'être un examinateur spécial pour le *Journal of Marketing* et d'autres publications. En outre, il a présenté de nombreuses communications sur le marketing dans le cadre de conférences, il a une expérience de la recherche appliquée et il a publié de nombreux travaux dans des publications avec comité de lecture et dans les actes de colloques avec comité de lecture à l'échelle nationale.

[80] Le Tribunal a statué que M. Lichtenstein avait qualité pour donner un témoignage d'opinion sur deux sujets. Le premier était lié au marketing, et plus particulièrement au comportement des consommateurs en ce qui concerne l'établissement des prix et d'autres stimuli. Le deuxième sujet était le modèle et la méthodologie de recherche dans le domaine des sciences sociales. M. Lichtenstein a produit deux opinions écrites, une première portant sur la question constitutionnelle, l'autre ayant trait aux allégations de pratiques commerciales trompeuses de la commissaire. Son témoignage a porté sur les deux questions.

[81] L'expertise de M. Lichtenstein m'a impressionnée. La plus grande partie de son témoignage sur les questions de marketing n'a pas été contestée et j'accueille son témoignage en ce qui concerne le volet constitutionnel. Son témoignage était pertinent aux facteurs contextuels en cause, notamment :

- Les PVH ont une influence considérable sur les consommateurs.
- La publicité sur les PVH donne au consommateur moyen l'impression générale qu'il fait des économies, a une incidence favorable sur les intentions d'acheter à l'annonceur et a une incidence négative sur les intentions d'aller chez des concurrents pour trouver un prix inférieur.
- Le consommateur moyen a une bien faible connaissance des prix et il magasine très peu avant d'effectuer un achat pour acquérir cette connaissance, même dans le cas d'articles dispendieux. Donc, le consommateur moyen est vulnérable à la publicité trompeuse sur les PVH.
- En signalant une aubaine provisoire, la publicité sur les PVH d'un vendeur influence non seulement sur les consommateurs qui envisagent d'effectuer l'achat d'un

produit donné, mais, en particulier dans le cas de produits qui s'usent sur une base continue visible, elle peut également attirer quelques consommateurs sur le marché plus tôt qu'ils ne l'auraient fait normalement.

- La publicité trompeuse sur les PVH peut amener les consommateurs à croire qu'en achetant le produit annoncé, ils bénéficieront d'une qualité qui correspond au prix de référence plus élevé tout en n'ayant à payer que le prix de solde inférieur.
- Il est peu probable que le consommateur moyen qui achète un produit annoncé à un PVH gonflé au vendeur se rende compte qu'il est trompé; par conséquent, il demeure susceptible d'être la victime d'autres tromperies ultérieures concernant le prix de référence.
- Obtenir une « bonne aubaine » en soi est une motivation importante qui incite de nombreux consommateurs qui achètent des articles annoncés au PVH à acheter. C'est ce que l'on appelle une « utilité de transaction ».
- Les marchands qui utilisent de façon abusive les PVH comme outils de marketing capitalisent sur les consommateurs qui considèrent les indications relatives au PVH comme des « gages » d'une bonne aubaine.
- Les annonces trompeuses d'un marchand relativement au PVH peuvent entraîner un achalandage négatif chez les concurrents qui annoncent de façon à ne pas induire en erreur. M. Lichtenstein a déclaré :

[TRADUCTION] Dans les cas des consommateurs qui sont les clients d'un concurrent et qui se trouvent en présence d'un PVH trompeur d'une source très crédible, ils seront plus enclins à remettre en question la valeur du marchand dont ils étaient clients. Probablement qu'ils vivront une expérience de dissonance cognitive, que leur estime du marchand à [qui] ils ont acheté diminuera et qu'ils ne voudront plus acheter à celui-ci par la suite.

- Un marchand qui annonce un PVH gonflé non seulement profite de la publicité trompeuse à l'égard des produits dont il est ainsi fait promotion, mais l'effet bénéfique s'étend aussi à d'autres catégories de services ou de produits qui ne sont pas en promotion. Lorsque la nature du prix annoncé est faussée auprès des consommateurs, par exemple, par un PVH gonflé du vendeur, les marchands enregistrent non seulement des ventes à l'égard de l'article qui a attiré les consommateurs chez eux, mais ils vendent aussi d'autres articles que les consommateurs achètent une fois dans leur magasin. Ainsi, les concurrents qui agissent de bonne foi n'ont pas l'occasion de concurrencer sur un pied d'égalité non seulement pour l'article en promotion, mais pour tous les articles que le consommateur achète.

- Lorsque le comportement de l'annonceur a pour effet que les consommateurs achètent des produits qui ont un moins bon rapport qualité-prix, cela incite les fabricants à attribuer des facteurs de production à ces articles au lieu de les attribuer aux articles qui seraient autrement produits (c.-à-d. ceux qui offrent « vraiment » un meilleur rapport qualité-prix). Ce comportement nuit à la concurrence et fausse les indications de prix qui nuisent à l'affectation optimale de ressources productives, de sorte que c'est tout le bien-être des consommateurs qui diminue.

[82] Un troisième facteur contextuel connexe, reconnu dans la plaidoirie de Sears comme étant pertinent, est l'objectif de la disposition contestée et la nature du problème qu'elle cherche à corriger. La Loi cherche à préserver et à favoriser la concurrence et l'objectif de la disposition contestée est de le faire en améliorant la qualité et l'exactitude des renseignements sur le marché et en décourageant les pratiques commerciales trompeuses.

[83] Sears soutient qu'un facteur contextuel qui est au cœur du problème est que, avant la promulgation de la disposition contestée, les parties intéressées s'étaient « explicitement et vigoureusement plaintes de l'imprécision et du manque de certitude et de compréhension concernant la disposition sur le prix de vente habituel ». Je conviens que la clarté de la disposition est pertinente relativement aux considérations touchant l'imprécision (puisque cela a trait à la fois aux exigences d'atteinte minimale et de la limite « prescrite par une règle de droit ») et, dans ce sens, la clarté a trait à la proportionnalité de la disposition. Je ne suis pas convaincue sur la foi de la preuve que la clarté et la certitude sont autrement des facteurs contextuels pertinents, ou que la clarté est un facteur contextuel très important.

(b) Est-ce que l'atteinte vise un objet ou un objectif valable constitutionnellement?

[84] Ayant énoncé les considérations contextuelles pertinentes, je passe à la première étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*. La question à laquelle il faut répondre à ce moment-ci est de savoir si l'objectif de la disposition contestée est suffisamment important pour, en principe, pouvoir justifier une restriction à la liberté d'expression de Sears.

[85] Sears reconnaît que l'objectif est suffisamment important. Malgré cette reconnaissance, il est important, à ce moment-ci, de bien énoncer, et non pas de l'exagérer, l'objectif de la disposition contestée. Mal énoncé, l'objectif de la disposition nuira à l'analyse.

[86] Sears décrit les objectifs de la disposition contestée comme suit :

Les éléments de preuve présentés au tribunal dans la présente instance ont confirmé que les objectifs de la Loi comprennent, entre autres, l'établissement et la communication des règles ou paramètres régissant la concurrence au Canada et, ce qui est important, l'application de la Loi par le système judiciaire de façon juste pour tous et conformément aux règles déjà établies. Parmi les autres objectifs, mentionnons l'amélioration de la qualité et de l'exactitude des renseignements dans le marché et décourager les pratiques commerciales trompeuses.

[87] À mon avis, les éléments de preuve du contexte législatif des dispositions de la Loi en ce qui concerne les indications du prix habituel sont pertinents à la détermination des objectifs de la disposition contestée. C'est ce que l'on décrit plus bas.

[88] En 1960, une interdiction criminelle portant sur les indications trompeuses du prix habituel a été ajoutée à ce qui était alors la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La disposition initiale se lisait comme suit :

33C(1) Every one who, for the purpose of promoting the sale or use of an article, makes any materially misleading representation to the public, by any means whatever, concerning the price at which such or like articles have been, are, or will be, ordinarily sold, is guilty of an offence.

(2) Subsection (1) does not apply to a person who publishes an advertisement that he accepts in good faith for publication in the ordinary course of his business.

33c.(1) Quiconque, afin de favoriser la vente ou l'emploi d'un article fait au public un exposé essentiellement trompeur, de quelque façon que ce soit, en ce qui concerne le prix auquel ledit article ou des articles semblables ont été, sont ou seront ordinairement vendus, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui fait paraître une annonce publicitaire qu'elle accepte de bonne foi en vue de la publication dans le cours de son entreprise.

[89] On trouve une explication de l'objectif de l'interdiction criminelle dans les remarques faites à la Chambre des communes par le ministre de la Justice de l'époque, lorsqu'il a déposé en deuxième lecture le projet de loi visant à modifier la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* afin d'y ajouter l'interdiction criminelle. Il a dit :

La quatrième et dernière modification dont je veux parler dans ce groupe, est un nouvel article qui interdit à quiconque, afin de favoriser la vente ou l'emploi d'un article, de faire au public un exposé essentiellement trompeur, en ce qui concerne le prix auquel ledit article est ordinairement vendu. Plusieurs cas ont été portés à l'attention de la Direction des coalition -- et ces cas ont été relevés dans les catalogues de prétendus comptoirs postaux, et ailleurs également, -- où un marchand, afin de faire voir que le prix auquel il offre un article est plus favorable qu'il l'est en réalité, fait un exposé trompeur au public du prix auquel ledit article est ordinairement vendu. En plus d'être trompeuse pour le public acheteur, cette pratique constitue aussi une méthode déloyale de concurrence contre d'autres marchands.

En résumé, les modifications afférentes à l'établissement de prix injustes et exagérés et à la réclame fallacieuse des prix ont des objectifs et des effets multiples. Directement ou indirectement, elles protègent toujours le consommateur et généraliseront davantage l'honnêteté dans tous les secteurs du commerce. Dans certains cas, elles protègent, ou donnent l'occasion de protéger les marchands, surtout les petits marchands, contre la concurrence déloyale, celle qui ne naît pas des aptitudes concurrentielles. Elles assurent au fabricant certains droits grâce auxquels il peut empêcher que l'on fasse un mauvais usage de son produit ou qu'on le transforme en cadeau publicitaire. En dernier lieu, -- et ce n'est pas le moindre leurs effets. -- elles constituent des directives à long terme permettant de maintenir la concurrence en mettant fin, ou en aidant à mettre fin, à des pratiques pouvant servir à éliminer des concurrents et, en dernier ressort, la concurrence, par des moyens qui ne s'inspirent pas de la loyauté ou de l'esprit de la véritable concurrence. [soulignement ajouté]

Débats de la Chambre des communes, vol. IV (30 mai 1960), à 4536 (M. Fulton).

[90] En 1976, l'interdiction a été modifiée de façon à se lire comme suit :

36(1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

[...]

(d) make a materially misleading representation to the public concerning the price at which a product or like products have been, are or will be ordinarily sold; and for the purposes of this paragraph a representation as to price is deemed to refer to the price at which the product has been sold by sellers generally in a relevant market unless it is clearly specified to be the price at which the product has been sold by that person by whom or on whose behalf the representation is made.

36.(1) Nul ne doit, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques.

[...]

(d) donner au public des indications notablement trompeuses sur le prix auquel un produit, ou des produits similaires ont été, sont ou seront habituellement vendus; aux fins du présent alinéa, les indications relatives au prix sont censées se référer au prix que les vendeurs ont généralement obtenu sur le marché correspondant, à moins qu'il ne soit nettement précisé qu'il s'agit du prix obtenu par la personne qui donne les indications ou au nom de laquelle elles sont données.

Elle a par la suite été rééditée au titre de l'alinéa 52(1)d) de la Loi.

[91] Comme on l'a décrit en détail précédemment, on a publié en 1995 un document de travail dans lequel on voulait obtenir les observations des personnes intéressées en ce qui concerne les modifications à la Loi, y compris la définition appropriée de PVH. Le Comité consultatif qui a été mis sur pied pour étudier les réponses au document de travail a formulé des recommandations. Ces dernières se reflètent en grande partie dans le paragraphe 74.01(3) de la Loi, que contenait à l'origine le projet de loi C-20, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquence, 1^{re} session, 36^e législature, 1997, (1^{re} lecture le 20 novembre 1997). On a alors créé un régime à deux volets concernant les recours et les procédures d'exécution en droit civil et en droit criminel.

[92] Le sommaire du projet de loi C-20 prévoyait précisément que « [l]e texte établit les mesures suivantes... modification du traitement de la communication d'indications portant sur le prix de vente habituel des produits, de façon à le rendre plus souple et plus clair ». Le ministre de l'Industrie de l'époque a décrit les modifications de façon plus détaillée lorsqu'il a présenté le projet de loi en deuxième lecture :

La disposition de la Loi concernant les prix habituels sera clarifiée afin de mieux traduire ce qu'elle signifie pour les consommateurs et les marchands. Une déclaration de prix habituels serait déterminée selon une norme objective fondée sur le volume des ventes ou sur le prix demandé pour un article donné au cours d'une certaine période.

Les consommateurs profiteront de la clarification des règles. De leur côté, les marchands auront plus de latitude pour choisir leurs stratégies d'établissement des prix et ils seront encouragés à innover pour leur plus grand bien et celui des consommateurs.

Débats de la Chambre des communes, hansard révisé, n° 074 (16 mars 1998) (l'hon. John Manley).

[93] Me fondant sur le contexte législatif et les éléments de preuve soumis au Tribunal, je suis convaincue que la commissaire a démontré, selon la prépondérance de la preuve, que les objectifs du paragraphe 74.01(3) de la Loi sont : i) de protéger les consommateurs contre des indications trompeuses du prix de vente habituel; ii) de protéger les commerces contre les effets anticoncurrentiels des indications trompeuses du prix de vente habituel; iii) de protéger la concurrence contre les effets anticoncurrentiels et les inefficiences qui résultent d'indications trompeuses du prix habituel. Il s'agissait des objectifs des interdictions criminelles initiales et je suis convaincue que l'objet initial était encore urgent lorsque le recours civil a été promulgué. Comme l'a fait remarquer Sears dans son argumentation écrite, depuis les années 70, on formulait des préoccupations au sujet des inefficiences associées aux poursuites au criminel dans le cas de la publicité trompeuse. Le Comité consultatif a recommandé que la publicité trompeuse devrait normalement être examinée dans un régime civil et qu'il devrait y avoir un régime criminel pour les cas flagrants. Les deux régimes visaient le même objectif.

[94] Il faut considérer ces objectifs législatifs sous l'angle des éléments de preuve présentés au Tribunal au sujet du préjudice important causé aux consommateurs, aux commerces et à la concurrence par la publicité trompeuse sur les PVH (en particulier les éléments de preuve présentés par M. Lichtenstein que l'on a décrits plus haut).

[95] D'après l'ensemble de la preuve devant le Tribunal, je conclus que Sears a reconnu sans détour que les objectifs de la disposition contestée sont suffisamment importants, en principe, pour pouvoir justifier une restriction à la liberté d'expression de Sears.

(c) Le lien rationnel

[96] L'étape suivante de l'enquête consiste à examiner la proportionnalité de la mesure. Cette analyse commence par un examen de la rationalité de la mesure en cause. La question est de

savoir s'il y a une relation causale entre l'objectif de la disposition contestée et les mesures édictées par la règle de droit. Il n'est pas nécessaire de toujours fournir une preuve directe d'une telle relation causale. Dans l'arrêt *RJR Macdonald*, précité, aux paragraphes 86, 156 à 158 et 184, la Cour suprême a déclaré qu'une relation causale entre la publicité et la consommation de produits du tabac pouvait être établie par la raison, la logique ou le simple bon sens.

[97] Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la page 991, le juge en chef Dickson a statué qu'il n'y avait pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants avait un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité parce que les « mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème ». De la même manière, je suis convaincue selon le bon sens et la logique que la disposition contestée, en sanctionnant les indications relatives au PVH qui sont trompeuses sur un point important, visent directement les objectifs de la disposition contestée. Autrement dit, le fait de sanctionner des indications de PVH fausses ou trompeuses sur un point important favorise la protection des consommateurs contre les indications trompeuses de PVH, protège les commerces contre leurs effets anticoncurrentiels et protège la concurrence contre leurs effets anticoncurrentiels et leurs inefficiences.

[98] En statuant que la disposition contestée a un lien rationnel avec les objectifs de la Loi, je m'appuie également sur l'opinion de M. Lichtenstein. Je le répète, j'accueille de façon générale son témoignage. J'ai trouvé qu'il était extrêmement bien informé sur la question du marketing, et en particulier sur le comportement des consommateurs pour ce qui est de l'établissement des prix et d'autres stimuli. J'ai également trouvé qu'il a présenté un témoignage sans hésitation, franc, clair et impartial. Son enthousiasme évident pour la question ne laissait entrevoir aucune partisanerie. Son opinion, pour ce qui est du marketing dans le contexte de la question constitutionnelle, n'a pas été, à mon avis, effectivement contestée ni limitée en contre-interrogatoire.

[99] L'expert de Sears, M. Mahinka, a procédé à un examen de la portée des lois américaines et des facteurs dont les vendeurs doivent tenir compte en droit lorsqu'ils donnent des indications relatives au PVH. Cependant, étant donné que M. Mahinka n'avait pas qualité pour donner une opinion, et ne l'a pas fait, sur des questions de marketing, son témoignage ne contredisait pas celui de M. Lichtenstein.

[100] Les éléments de preuve qui suivent, tirés du rapport écrit d'expert de M. Lichtenstein, sont pertinents par rapport à la question du lien rationnel :

[TRADUCTION] 62. Le cœur du problème en ce qui concerne la publicité sur le PVH du vendeur est que les consommateurs croient que le PVH a trait au prix de vente « habituel » du vendeur. Les perceptions des consommateurs en ce qui concerne le prix habituel d'un vendeur sont liées à deux facteurs : (1) pendant combien de temps le produit [a] été offert au prix en question (constance au fil du temps), et (2) combien d'autres consommateurs ont acheté ce produit à ce prix (consensus). En conséquence, je suis d'avis qu'il y a de toute évidence un [lien] rationnel entre ces deux facteurs et les perceptions des consommateurs quant à un prix qui est un PVH authentique. Ainsi, toute loi dont l'objectif vise à examiner la possibilité d'induire le consommateur en erreur pour ce qui est de la publicité sur le PVH doit nécessairement prendre en compte les aspects de la période et de la quantité.

63. Lorsque l'on pense à la tromperie, il est utile de se poser la question, « que croiraient les consommateurs s'ils avaient tous les renseignements? ». S'il n'y a aucune différence entre les perceptions du consommateur, peu importe qu'ils aient ou non tous les renseignements, il n'y a aucun problème de tromperie. Dans un tel cas, les conclusions qu'un consommateur tire des PVH d'un vendeur traduiraient avec exactitude les renseignements manquants. Cependant, si les consommateurs réagissaient différemment en ayant tous les renseignements, alors les conclusions des consommateurs ne seraient pas exactes, et il y aurait un problème de tromperie. Prenez l'exemple d'un consommateur face à un PVH. Si on remettait aux consommateurs a) la liste des périodes pendant lesquelles le produit a été offert en vente au PVH (critère de la période), et b) le nombre de consommateurs qui ont acheté le produit au PVH (critère de la quantité), est-ce que le consommateur accepterait le PVH en question comme étant le prix de vente « habituel » authentique? Si la réponse à cette question est « non », alors il y a tromperie.

64. Parce que les consommateurs ne disposeront pas de ces renseignements, la Loi doit instituer des normes de période et de quantité pour les faire concorder avec les attentes des consommateurs afin que ces derniers ne soient pas trompés. Essentiellement, la Loi comble l'absence de renseignements dont disposent les consommateurs en ce sens qu'avec la loi, les consommateurs seront plus en mesure de se fier que les PVH sont des prix de vente authentiques. Autrement dit, des critères institués de bonne foi, liés à la période et à la quantité, permettront de faire concorder les pratiques du vendeur avec les attentes du consommateur de façon à ce que lorsque les marchands offrent des produits à des PVH, les consommateurs pourront se fier que les PVH représentent le prix habituel soit par rapport à une période, soit par rapport à une quantité. [renvois omis]

[101] En concluant qu'il y a un lien rationnel entre la disposition contestée et ses objectifs, je rejette la prétention de Sears selon laquelle la disposition contestée ne respecte pas le critère du lien rationnel parce qu'elle est excessivement vague, incertaine et imprécise, et qu'elle s'applique à un vaste éventail inutile d'activités. À mon avis, il convient que ces arguments fassent l'objet d'un examen plus minutieux lorsqu'il s'agira de déterminer si la disposition est trop générale de sorte qu'elle ne porte pas une atteinte minimale aux droits de Sears. En effet, dans sa plaidoirie, l'avocat de Sears a parlé des éléments de preuve qui étayaient son allégation selon laquelle une loi qui n'est pas claire va à l'encontre de l'objectif de renseignements exacts sur le marché (et ne présentait donc pas de lien rationnel avec l'objectif législatif) dans le contexte de ses observations sur l'atteinte minimale.

[102] Je suis convaincue que la disposition contestée, à première vue, ne peut être considérée comme étant imprécise ou arbitraire au point de ne pas présenter un lien rationnel avec ses objectifs.

(d) Atteinte minimale

[103] L'étape suivante de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes* exige que l'on analyse si la disposition contestée, tout en présentant un lien rationnel avec ses objectifs, porte atteinte plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire à la liberté d'expression de Sears pour réaliser les objectifs législatifs.

[104] La Cour suprême a reconnu que la rédaction législative est un art exigeant et que le législateur ne saurait être astreint à une norme de perfection. Voir : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, au paragraphe 95. Dans l'arrêt *Sharpe*, la majorité des juges de la Cour a décrit l'analyse nécessaire en les termes suivants :

96 Notre Cour a jugé que, pour établir la justification, il n'est pas nécessaire de démontrer que le législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé. La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération : voir [...].

97 Cette interprétation de l'atteinte minimale est confirmée par l'existence du troisième volet du critère de la proportionnalité, qui exige que l'atteinte au droit soit proportionnée aux avantages de la réalisation de l'objectif du législateur. S'il s'agissait seulement de déterminer si la disposition contestée limite aussi peu que possible le droit en cause, il ne serait pas beaucoup nécessaire d'appliquer le troisième volet, qui consiste à soupeser les coûts de l'atteinte au droit et les avantages résultant de la réalisation de l'objectif du législateur. Après l'arrêt *Oakes*, précité, on a soutenu que toute atteinte qui n'était pas absolument minimale était fatale. Notre Cour a rejeté cette idée. Le libellé du troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est compatible avec une interprétation plus nuancée de l'atteinte minimale, qui tient compte de la difficulté de rédiger des dispositions qui permettent de réaliser les objectifs du législateur, assurent la certitude et portent le moins possible atteinte à des droits. Au fond, l'article premier vise à établir un équilibre : voir [...]. [soulignement dans le paragraphe d'origine] [jurisprudence et renvois omis]

[105] Sears soutient que la disposition contestée ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale à deux égards. Premièrement, Sears dit que la disposition est trop large parce qu'elle utilise des termes excessivement imprécis et généraux (y compris « quantité importante », « période raisonnable », « période importante » et « précédant de peu ou suivant de peu »). En outre, la disposition n'inclut pas de directives, normes, définitions ou critères précis concernant la quantité du produit vendu ou offert en vente, ni les périodes dont il faut tenir compte pour les critères de la quantité et de la période. On dit que la portée de la disposition contestée annulera ou contrariera par conséquent ces objectifs. Deuxièmement, Sears dit que le paragraphe 74.01(3) de la Loi ne constitue pas une atteinte minimale à sa liberté d'expression parce qu'il y a d'autres solutions législatives de rechange pratiques à la disposition contestée dans son libellé actuel. Ces solutions de rechange, selon Sears, apporteraient une plus grande clarté, permettraient de réaliser plus efficacement les objectifs de la disposition et porteraient moins atteinte à la liberté d'expression commerciale de Sears.

[106] Si l'on examine le premier motif donné par Sears à l'appui de sa prétention selon laquelle la disposition contestée annulera les objectifs qu'on veut atteindre, Sears signale les éléments de preuve apportés par l'expert de la commissaire, M. Lichtenstein, selon lesquels :

- a) établir l'exigence en pourcentage concernant les critères de la quantité et de la période à 51 % ou plus (comme le font les lignes directrices) est répréhensible au titre d'une règle *per se* ou d'une règle équivalente;
- b) établir l'exigence en pourcentage à un niveau suffisamment élevé pour s'assurer qu'on élimine toute tromperie empêchera certains clients de recevoir des renseignements non trompeurs qui, en fait, pourraient être importants dans leur prise de décision. Par ailleurs, l'efficacité de la vente au détail subirait des répercussions négatives parce que les marchands pourraient être dissuadés d'effectuer des réductions temporaires de prix ou ne pourraient pas les communiquer aussi efficacement à leurs clients;
- c) exiger que des produits soient maintenus à un prix élevé, fixé par erreur, pendant des périodes importantes avant que le marchand puisse faire savoir à ses clients qu'il a fait une erreur par référence au prix peut priver certains clients de renseignements importants au sujet à la fois du produit et du marchand;
- d) si les clients croyaient qu'il existait un critère de période d'au moins 51 %, ce critère est répréhensible;
- e) des règles incertaines ou imprécises relativement à la publicité sur les PVH entravent la publicité sur les PVH;
- f) si les règlements ne sont pas clairs, certains marchands pourraient opter de ne pas faire autant de publicité sur les PVH, voire de ne pas en faire du tout;
- g) si des marchands choisissent de ne pas faire autant de publicité sur les PVH, ou de ne pas en faire du tout, cela pourrait entraver une réduction des prix;
- h) s'il y a entrave à la réduction des prix, il pourrait en résulter que des concurrents ne subissent aucune pression pour abaisser leurs prix;
- i) si les concurrents n'abaissent pas leurs prix, le consommateur en souffrira à cause des prix plus élevés.

[107] Une option législative qui s'offre en ce qui concerne les indications de PVH, c'est une disposition qui impose des normes précises non discrétionnaires (règle *per se*), par exemple, le nombre de jours pendant lequel un produit doit être offert en vente à un prix habituel, ou le pourcentage des ventes accepté comme étant « important » pour le critère de la quantité. M. Mahinka a cerné plusieurs textes législatifs adoptés par des États aux États-Unis qui contenaient des normes non discrétionnaires. M. Lichtenstein estime que de telles règles non discrétionnaires ne sont pas efficaces pour régler le problème de la tromperie. Il a entériné la déclaration suivante :

[TRADUCTION] Les règles non discrétionnaires relativement à un régime de prix élevés-rabais ne permettront probablement pas de déceler toute la véritable tromperie, ni de disculper dans sa totalité la pratique non trompeuse en matière d'établissement de prix qui est contestée. Dans le cas du critère du pourcentage des ventes, peu s'opposeraient à la présomption voulant que si un marchand avait effectué 50 % de ses ventes au prix mentionné, que ce prix avait été fixé de bonne foi... Un critère de pourcentage plus élevé préviendra certainement la tromperie, mais à quel coût? Le fait d'établir l'exigence en pourcentage à un niveau suffisamment élevé pour s'assurer qu'on élimine toute tromperie empêchera certains clients de recevoir des renseignements non trompeurs qui, en fait, pourraient être importants dans leur prise de décision. Par ailleurs, l'efficacité de la vente au détail subirait des répercussions négatives parce que les marchands pourraient être dissuadés d'effectuer des réductions temporaires de prix ou ne pourraient pas les communiquer aussi efficacement à leurs clients... Parallèlement, des critères de pourcentage de période peuvent être facilement contournés par la manipulation des calendriers d'établissement des prix de marques comparables dans un magasin. Si la conformité à une période fixée au prix habituel (même des périodes relativement longues) établit la bonne foi, il y a de la tromperie qui échappera à un examen plus minutieux. Par ailleurs, le fait d'exiger que des produits soient maintenus à un prix élevé, fixé par erreur, pendant des périodes importantes avant que le marchand puisse faire savoir à ses clients qu'il a fait une erreur par référence au prix peut, une fois de plus, priver certains clients de renseignements importants au sujet à la fois du produit et du marchand. Dans un cas comme dans l'autre, ces critères non discrétionnaires semblent offrir beaucoup plus en fait d'économies financières pour les parties en litige (des deux côtés) qu'ils ne le font pour assurer un équilibre entre l'intérêt direct du client à avoir des bons renseignements sur les prix et l'intérêt indirect du consommateur concernant une pratique efficiente de vente au détail.

[108] M. Lichtenstein a parlé d'une analyse « par la règle de raison » des prix et de la publicité d'un marchand et de l'effet sur les consommateurs, qu'il a décrite comme suit :

[TRADUCTION] Une telle approche exige des tribunaux qu'ils explorent les questions qui ont trait non seulement aux activités du marchand et aux perceptions des consommateurs, mais aussi à l'industrie et aux caractéristiques des produits. Elle est éclairée par une recherche générique et une recherche propre à chaque cas en matière de comportement des consommateurs. Ce qui est encore plus important, elle vise un équilibre entre les intérêts directs des consommateurs d'avoir des renseignements clairs, authentiques, et l'intérêt indirect en ce qui concerne les prix plus bas qui permettent aux marchands de fonctionner de façon efficace. Des raccourcis au niveau de la preuve tels que le pourcentage des ventes effectuées au prix mentionné ou la durée de la période pendant laquelle le prix mentionné était en vigueur sont pertinents, mais non décisifs.

[109] M. Lichtenstein a ajouté :

[TRADUCTION] La situation qui nous occupe est liée directement aux questions de mesure avec lesquelles les chercheurs en comportement sont continuellement aux prises. D'un point de vue de la théorie de la mesure, il est généralement reconnu que c'est une piètre pratique en matière de mesure que d'établir un rapport d'égalité entre une notion qui n'est pas directement observable (p. ex., tromperie) et un seul comportement observable (p. ex., « si un vendeur fait X, c'est de la tromperie; si le vendeur fait Y, ce n'est pas de la tromperie ») (voir Lichtenstein, Netemeyer et Burton 1990). Autrement dit, lorsque le concept de « tromperie » est réduit à un critère de période ou de quantité, on sacrifie la validité de ce qui constitue tout simplement une « tromperie ». En conséquence, il peut y avoir de nombreuses situations pour lesquelles le fait de suivre [les] règles non discrétionnaires entraîne des résultats incorrects pour déterminer la tromperie alors que si les facteurs subjectifs (conformes à l'approche de la « règle de raison ») étaient appliqués avec ses multiples critères, cette situation ne se produirait pas.

[110] Notant qu'en vertu de la disposition contestée, les critères de la quantité et de la période ne sont pas déterminés dans l'abstrait, mais qu'ils tiennent compte plutôt à la fois des attributs commerciaux du produit et du marché géographique, M. Lichtenstein a conclu qu'à son avis, le paragraphe 74.01(3) de la Loi ne pourrait pas être moins accablant et demeurer efficace.

[111] Dans ce contexte, je ne conclus pas que les portions du témoignage de M. Lichtenstein sur lesquelles s'appuyait Sears minent fondamentalement son opinion d'expert selon laquelle la disposition ne pourrait pas être moins contraignante et demeurer efficace, ou son opinion selon laquelle des règles non discrétionnaires plus claires ne permettront pas de déceler toute la tromperie ni de disculper toute la publicité non trompeuse sur les PVH. Puisque la disposition contestée n'est pas une disposition non discrétionnaire, mais qu'elle exige plutôt que l'on tienne compte de la bonne foi et de la notion de point important, je crois que la disposition contestée répond aux préoccupations que M. Lichtenstein a mentionnées aux points a) à d) du paragraphe 106 plus haut.

[112] Autrement dit, Sears s'appuyait sur les parties du témoignage de M. Lichtenstein qui critiquaient la promulgation de règles non discrétionnaires. Cependant, ses vues ne permettent pas de conclure que la disposition contestée, qui n'est pas une disposition non discrétionnaire, est trop large.

[113] Dans la mesure où M. Lichtenstein est d'avis que des règlements incertains ou imprécis sur la publicité concernant les PVH nuisent à la publicité sur les PVH ou la découragent, les éléments de preuve produits devant le Tribunal ne démontrent pas, à mon avis, que la disposition contestée a empêché ou découragé une publicité exacte sur les PVH.

[114] En ce qui concerne l'argument de Sears selon lequel il y a d'autres options législatives plus efficaces, Sears attire l'attention sur les lois de 12 États américains et soutient oralement ce qui suit :

[TRADUCTION]

Maintenant, pour ce qui est des 12 États qui sont mis en évidence ici, il est énoncé, Votre Honneur -- je peux vous dire qu'en ce qui concerne les critères énoncés ici, il s'agit véritablement d'un menu de solutions de rechange pour promulguer une disposition comme la disposition contestée et, à partir de ce menu, Votre Honneur constatera qu'il y a divers critères qui sont énoncés ici qui font intervenir différents critères de quantité, différents critères de période.

Vous avez des pourcentages qui varient. Vous avez « raisonnable », qui est fixé à 5 %. Vous avez « raisonnablement important » qui est fixé à 10 %. Vous avez des périodes et des quantités à tous les niveaux, depuis plus de 10 % jusqu'à -- eh bien, ils vont jusqu'à 31,1 %, soit 28 jours sur 90 dans quelques cas qu'il faut à ce prix habituel.

Et vous avez 51,6 % dans le cas de l'Ohio, soit 31 jours sur 60, et vous avez le Dakota du Sud, avec 7 jours sur 60, 11,6 %.

Ce que je veux dire, c'est que je ne suggère pas que vous choisissiez un pourcentage ici ou un critère qui, selon vous, devrait être imposé. Cela ne vous revient pas et, en toute honnêteté, cela ne nous revient pas non plus.

Par tout cela, je veux donc dire qu'il y a d'autres solutions législatives qui prévoient cette certitude et cette clarté et qui prévoient aussi cette souplesse que vous recherchez ici, en ce sens qu'il y a également des exceptions aux critères fixés.

Il y a des exceptions pour les liquidations, par exemple. Il y a des exceptions pour prévoir les présomptions réfutables et que, par conséquent, Votre Honneur, à la preuve claire que le législateur aurait pu faire la même chose et que, s'il l'avait fait, on n'aurait pas porté atteinte aux droits de Sears autant qu'on l'a fait.

[115] Cependant, le Tribunal n'a reçu aucun élément de preuve selon lequel une telle disposition était moins envahissante ou plus efficace à cibler les indications de PVH. Pour ce qui est de savoir si une disposition plus précise est moins envahissante, M. Mahinka a témoigné que d'après son expérience (qui fonde ses conseils à ses clients), lorsque des vendeurs exploitent des commerces dans plus d'un État, les vendeurs vont « chercher couramment à se conformer à une loi ou un règlement qui régit spécifiquement les comparaisons de prix dans cet État puisque l'on peut s'attendre à ce que cette pratique assure le respect des lois plus générales de l'État ». Ces éléments de preuve m'amènent à conclure soit que la disposition générale et la disposition précise sont analogues, soit que la disposition précise est plus envahissante. Autrement, la conformité à la disposition précise n'emporterait pas conformité à la disposition plus générale. Les éléments de preuve présentés par M. Mahinka n'appuient pas la thèse de Sears selon laquelle une disposition plus précise est moins envahissante.

[116] Quant à l'efficacité de la disposition réglementant les indications de PVH, l'échange verbal suivant est révélateur. En réponse à une question du Tribunal pour savoir comment les éléments de preuve présentés par M. Mahinka, et plus particulièrement les lois d'État qu'il a mentionnées, appuient l'allégation voulant qu'une disposition plus précise soit plus efficace, l'avocat de Sears a reconnu en fin de compte que les éléments probants présentés par M. Mahinka ne disaient pas que des dispositions précises étaient plus efficaces. Voici la transcription des propos tenus à ce sujet :

[TRADUCTION]

M. M.J. HUBERMAN : Eh bien, si vous demandez : est-ce l'approche qu'il utilise lorsqu'il a affaire seulement à une loi générale? Il n'en a pas parlé, mais, encore une fois, l'approche générale est indicative et, selon moi, utile en ce sens qu'il utilise des normes précises et des critères précis pour façonner les conseils qu'il donne aux vendeurs qui veulent savoir quoi faire.

L'idée est que, s'ils savent quoi faire, s'ils sont pour respecter les normes précises, ils vont probablement respecter aussi les normes plus générales.

Donc, dans la mesure où cet avis serait approprié dans ces circonstances, j'en déduis que ce serait également son conseil.

LE PRÉSIDENT : Mais je ne me rappelle pas qu'il ait dit qu'une disposition précise est plus efficace qu'une disposition générale.

M. M.J. HUBERMAN : Eh bien, elle est plus efficace puisqu'elle permet aux vendeurs de savoir quoi faire en ce qui concerne la publicité. Elle est plus efficace en ce sens.

LE PRÉSIDENT : Mais il ne dit pas si elle est plus efficace pour décourager une publicité répréhensible qui est trompeuse relativement au prix de vente habituel.

M. M.J. HUBERMAN : Non.

C'est autre chose qu'il voulait faire valoir. D'après moi, il visait le premier élément de la justification d'une norme inintelligible, à savoir la partie relative à l'avertissement raisonnable dont nous avons parlé hier.

Il voulait faire valoir qu'en examinant les critères de normes plus précises, le citoyen, c.-à-d. le vendeur, aurait plus d'indications et de connaissances de la règle de droit de sorte qu'il pourrait mieux s'y conformer. C'était en gros ce qu'il disait et, de fait, à mon avis, cela établirait son efficacité pour ce qui est de réaliser un certain nombre des objectifs, certainement, de la Loi dont nous avons parlé. [soulignement ajouté]

[117] Sears s'est plainte également que la commissaire n'a pas expliqué pourquoi la disposition type recommandée par le Comité consultatif n'avait pas été promulguée. Sears prétend qu'elle était moins envahissante et tout aussi efficace en raison de sa « clarté et de sa concision ».

[118] Le modèle proposé par le Comité consultatif est énoncé au paragraphe 60 plus haut. La disposition type proposait l'emploi de termes tels que « récemment vendu une quantité substantielle », « récemment » et « période considérable ». Il fallait considérer la nature du produit et le marché pertinent. Je ne suis pas convaincue que la « clarté et la concision » de cette disposition type indiquent qu'elle est moins envahissante ou plus efficace que la disposition contestée.

[119] Si je reviens à ce qu'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sharpe* cité plus haut, le législateur n'a pas à adopter la mesure la moins restrictive. Il suffit que les moyens en question aient été choisis parmi une gamme de solutions raisonnables, et la disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs.

[120] Le témoignage de M. Lichtenstein et le libellé de la disposition contestée me convainquent que la disposition contestée est raisonnablement adaptée à ses objectifs. La disposition énonce les critères de période et de quantité qui ont trait aux perceptions du consommateur quant au prix habituel d'un vendeur. Une défense affirmative est fournie en vertu de laquelle une indication qui n'est pas fausse ni trompeuse sur un point important ne constitue pas une conduite susceptible d'examen. Il y a une défense fondée sur la diligence raisonnable pour la plupart des mesures correctives.

[121] Je suis convaincue, selon la prépondérance de la preuve, que la disposition contestée se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables. Bien que la Loi n'établisse pas avec précision si une indication donnée d'un PVH satisfera aux critères de la période et de la quantité, la disposition contestée donne la souplesse nécessaire pour faire en sorte de ne pas inclure dans son champ d'application la publicité non trompeuse sur les PVH et d'y inclure la publicité trompeuse sur les PVH.

(e) Proportionnalité des effets

[122] La dernière étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes* exige ceci :

... il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. [soulignement dans l'original]

Voir : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la page 889; et *Thomson Newspapers*, précité, au paragraphe 59.

[123] Me fondant sur le rapport du Comité consultatif, le témoignage de M. Lichtenstein et l'existence de lois dans plusieurs États américains restreignant la publicité sur les PVH, j'admets que le paragraphe 74.01(3) de la Loi vise l'objectif urgent et réel de prévenir un préjudice causé par des indications trompeuses sur le prix habituel. Des indications fausses sur le PVH, d'après les éléments de preuve présentés par M. Lichtenstein (qui n'a pas été contesté à cet égard), peuvent causer un préjudice aux consommateurs, aux concurrents commerciaux et à la concurrence en général.

[124] En comparaison, les effets négatifs des restrictions qui découlent de l'application du paragraphe 74.01(3) de la Loi ne sont pas importants. L'expression restreinte est l'expression commerciale qui est trompeuse ou fausse sur un point important.

[125] Sears parle de son expérience lorsqu'elle a éliminé son prix « 2Pour » comme preuve de l'effet préjudiciable de la disposition contestée. À cette époque, lorsque Sears abaissait et fixait son prix unitaire habituel au prix de « 2Pour », les ventes diminuaient. Lorsque Sears augmentait ensuite ses prix habituels, ses ventes promotionnelles augmentaient de façon importante. Je n'interprète pas cette situation comme étant une preuve d'un effet dissuasif causé par la réglementation des indications des PVH, comme le soutient Sears, d'autant plus que Sears a continué à utiliser les indications sur les PVH.

[126] Par conséquent, je conclus que les effets négatifs de la restriction sur l'expression commerciale sont compensés par les effets bénéfiques qui s'ensuivent de la prise de sanctions à l'endroit d'indications trompeuses sur les PVH.

(f) Conclusion

[127] Pour les motifs énoncés plus haut, j'ai conclu que le paragraphe 74.01(3) de la Loi :
i) est une limite « prescrite par une règle de droit »; ii) se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles; iii) a un lien rationnel avec ses objectifs; iv) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression; v) a des effets favorables qui l'emportent sur la restriction à la liberté d'expression.

[128] Il s'ensuit que, bien qu'il soit reconnu que le paragraphe 74.01(3) contrevient à l'alinéa 2b) de la Charte, l'infraction est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[129] Par conséquent, la demande de réparations constitutionnelles de Sears sera rejetée.

V. L'ALLÉGATION DE COMPORTEMENT SUSCEPTIBLE D'EXAMEN

(i) Norme de preuve

[130] Ayant rejeté les recours constitutionnels de Sears, j'en viens maintenant à déterminer si la commissaire s'est acquittée de ses responsabilités d'établir que Sears a employé des pratiques commerciales trompeuses qui constituent un comportement susceptible d'examen sous le régime du paragraphe 74.01(3) de la Loi.

[131] Aucune des parties, dans ses observations écrites, n'a présenté d'argument concernant la norme de preuve au Tribunal. Dans leur plaidoirie, les avocats ont convenu que la commissaire doit prouver les faits reprochés selon la prépondérance de la preuve, et a reconnu que dans le cadre de la norme civile de preuve, il existe différents degrés de probabilité, selon la nature du litige. Voir aussi : *Oakes*, précité, à la page 137. L'avocat de la commissaire a convenu que, sous le régime d'une norme civile, la commissaire serait tenue de prouver le bien-fondé de sa cause selon la fourchette supérieure de la prépondérance de la preuve.

[132] Compte tenu de la nature grave du comportement allégué contre Sears, je suis convaincue que, selon la prépondérance de la preuve, je devrais examiner les éléments de preuve de façon plus approfondie et procéder à un examen minutieux de la force de la preuve. Voir : *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164, à la page 170.

(ii) Les éléments du comportement susceptible d'examen et les questions à trancher

[133] Pour faciliter la consultation, je reproduis de nouveau les paragraphes 74.01(3) et 74.01(5) :

74.01(3) A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, makes a representation to the public as to price that is clearly specified to be the price at which a product or like products have been, are or will be ordinarily supplied by the person making the representation where that person, having regard to the nature of the product and the relevant geographic market,

74.01(3) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, des indications au public relativement au prix auquel elle a fourni, fournit ou fournira habituellement un produit ou des produits similaires, si, compte tenu de la nature du produit et du marché géographique pertinent, cette personne n'a pas, à la fois:

(a) has not sold a substantial volume of the product at that price or a higher price within a reasonable period of time before or after the making of the representation, as the case may be; and

a) vendu une quantité importante du produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication des indications;

(b) has not offered the product at that price or a higher price in good faith for a substantial period of time recently before or immediately after the making of the representation, as the case may be.

b) offert de bonne foi le produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication des indications.

[...]

[...]

74.01(5) Subsections (2) and (3) do not apply to a person who establishes that, in the circumstances, a representation as to price is not false or misleading in a material respect.

74.01(5) Les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas à la personne qui établit que, dans les circonstances, les indications sur le prix ne sont pas fausses ou trompeuses sur un point important.

[134] Sears reconnaît que les éléments de preuve présentés au Tribunal établissent que Sears : i) est une personne; ii) qui, pour les fins de la promotion, directement ou indirectement, de la fourniture ou de l'utilisation de pneus ou pour les fins de la promotion, directement ou indirectement, de ses intérêts commerciaux en général; iii) en 1999, a donné des indications au public sur les prix de pneus qui étaient clairement précisés être les prix auxquels les pneus étaient habituellement fournis.

[135] Sears reconnaît aussi que les éléments de preuve établissent que Sears ne s'est pas conformée au critère de la quantité prévu à l'alinéa 74.01(3)a) de la Loi.

[136] En conséquence, les questions à trancher sont les suivantes :

i) Est-ce que les prix habituels de Sears concernant les pneus ont été offerts de bonne foi tel que l'exige le critère de la période?

ii) Est-ce que Sears a satisfait à l'exigence en matière de fréquence du critère de la période?

iii) Si Sears n'a pas satisfait aux exigences en matière de bonne foi et de fréquence du critère de la période, est-ce que Sears a établi que les indications n'étaient pas fausses ni trompeuses sur un point important?

iv) Si Sears a eu un comportement susceptible d'examen, quelles sanctions administratives devraient être ordonnées?

(iii) Les témoins

[137] Avant de passer au fond du litige sur les pratiques commerciales trompeuses, il serait utile de présenter et de décrire en quelques mots les témoins qui ont comparu devant le Tribunal.

(a) Les témoins experts

[138] Sept personnes ont témoigné à titre d'experts devant le Tribunal, trois au nom de la commissaire et quatre au nom de Sears. Les experts de la commissaire étaient M. Donald Lichtenstein, M. Sridhar Moorthy et M. Donald Gauthier.

[139] Les qualités et le domaine d'expertise de M. Lichtenstein ont déjà été décrits. Lorsque M. Lichtenstein est revenu pour donner son opinion en ce qui concerne la preuve des pratiques commerciales trompeuses, Sears a convenu qu'il n'était pas nécessaire qu'il se requalifie et qu'il pouvait fournir un témoignage d'expert en ce qui concerne le « marketing et le comportement des consommateurs ainsi que la réaction aux stimuli annoncés concernant l'établissement des prix » et « le modèle et la méthodologie de recherche dans le domaine des sciences sociales ».

[140] M. Moorthy est le professeur de marketing titulaire de la chaire Manny Rotman de la Rotman School of Management, à l'Université de Toronto, et il est un agrégé de recherche à l'Institute for Policy Analysis, à l'Université de Toronto. Sears n'a pas contesté l'expertise de M. Moorthy pour témoigner sur « le marketing et l'emploi de principes et/ou de théories économiques pour comprendre le marketing », « la réaction des consommateurs aux stimuli du marketing » et « la conception et la mise en œuvre d'une étude de marketing ».

[141] M. Gauthier œuvre dans l'industrie du pneumatique au Canada depuis 1984, année au cours de laquelle il s'est joint à une compagnie qui est devenue par la suite Uniroyal Goodrich Canada Inc. Il y a travaillé de 1984 à 1990 en tant que directeur national de la publicité. Au cours de ses dernières années à l'emploi de la compagnie, il a assumé un rôle supplémentaire de directeur des ventes pour le Canada atlantique. De 1990 à 1995 inclusivement, M. Gauthier a été à l'emploi de la Société canadienne des pneus Michelin Limitée (après l'acquisition d'Uniroyal Goodrich), au début à titre de directeur national des promotions et de la publicité, puis en tant que directeur des ventes en Ontario pour l'équipe de vente d'Uniroyal Goodrich, et enfin à titre de directeur des ventes en Ontario pour les séries fusionnées de Michelin, d'Uniroyal et de Goodrich. De 1995 à 2000, M. Gauthier a été à l'emploi de Bridgestone/Firestone Canada Inc. successivement en tant que directeur des ventes et du marketing, vice-président des ventes et du marketing et premier vice-président des ventes. De 2001 jusqu'au moment de son témoignage devant le Tribunal, M. Gauthier occupait le poste de directeur des ventes et du marketing/vice-président de la Division du rechapage d'Al's Tire Service. Le Tribunal a reconnu que M. Gauthier avait qualité pour donner un témoignage d'opinion touchant « l'application pratique de stratégies de marketing et de vente au détail au sein de l'industrie du pneu au Canada et du marché canadien des pneus », « le marketing et la vente d'équipement d'origine et de pneus de remplacement au Canada » et « la structure du marché du pneu en général au Canada », cette expertise étant reconnue depuis 1999.

[142] Bien que Sears n'ait pas contesté les connaissances ou l'expertise de M. Gauthier, elle s'est opposée soutenant que M. Gauthier n'avait pas l'indépendance nécessaire parce qu'il travaille maintenant pour une compagnie qui vend des pneus en Ontario, où Sears vend également des pneus.

[143] Il ne fait aucun doute que le témoignage d'expert doit être considéré comme le produit indépendant d'un expert qui n'est pas influencé par le litige, et qu'un expert devrait fournir une aide indépendante par le truchement d'une opinion objective, impartiale. Même si l'employeur de M. Gauthier vend des pneus, M. Gauthier a dit dans son témoignage qu'il reçoit un salaire fixe sans prime au rendement, qu'il ne savait pas où étaient situés les centres de l'auto Sears, qu'à l'époque où il travaillait pour Al's Tires, aucun exploitant de l'un de ses magasins n'a mentionné Sears comme concurrent et que, bien qu'il ait eu affaire à quelques situations de concurrence (un exemple étant la concurrence d'un magasin de Canadian Tire), aucune des situations de concurrence auxquelles il a eu affaire mettait en cause Sears.

[144] Me fondant sur ces preuves, et m'appuyant sur mon observation de la façon dont M. Gauthier a témoigné quant à ses qualités, j'en ai conclu que M. Gauthier avait l'indépendance nécessaire pour fournir un témoignage d'expert. J'étais d'avis, et je le suis toujours, qu'il est trop tenu de la part de Sears de soutenir que le témoignage de M. Gauthier serait ou a été partial ou coloré par l'avantage éventuel pour son employeur qu'une restriction soit imposée à Sears quant au contenu de sa publicité sur les PVH. Mon évaluation de l'objectivité de M. Gauthier n'a pas changé, et elle a même été renforcée à mesure que j'ai observé son témoignage principal et son témoignage par la suite en tant que témoin en contre-preuve.

[145] Les témoins experts de Sears étaient Denis DesRosiers, John Winter, Kenneth Deal et Michael Trebilcock.

[146] M. DesRosiers est le président de DesRosiers Automotive Consultants Inc. (« DAC »), un groupe de consultation et de recherche dans le marché de l'automobile. La commissaire a soutenu que M. DesRosiers n'était pas qualifié pour donner un témoignage d'expert. Après l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de M. DesRosiers quant à ses qualités, le Tribunal a statué que M. DesRosiers pouvait témoigner et donner un témoignage d'opinion touchant « la méthode d'enquête et l'analyse relativement au marché du pneumatique », mais que le Tribunal réserverait sa décision quant à savoir s'il était dûment qualifié pour donner un tel témoignage.

[147] À cet égard, M. DesRosiers a travaillé de 1974 à 1976 en tant qu'analyste économique pour le gouvernement de l'Ontario dans le secteur de l'automobile. De 1976 à 1979, M. DesRosiers a été analyste principal de l'industrie de l'automobile auprès de la Direction des politiques économiques du ministère du Trésor et de l'Économie de l'Ontario. De 1979 à 1986, il était le directeur de la recherche de l'Association des fabricants de pièces d'automobile du Canada. En 1985, M. DesRosiers a lancé DAC. Depuis 1989, DAC a réalisé chaque année une « étude sur les véhicules légers » dans laquelle 2 500 personnes d'un peu partout au Canada sont

interrogées au sujet de leurs pratiques en matière d'entretien automobile. M. DesRosiers a rédigé le questionnaire d'origine utilisé dans le cadre de cette enquête, avec quelques conseils professionnels sur la façon de bien poser une question aux fins d'un sondage. M. DesRosiers a dit dans son témoignage qu'il comprend « l'aspect impersonnel » du secteur de l'automobile de sorte qu'il peut concevoir l'« Étude sur les véhicules légers » ainsi que d'autres sondages et interpréter les renseignements recueillis. L'interprétation qu'il donne personnellement peut comporter des rapports stratégiques complexes sur la façon dont une compagnie cliente devrait réagir au marché. Depuis sa création, DAC a réalisé jusqu'à 200 sondages sur le secteur de l'automobile et, chaque année, ou tous les deux ans, trois ou quatre compagnies de pneus achètent les données recueillies par DAC dans le cadre de ses sondages sur les pneus.

[148] Au départ, M. DesRosiers a donné une opinion d'expert pour la commissaire dans la présente instance mais, lorsque la commissaire a décidé de ne pas appeler M. DesRosiers, Sears l'a cité à comparaître et lui a par la suite commandé un deuxième rapport d'expert.

[149] Je suis convaincue que l'implication de M. DesRosiers dans le secteur de l'automobile, et plus précisément son implication dans la création de sondages sur le marché de l'automobile et l'interprétation des résultats produits, permet à M. DesRosiers de donner des conseils spécialisés au Tribunal en s'appuyant sur ses propres connaissances des préférences et des habitudes d'achat des consommateurs canadiens, principalement pour ce qui est du marché canadien du pneumatique après fabrication. Je suis convaincue que M. DesRosiers, sur la foi de son expérience, est un expert dûment qualifié pour donner une opinion sur la méthode d'enquête et l'analyse relativement à l'industrie canadienne de l'automobile, et plus précisément au marché du pneumatique après fabrication.

[150] John Winter est un expert-conseil de la vente au détail spécialisé dans les conseils aux marchands, institutions et organismes gouvernementaux sur les stratégies commerciales, de vente au détail et de développement. Il a déjà été dûment qualifié en tant qu'expert dans ces domaines et il a témoigné à au moins 50 reprises devant divers tribunaux, organismes de réglementation et la Cour de justice de l'Ontario. La commissaire a reconnu que les qualifications de M. Winter lui permettaient de donner un témoignage d'expert sur « les questions relatives à la vente au détail au Canada, y compris les stratégies d'établissement des prix employées par les marchands ».

[151] M. Kenneth Deal est le président de Marketing, Business Policy and International Business de la Michael G. DeGroot School of Business de l'Université McMaster. Il est également le président de marketPOWER research inc., une entreprise se spécialisant dans les études de marché. La commissaire a accepté les qualifications de M. Deal pour fournir un témoignage d'expert dans le domaine de « la méthodologie et la réalisation d'enquêtes de marché ainsi que de l'analyse de données provenant de tels sondages ».

[152] M. Michael Trebilcock est le directeur du Law and Economics Program, professeur de droit et nommé conjointement au département d'économie de l'Université de Toronto. Au cours de sa carrière, il a rédigé de nombreux articles sur la politique de la concurrence, le commerce et

la réglementation économique. Au cours des 20 dernières années, il a fourni de nombreux services de consultation à des gouvernements et des entreprises du secteur privé sur des questions liées à la politique de la concurrence et à la réglementation économique et sociale. La commissaire est d'avis que M. Trebilcock est qualifié pour donner un témoignage d'expert sur la politique de la concurrence et la réglementation économique.

(b) Les témoins ordinaires

[153] Chaque partie a fait appel à trois témoins ordinaires. Ceux de la commissaire étaient M. Christian Warren, M. Jim King et M. William Merkley. Sears a fait appel à M. Paul Cathcart, M. Harry McKenna et M. William McMahon.

[154] M. Warren est un agent du Bureau de la concurrence, par l'entremise de qui la commissaire a présenté les documents recueillis dans le cadre de son enquête.

[155] M. King a d'abord été à l'emploi de Bridgestone/Firestone Canada Inc. en octobre 1997 en tant que directeur des ventes pour les marques associées. En août 1999, il est devenu le directeur des ventes pour l'équipement original et les comptes de société. Les comptes de société dont il était chargé comprenaient les marchands de masse tels que Sears, Canadian Tire, Costco et Wal-Mart. M. King avait remis un affidavit en réponse à une ordonnance obtenue par la commissaire en vertu de l'article 11 de la Loi qui était destinée à Bridgestone/Firestone Canada Inc.

[156] M. Merkley est à l'emploi de Michelin Canada depuis 1977 et, en 1999, il en était le directeur national des ventes pour le groupe des comptes de société. M. Merkley a donné un affidavit en réponse à une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 et obtenue par la commissaire et destinée à Michelin Amérique du Nord (Canada) Inc.

[157] M. Cathcart est à l'emploi de Sears depuis 1973. De 1997 à 2000 inclusivement, il était le directeur du marketing au détail et directeur de 190 Service Operations. À ce titre, il était chargé de l'établissement d'un plan de marketing pour les pneus. Au moment de son témoignage, M. Cathcart était le directeur des opérations du groupe et le directeur de l'amélioration des processus pour Sears Canada Home and Hardline.

[158] M. McKenna est à l'emploi de Sears depuis 1981. De 1998 à 2000 inclusivement, il était directeur de la logistique des catégories et analyste des stocks pour le département de l'automobile. À ce titre, il était chargé d'appuyer l'acheteur lors de visites chez des fabricants de pneus et d'autres fournisseurs, et il était chargé de la répartition de la marchandise dans les centres de l'auto Sears et du maintien du niveau approprié des stocks. Au moment de son témoignage, il était le directeur des ventes et des promotions pour le réseau hors mail de Sears.

[159] M. McMahon est à l'emploi de Sears depuis 1977. En 1999, il était le directeur du marketing au détail du groupe 700 - 2 chez Sears. À ce titre, il travaillait avec le département de

la publicité et du marketing des sociétés et l'équipe chargée des activités afin d'élaborer des stratégies de marketing et des activités pour les marchandises qui comprenaient les pneus en cause. Au moment de son témoignage, M. McMahon était le directeur général de Sears Automobile.

[160] Ayant présenté les témoins, c'est peut-être le moment idéal de donner les motifs du Tribunal concernant une ordonnance verbale, rendue pendant l'audience, sur la demande de la commissaire de présenter certains éléments de contre-preuve.

VI. DÉCISION CONCERNANT LA CONTRE-PREUVE PAR UN TÉMOIN NON EXPERT

[161] Vers la fin de la présentation de la preuve de Sears en réponse aux allégations de la commissaire, cette dernière a informé Sears que lorsque Sears aurait complété sa preuve, elle comptait présenter une réfutation au moyen du témoignage d'un témoin non expert, M. Warren. Sears a répondu qu'elle s'y opposait et le Tribunal a été informé de ce différend. En conséquence, le Tribunal a enjoint à la commissaire de signifier à Sears un sommaire de la déposition du témoin non expert avant que Sears ne complète sa preuve et a fait savoir que le Tribunal entendrait les arguments sur la question de l'admissibilité de la contre-preuve du témoin non expert proposée une fois que Sears aurait terminé sa preuve au moment où la commissaire appellerait ce témoin.

[162] La déposition anticipée de réfutation a été signifiée à Sears le 27 janvier 2004. Le lundi 2 février 2004, Sears a complété sa preuve et le Tribunal a alors entendu les arguments quant à savoir si la contre-preuve proposée devrait être accueillie. Pour des motifs qui seraient communiqués par écrit plus tard, le Tribunal a statué au cours de l'audience qu'une partie de la contre-preuve proposée pourrait être admise et qu'une partie ne le serait pas. Voici les motifs de cette décision.

(i) La contre-preuve proposée

[163] La commissaire a voulu réagir à deux parties du témoignage de M. Cathcart.

[164] La première partie du témoignage de M. Cathcart que voulait réfuter la commissaire était la suivante : (« l'explication sur le choix du moment ») :

[TRADUCTION]

M. McNAMARA : Si je reviens à la publicité en damier, le Tribunal a reçu des éléments de preuve selon lesquels quelques-uns des cinq pneus en question ont été offerts au prix habituel pendant moins de 50 % de la période, ou ont été offerts à un prix de solde pendant plus que 50 % de la période.

Je me réfère plus précisément au RoadHandler T Plus et au pneu Weatherwise.

Pouvez-vous expliquer pourquoi il en aurait été ainsi?

Évidemment, je parle de 1999.

M. CATHCART : Oui.

Vers le milieu de 1999, j'ai commencé à recevoir des communications des gens en place me disant que lorsque nous avons annoncé le Michelin T Plus, il n'était pas disponible dans un rapport hauteur/largeur 80. Donc, vers le troisième trimestre, j'ai choisi d'annoncer le Weatherwise, pas nécessairement au même prix, mais au même moment que le T Plus.

Plusieurs clients se présentaient en magasin. Nous annoncerions le pneu Michelin et dans notre publicité nous ne pouvions pas indiquer chaque dimension disponible pour ces pneus. Les clients se présentaient donc dans nos centres de l'auto s'attendant à acheter un pneu Michelin, quoique s'ils avaient une exigence pour un rapport hauteur/largeur 80, nous ne pouvions pas leur vendre le pneu AT Plus. On ne l'avait tout simplement pas dans cette dimension.

En réaction à cette situation, j'ai offert le Weatherwise comme « rechange » dans le rapport hauteur/largeur 80 pour nos associés aux ventes et nos clients.

Je savais fort bien que j'en vendrais quelques-uns. Ce ne serait certainement pas un nombre élevé de pneus. Notre T Plus, selon nos données historiques, se vendrait plus que le Weatherwise.

Ce que cela a donné, c'est que l'on a pu répondre à la demande des clients d'avoir un pneu Michelin dans le rapport hauteur/largeur 80 lorsque nous l'avons annoncé. Ce fut mon choix et je l'ai fait pour cette raison.

Deuxièmement, au quatrième trimestre de 1999, il y a eu une situation qui s'est développée autour du service et de l'approvisionnement. Ce que je veux dire, c'est que pour les pneus d'hiver, nous placerions nos commandes et échelonnerions nos livraisons, parce que les pneus d'hiver Bridgestone étaient fabriqués en Orient. Nous recevions donc un premier envoi en août et septembre, un deuxième en octobre et un troisième en novembre.

Au cours du quatrième trimestre de 1999, il y a eu un conflit ouvrier en Orient qui a fait que nous n'avons pas pu recevoir notre troisième livraison, celle de notre promotion -- parce que plus nous avançons dans cette année, plus c'est l'époque où les promotions commencent pour les pneus d'hiver.

Nous avons appris très tard au cours de l'année que nous ne pourrions pas les obtenir à cause des problèmes ouvriers en Orient.

Le problème était que j'avais déjà réservé de l'espace, pour la publicité, dans les journaux, dans les pré-publications. Essentiellement, ces programmes étaient déjà terminés. Donc, même dans les pré-publications, si nous devions nous en retirer, nous allions essentiellement publier une page blanche au nom de la compagnie à la grandeur des magasins.

Ce que nous avons fait, c'est que je suis allé voir Stan et je lui ai demandé s'il pouvait voir avec Michelin, parce que c'était le seul autre fournisseur qui pouvait nous fournir une quantité de pneus. C'est ce que nous espérions. Ils ont répondu et ont pu changer les pneus, changer les annonces de pneus d'hiver à des pneus Michelin.

Par changer, je veux dire que lorsque nous annonçons des pneus, nous mettons un article vedette sur la page, puis d'autres articles secondaires. Historiquement, l'article vedette, la part du lion des ventes, est créé à partir de cela.

Mais parce que nous avons quelques pneus d'hiver en stock de nos deux premiers envois, nous avons changé l'article vedette en article secondaire, soit le pneu d'hiver, puis nous avons mis en vedette les pneus Michelin. C'est ce qui nous a fait dépasser la fréquence dans notre quatrième trimestre.

C'était purement en réaction à un problème outre-mer.

[165] La commissaire a proposé de réfuter l'explication sur le choix du moment en disant que le RoadHandler T Plus et le Weatherwise avaient été en solde pendant plus de 50 % de chaque période au cours des six mois qui ont précédé, chaque jour depuis le 3 juillet 1999 jusqu'au 31 décembre 1999. La commissaire a également voulu mettre en preuve un tableau intitulé « Time Analysis-1999-Substantial Period » [Analyse de la période – 1999 – période importante] qui illustre ceci.

[166] La deuxième portion du témoignage de M. Cathcart que la commissaire voulait réfuter était la suivante (« le témoignage sur les promotions et la publicité de la troisième semaine de mai ») :

[TRADUCTION]

M. McNAMARA : Je vous demanderais de vous reporter à l'onglet 9, à la publicité en damier pour le mois de mai.

M. CATHCART : J'y suis, monsieur.

M. McNAMARA : Je vous demanderais de regarder le Michelin T Plus et la colonne pour la période Semaine 3.

M. CATHCART : Oui, monsieur.

M. McNAMARA : Pouvez-vous nous dire ce qui se passe?

M. CATHCART : Dans la Semaine 3, le Michelin T Plus ...

M. McNAMARA : Il y a une mention qui dit « NP », puis « ALB/BC », et la même chose pour le Weatherwise.

M. CATHCART : Oui. C'était une référence à un journal en Alberta et en C.-B. pour ces deux gammes de pneus. Mais c'était une annonce dans des journaux uniquement pour ces deux provinces au cours de cette semaine-là.

M. McNAMARA : Pourquoi était-ce ainsi?

M. CATHCART : Nous allions avoir des promotions qui étaient différentes d'un bout à l'autre du pays, selon le marché et les saisons.

Nous aurions des annonces de pneus d'hiver au Québec dans les journaux à l'automne, pendant que nous aurions des annonces de pneus pour voitures de tourisme en C.-B. Nous n'annoncerions pas de pneus d'hiver dans la vallée du Bas-Fraser de la C.-B., quoique dans le nord de la C.-B. et à Prince George, nous annoncerions des pneus d'hiver.

C'est ce que nous appelions des remplacements. Nous remplacerions notre publicité, selon la région géographique du pays et le produit, en fonction de la température et tout le reste.

À cette période, nous annonçons ces deux pneus uniquement en Alberta et en C.-B. à ces prix.

[167] La commissaire a proposé de réfuter le témoignage sur les promotions et la publicité au cours de la troisième semaine de mai en présentant, par l'entremise de l'agent chargé de l'application des lois sur la concurrence, les épreuves des journaux ainsi que les dépliants et les pré-publications de Sears, tous en rapport avec la publicité et la promotion de pneus par Sears au cours de la troisième semaine de mai 1999.

(ii) L'opposition à la contre-preuve

[168] Sears a soutenu que la contre-preuve proposée ne devrait pas être permise pour les raisons suivantes :

1. La commissaire n'avait pas respecté la procédure imposée par les règles du Tribunal.
2. Les éléments de preuve proposés ne constituaient pas une contre-preuve régulière.
3. La commissaire n'avait pas contre-interrogé M. Cathcart sur la partie de son témoignage que la commissaire voulait réfuter.

(iii) La décision

[169] Après avoir entendu l'argumentation, le Tribunal a statué que la commissaire ne pouvait pas présenter une contre-preuve en ce qui concerne l'explication relative au choix du moment, mais qu'elle serait autorisée à présenter en contre-preuve les épreuves de journaux, les pré-publications et les dépliants de Sears pour réfuter le témoignage relatif aux promotions et à la publicité de la troisième semaine de mai.

(iv) L'objection de procédure

[170]

Sears a soutenu qu'avant de signifier la déposition anticipée de contre-preuve, qui constituait en fait en une déposition anticipée modifiée de l'agent chargé de l'application des lois sur la concurrence, la commissaire était tenue de présenter une requête visant à demander l'autorisation de modifier sa déclaration relative à la communication de renseignements. On a soutenu que Sears, en sa qualité d'intimée, devait présenter sa preuve sur la base des éléments de preuve produits par la commissaire tels qu'ils avaient été communiqués dans sa déclaration relative à la communication de renseignements et dans ses rapports d'expert en contre-preuve. Sears avait présenté le gros de ses éléments de preuve par ses témoins experts et ses témoins ordinaires avant d'apprendre que la commissaire cherchait à présenter une contre-preuve de faits.

Le fait d'exiger que la commissaire dépose une requête visant à modifier sa déclaration relative à la communication de renseignements dans cette situation serait jugé conforme aux objectifs réglementaires des règles du Tribunal, en particulier l'objectif selon lequel l'enquête de la commissaire devait être terminée et sa preuve devait être dans sa forme définitive au moment du dépôt de sa demande auprès du Tribunal et l'objectif voulant que les questions soient clairement définies au départ en faisant en sorte qu'elles soient énoncées dans les déclarations respectives relatives à la communication de renseignements des parties.

[171] À mon avis, la commissaire n'était pas tenue de présenter une requête visant à modifier sa déclaration relative à la communication de renseignements pour présenter une réfutation au moyen du témoignage d'un témoin non expert. L'obligation qu'a la commissaire de présenter une déclaration relative à la communication est énoncée à l'article 4.1 des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/94-290, qui précise ce qui suit :

4.1 (1) The Commissioner shall, within 14 days after the notice of application other than an application for an interim order is filed, serve on each person against whom an order is sought the disclosure statement referred to in subsection (2).

(2) The disclosure statement shall set out

(a) a list of the records on which the Commissioner intends to rely;

(b) the will-say statements of non-expert witnesses; and

(c) a concise statement of the economic theory in support of the application, except with respect to applications made under Part VII.1 of the Act.

(3) If new information that is relevant to the issues raised in the application arises before the hearing, the Commissioner may by motion request authorization from the Tribunal to amend the disclosure statement referred to in subsection (2).

(4) The Commissioner shall allow a person who wishes to oppose the application to inspect and make copies of the records listed in the disclosure statement referred to in subsection (2) and the transcript of information for which the authorization referred to in section 22.1 has been obtained.

4.1 (1) Dans les quatorze jours suivant le dépôt de l'avis de demande autre qu'une demande d'ordonnance provisoire, la commissaire signifie la déclaration visée au paragraphe (2) à chacune des personnes contre lesquelles l'ordonnance est demandée.

(2) La déclaration relative à la communication de renseignements comporte :

a) la liste des documents sur lesquels la commissaire entend se fonder;

b) un sommaire de la déposition des témoins non experts;

c) un exposé concis de la théorie économique à l'appui de la demande, sauf dans le cas d'une demande présentée aux termes de la partie VII.1 de la Loi.

(3) La commissaire peut, par voie de requête, demander au Tribunal l'autorisation de modifier la déclaration visée au paragraphe (2) en cas de découverte, avant l'audition, de nouveaux renseignements se rapportant aux questions soulevées dans la demande.

(4) La commissaire doit permettre à la personne qui entend contester la demande d'examiner et de reproduire les documents mentionnés dans la déclaration visée au paragraphe (2) ainsi que la transcription des renseignements pour lesquels l'autorisation visée à l'article 22.1 a été obtenue.

[172] L'obligation de demander l'autorisation de modifier la déclaration relative à la communication de renseignements de la commissaire est énoncée au paragraphe 4.1(3) des *Règles du Tribunal de la concurrence* qui dispose qu'une autorisation doit être demandée en cas « de découverte, avant l'audition, de nouveaux renseignements se reportant aux questions soulevées dans la demande » [soulignement ajouté].

[173] L'obligation parallèle d'une partie intimée de présenter une déclaration relative à la communication de renseignements est prévue à l'article 5.1 des *Règles du Tribunal de la concurrence*, qui dispose que l'obligation de demander l'autorisation de modifier la déclaration relative à la communication de renseignements survient en cas de découverte de nouveaux renseignements avant l'audition.

[174] Ensemble, ces règles font en sorte que, avant le début de l'audience, chaque partie connaisse à la fois les documents et les dépositions factuelles de témoins non experts sur lesquels la partie opposée compte s'appuyer. L'article 47 des *Règles du Tribunal de la concurrence* fait en sorte qu'avant le début de l'audience, chaque partie connaisse les témoignages d'expert sur lesquels la partie opposée compte s'appuyer, y compris la réfutation au moyen d'un témoignage d'expert.

[175] Pour ce qui est de la réfutation au moyen du témoignage de témoins non experts, tel qu'on le verra de façon plus détaillée plus loin, en droit la partie requérante peut seulement réfuter une fois que la partie intimée a terminé sa preuve, si la partie intimée a soulevé de nouvelles questions que la partie requérante n'a eu aucune possibilité d'examiner et qu'elle n'aurait pu raisonnablement anticiper. Le fait que la nécessité de présenter une contre-preuve devienne évidente uniquement lorsque la commissaire a terminé sa preuve rend inopportun, à mon avis, d'exiger de la commissaire qu'elle modifie sa déclaration relative à la communication de renseignements.

[176] Au contraire, à mon avis, le droit de la commissaire de présenter une réfutation est comme il se doit régi par l'application des règles de common law régissant la contre-preuve.

[177] En outre, dans le présent litige, la directive donnée par le Tribunal à la commissaire pour qu'elle signifie à Sears un sommaire de la réfutation avant que Sears ne termine sa preuve a prévenu tout élément de surprise inopportune ou de préjudice pour Sears. Cependant, à mon avis, il ne s'ensuit pas que dans un autre litige le fait de ne pas présenter un sommaire de la déposition des témoins en temps voulu empêcherait en soi de présenter ce qui serait autrement une réfutation appropriée.

(v) Règles de droit applicables en matière de présentation d'une contre-preuve

[178] Les règles générales applicables en matière de présentation d'une contre-preuve ont été énoncées par le juge McIntyre de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, aux paragraphes 15, 16 et 17. Voici ce que disait le juge McIntyre :

15 D'abord, on peut remarquer que la règle applicable en matière de présentation d'une contre-preuve dans les affaires criminelles découle au départ des règles de droit et de pratique qui régissent la procédure suivie dans les procès civils et criminels, et elle demeure généralement compatible avec celles-ci. La règle générale porte que le ministère public, ou le demandeur dans les affaires civiles, ne sera pas autorisé à scinder sa preuve. Le ministère public ou le demandeur doit produire et inclure dans sa preuve tous les éléments clairement pertinents dont il dispose ou sur lesquels il a l'intention de se fonder pour établir sa preuve relativement à toutes les questions soulevées dans les débats; dans une affaire criminelle, l'acte d'accusation et tous les renseignements : voir *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.), le juge Mackinnon, à la p. 320, et pour une affaire civile voir : *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18 (C.A. Ont.), le juge d'appel Schroeder, aux pp. 21 et 22. Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire, à présenter une partie de ses éléments de preuve--autant qu'il l'estime nécessaire au départ--pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre.

16 Le demandeur ou le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et que le ministère public ou le demandeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Toutefois, la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. Elle ne sera autorisée que si elle est nécessaire pour assurer qu'à la fin de l'audience chaque partie aura eu une chance égale d'entendre les arguments complets de l'autre et d'y répondre.

17 Les mêmes principes s'appliquent essentiellement au contre-interrogatoire des témoins. En contre-interrogeant un accusé, l'avocat du ministère public n'est pas limité aux sujets qui se rattachent strictement aux questions essentielles d'une affaire. Les avocats jouissent, en matière de contre-interrogatoire, d'une grande liberté qui leur permet de vérifier et d'attaquer les dépositions des témoins et leur crédibilité. Lorsqu'un élément nouveau ressort du contre-interrogatoire, nouveau dans le sens que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'en traiter dans sa preuve principale (c.-à-d. qu'il n'avait aucune raison de prévoir que la question serait soulevée), et lorsque la question porte sur le fond de l'affaire (c.-à-d. sur une question essentielle pour statuer sur l'affaire), le ministère public peut alors être autorisé à présenter une contre-preuve. Toutefois, lorsque la nouvelle question est incidente, c'est-à-dire, non déterminante quant à une question soulevée dans les plaidoiries ou dans l'acte d'accusation ou sans rapport avec des questions dont la preuve est nécessaire pour trancher l'affaire, aucune contre-preuve ne sera autorisée. [soulignement ajouté]

[179] Dans l'affaire *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2003 CFPI 141; 24 C.P.R. (4th) 220, le juge Pelletier, siégeant alors à ce qui était la Section de première instance de la Cour fédérale, a repris les règles régissant l'admissibilité d'une contre-preuve. Au paragraphe 16, le juge Pelletier a fait remarquer que des éléments de preuve, qui autrement auraient été exclus parce qu'ils auraient dû être présentés dans le cadre de la preuve principale de la demanderesse, feraient quand même l'objet d'un examen afin de déterminer s'ils devraient être admis en vertu du pouvoir discrétionnaire du juge.

[180] Parallèlement, dans l'affaire *DRG c. Datafile Ltd.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 155 (CFPI), le juge McNair a fait remarquer qu'un juge a le pouvoir discrétionnaire d'accueillir d'autres données confirmatives en contre-preuve soit pour la gouverne du juge, soit lorsque l'intérêt de la justice l'exige.

(vi) Contre-preuve proposée de l'explication relative au choix du moment

[181] Pour ce qui est de l'application de ces principes à la preuve proposée, la nature de la contre-preuve proposée de l'explication relative au choix du moment ne visait pas à contredire les éléments de preuve présentés par M. Cathcart selon lesquels il y avait un problème dans la deuxième moitié de 1999 pour ce qui est de la disponibilité de pneus Michelin dans la dimension avec rapport hauteur/largeur 80. Elle ne visait pas non plus à contredire sa preuve selon laquelle il y a eu des problèmes ouvriers au cours du dernier trimestre de 1999 qui ont empêché Sears de recevoir un envoi promotionnel. Au contraire, la commissaire voulait présenter des éléments de preuve concernant la fréquence à laquelle les pneus RoadHandler T Plus et Weatherwise ont été offerts en solde au cours des deux premiers trimestres de 1999 afin d'attaquer la conclusion de M. Cathcart selon laquelle, pendant la dernière moitié de 1999, ces pneus ont été offerts à des prix de solde pendant plus de 50 pour 100 de la période en raison des problèmes ouvriers et du problème lié à la dimension avec rapport hauteur/largeur 80.

[182] En ce qui concerne la durée de la période pendant laquelle les pneus ont été offerts à des prix de solde, un élément essentiel pour la commissaire dans son argumentation est d'établir que Sears n'a pas offert les pneus à un prix unitaire ordinaire de bonne foi pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu les indications en question. Les parties se sont dites dans une grande mesure d'accord quant à la quantité de pneus vendus par Sears tant au cours des six mois qui ont précédé les indications qu'au cours des douze mois qui ont précédé les indications. Dans le cadre de son argumentation, la commissaire a présenté des éléments de preuve (voir, par exemple, les pièces A-97 et CA98 à 102) pour ce qui est de la période pendant laquelle chaque pneu pertinent était en solde.

[183] L'avocat de la commissaire a décrit les éléments de preuve que la commissaire voulait présenter en contre-preuve comme étant une analyse de ces données. L'avocat a en outre fait savoir qu'il y avait [TRADUCTION] « de toute évidence un certain chevauchement entre les données présentées » et la preuve proposée, mais il a déclaré qu'il « y a une valeur ajoutée [en contre-preuve] en ce sens qu'elle explique et articule de façon plus détaillée ce qui, dans un sens, est sous-jacent aux documents qui sont maintenant [en preuve] ». L'avocat de la commissaire a également fait remarquer que d'autres éléments de preuve n'avaient pas été présentés par la commissaire dans sa preuve principale en raison de l'entente conclue entre les parties quant à la quantité de pneus vendus et aux périodes pendant lesquelles les pneus ont été en promotion.

[184] À mon avis, la nature de la preuve que la commissaire se proposait de présenter pour réfuter l'explication relative au choix du moment est le genre de preuve qui ne devrait pas être autorisée en contre-preuve. Lorsqu'elle a présenté sa preuve principale, la commissaire était tenue de présenter toute sa preuve concernant la période pendant laquelle les pneus ont été offerts à des prix de solde. Elle n'aurait pas dû la scinder en se fiant sur certains éléments de preuve concernant les périodes pendant lesquelles les pneus ont été en vente et terminer sa preuve, puis, après la présentation par Sears de sa preuve, chercher à présenter d'autres éléments de preuve confirmant la période pendant laquelle les pneus ont été offerts en vente à des prix de solde.

[185] Dans la mesure où il existe, ou peut exister, un pouvoir discrétionnaire d'autoriser des preuves confirmatives en contre-preuve, il y a un facteur important qui milite contre l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire. Ce facteur est le fait que la commissaire n'a pas contre-interrogé M. Cathcart relativement aux éléments de preuve que la commissaire cherchait à réfuter. Si la commissaire voulait contredire le témoignage de M. Cathcart, l'équité exigeait qu'il soit contre-interrogé en fonction de son témoignage de sorte qu'il pourrait fournir toutes les explications possibles.

(vii) Contre-preuve proposée concernant le témoignage sur les promotions et la publicité de la troisième semaine de mai

[186] Les indications en cause dans la présente demande ont été faites en novembre et en décembre 1999. La question de savoir si deux gammes de pneus étaient en solde uniquement en Alberta et en Colombie-Britannique au cours de la troisième de mai 1999 est pertinente à la question du marché géographique approprié. Tel qu'on l'indique plus loin, la commissaire fait valoir que Sears a commercialisé ses pneus à l'échelle nationale tandis que Sears fait valoir qu'elle a commercialisé les pneus dans des marchés géographiques locaux.

[187] Dans sa plaidoirie, Sears fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

56. Sears Automotive a diffusé divers documents promotionnels et publicitaires à ses clients en ce qui concerne la fourniture des pneus dans les marchés géographiques locaux où les centres de l'auto Sears étaient en concurrence au cours de la période pertinente.

57. En général, il n'y avait pas de variations régionales dans les publicités que Sears Automotive a diffusées dans des journaux nationaux et locaux d'un bout à l'autre du pays au cours de la période pertinente en ce qui concerne les pneus.

[...]

59. Sears Automotive a offert les pneus en solde aux mêmes prix dans chaque marché précis où un centre de l'auto Sears exerçait ses activités.

[188] Je suis convaincue que lorsque Sears a reconnu dans sa plaidoirie qu'il n'y avait pas en général de variations régionales dans ses publicités, il n'incombait pas à la commissaire de présenter des preuves dans le cadre de sa propre argumentation en ce qui concerne l'annonce et la promotion de deux gammes précises de pneus au cours de la troisième semaine de mai 1999. En outre, la commissaire a soutenu, et Sears ne l'a pas contesté, qu'il n'y avait rien dans le sommaire de la déposition de M. Cathcart qui laissait entendre que la commissaire aurait dû raisonnablement prévoir que la publicité et la promotion de deux gammes de pneus au cours de la troisième semaine de mai nécessitait une réfutation. Donc, sous réserve d'une préoccupation dont il sera question dans le prochain paragraphe, je suis convaincue que la contre-preuve devrait être entendue sur cette question afin de s'assurer qu'à la fin de l'audience chaque partie aura eu une chance égale d'entendre la preuve complète de l'autre et d'y répondre.

[189] La dernière préoccupation découlait du fait que la commissaire n'a pas contre-interrogé M. Cathcart relativement à son témoignage selon lequel les deux gammes de pneus ont été annoncées en solde uniquement en Alberta et en Colombie-Britannique et que différentes promotions ont été offertes au cours de cette semaine-là. Cette préoccupation existe parce que la règle établie dans *Browne c. Dunn* (1893), 6 R 67, aux pages 70 et 71, exige que lorsqu'une partie compte contredire un témoin de la partie adverse en présentant une preuve contradictoire, cette preuve devrait être présentée au témoin. Il est injuste pour un témoin qu'une cour ou un tribunal reçoive une preuve qui fait planer un doute sur sa véracité lorsque le témoin n'a pas eu l'occasion de traiter la preuve contradictoire et d'arriver à une explication. Le fait d'exiger qu'un témoin soit confronté à une preuve contradictoire aide également le juge des faits dans l'appréciation du poids à accorder à la preuve.

[190] Il ne fait aucun doute pour moi que la commissaire aurait dû présenter les épreuves de journaux, les tirés à part et les circulaires qu'elle voulait être autorisée à présenter en contre-preuve à M. Cathcart lorsque ce dernier a été contre-interrogé.

[191] Néanmoins, le fait de ne pas se conformer à la règle établie dans *Browne c. Dunn* n'est pas nécessairement déterminant du droit de présenter une preuve contradictoire. Les modalités d'application de la règle établie doivent être déterminées par le juge des faits compte tenu des circonstances. Voir, par exemple, *Palmer c. Regina*, [1980] 1 R.C.S. 759 aux pages 781 et 782.

[192] Dans la présente affaire, les circonstances que j'ai considérées importantes pour ce qui est de cette contre-preuve sont la nature de la contre-preuve (les documents publicitaires de Sears) et le fait que les documents ont été communiqués dans les déclarations relatives à la communication des deux parties. À mon avis, le fait d'autoriser la production des documents publicitaires de Sears, communiqués auparavant dans la présente instance, ne causerait pas un préjudice à Sears, clarifierait le témoignage qui était en quelque sorte imprécis et serait dans l'intérêt de la justice.

[193] Pour ces motifs, la commissaire a été autorisée à présenter en preuve les épreuves de journaux, les tirés à part et les circulaires qui concernaient la troisième semaine de mai 1999.

VII. ANALYSE DES QUESTIONS

[194] Tel qu'on l'a dit, le paragraphe 74.01(3) de la Loi précise deux facteurs dont il faut tenir compte lorsque l'on applique les critères de la quantité et de la période. Par conséquent, avant d'examiner si les prix habituels des pneus de Sears ont été offerts de bonne foi comme l'exige le critère de la période, il faut tenir compte de la nature du produit et du marché géographique pertinent.

VIII. LA NATURE DU PRODUIT

[195] La commissaire soutient que les pneus ont certaines caractéristiques qui sont pertinentes dans l'analyse du paragraphe 74.01(3).

On dit que ces caractéristiques sont les suivantes :

- i) Presque tous les pneus ont été vendus en groupes d'au moins deux.
- ii) Les ventes de pneus sont passablement stables au fil du temps.
- iii) Les consommateurs ne consacrent pas beaucoup de temps à chercher des pneus ou à évaluer des produits de rechange.
- iv) Les consommateurs ont une capacité limitée d'évaluer les qualités intrinsèques des pneus.
- v) Les consommateurs font une recherche passive des pneus au fil du temps.

[196] Les facteurs seront examinés à tour de rôle.

(i) Comment on vend les pneus

[197] Les pneus sont des biens complémentaires en ce sens que pour des voitures de tourisme, un pneu doit être utilisé avec trois autres. Les faits suivants, qui ne soulèvent à mon avis aucune controverse, découlent de cette constatation :

- On achète habituellement les pneus par paires, soit une paire, soit deux paires à la fois.
Rapport d'expert de M. DesRosiers, paragraphe 13
Rapport d'expert de M. Gauthier, paragraphe 38
- Les données des sondages ont indiqué qu'en 1999, 89 % des consommateurs ont acheté soit deux, soit quatre pneus à la fois.
Rapport d'expert de M. DesRosiers, paragraphe 13

- Au sein de l'industrie du pneumatique, au plus entre 5 et 10 % des pneus sont vendus à l'unité.
Rapport d'expert de M. Gauthier, paragraphe 38
- En 1999, Sears savait qu'elle vendrait entre 5 et 10 % des pneus à l'unité.
M. Cathcart, volume 14, à la page 2486
- Les consommateurs achètent un pneu à l'unité pour diverses raisons, notamment un problème (une crevaison, une défectuosité ou une avarie routière) et le remplacement d'un mini-pneu de secours.
Rapport d'expert de M. DesRosiers, paragraphe 15
Rapport d'expert de M. McKenna, volume 19, page 3055
Rapport d'expert de M. Merkley, volume 10, page 1713
- Les consommateurs qui achètent des pneus à l'unité sont habituellement astreints à acheter un modèle de pneu qui correspond à celui qui se trouve sur le même essieu car, pour des questions de sécurité, il est important d'assurer la même capacité de traction sur l'essieu.
Rapport d'expert de M. Lichtenstein, paragraphe 17
Rapport d'expert de M. Gauthier, paragraphe 38
- Lorsqu'un pneu est remplacé à cause d'une crevaison ou pour une autre raison, il peut y avoir un sentiment d'urgence à remplacer le pneu.
M. McKenna, volume 19, page 3055
Rapport d'expert de M. Lichtenstein, paragraphe 17.

(ii) Les ventes de pneus sont-elles stables au fil du temps?

[198] M. Lichtenstein a dit dans son témoignage :

- De par leur nature, les ventes de pneus « quatre saisons » (comme les pneus en cause) sont moins sensibles à la variation saisonnière.
Rapport d'expert, paragraphe 21
- Les pneus ne sont pas une catégorie de produit que les gens achètent habituellement à l'avance pour faire une réserve.
Rapport d'expert, paragraphes 18 et 19
- Bien qu'un prix de solde puisse attirer un client sur le marché plus tôt qu'il ne l'aurait fait autrement, un prix de solde n'entraînera pas une consommation accrue de pneus.
Rapport d'expert, paragraphes 18 et 19.

[199] Essentiellement, ces éléments de preuve n'ont pas été contestés et je les accepte.

[200] En même temps, comme l'a reconnu M. Lichtenstein, il y a une augmentation des ventes de pneus au printemps et à l'automne. M. McKenna a décrit cette situation comme étant une augmentation modérée en mars, avril et mai, et une augmentation plus marquée en octobre et novembre.

[201] M. Winter a également décrit une tendance saisonnière particulière d'après son analyse des données sur les ventes quotidiennes de pneus au détail de Sears et d'après une analyse d'une enquête mensuelle sur le commerce de détail effectuée par Statistique Canada. Cependant, il faut signaler que l'analyse faite par M. Winter des données relatives aux ventes quotidiennes de pneus de Sears comprenait des données qui avaient trait à la vente de pneus d'hiver, et que l'enquête de Statistique Canada se fondait sur les ventes de pneus, de batteries, de pièces et d'accessoires. M. Winter a reconnu que la vente de pneus d'hiver est plus saisonnière et qu'il ne savait pas si les batteries présentent une tendance de vente selon les saisons. En conséquence, bien que j'accepte de façon générale les éléments de preuve de M. Winter selon lesquels il y a une augmentation des ventes de pneus au printemps et à l'automne, je me demande si sa conclusion quant à l'ampleur de la fluctuation n'est pas erronée du fait qu'elle comprenait des données relatives aux pneus d'hiver et à des produits autres que des pneus.

[202] Dans l'ensemble, compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que les ventes de pneus quatre saisons sont relativement stables et prévisibles, et présentent une tendance saisonnière prévisible.

(iii) Est-ce que les consommateurs consacrent beaucoup de temps à chercher des pneus ou à évaluer d'autres produits de rechange?

[203] En faisant valoir que les consommateurs ne consacrent pas beaucoup de temps à chercher des pneus ou à évaluer des solutions de rechange, la commissaire se fonde sur les éléments de preuve présentés par M. Lichtenstein. Ce dernier, dans son témoignage, a dit que les consommateurs ne consacrent pas le même temps et les mêmes efforts à chercher des produits, à prendre en considération d'autres marques et à comparer les prix, selon la nature de l'article à acheter. Il a dit que les articles décrits comme des « articles d'usage courant » se trouvent à une extrémité d'un continuum et que leur achat nécessite relativement peu de recherches. L'achat d'« articles spécialisés », que l'on trouve à l'autre extrémité du continuum, nécessite des recherches beaucoup plus minutieuses. Il décrit les pneus comme des « articles d'achat réfléchi » et dit qu'ils se trouvent au milieu du continuum. Cela veut dire, à son avis, que de nombreux consommateurs de « produits d'achat réfléchi » ont une prédisposition à faire peu de recherches et à déployer peu d'efforts, ce qui signifie qu'un grand nombre de consommateurs ne sont pas des acheteurs vigilants, même lorsque les produits sont dispendieux.

[204] Sears rejette cette opinion et fait valoir que la meilleure preuve à cet égard est fournie par le témoignage de M. DesRosiers et de M. Deal. Dans l'opinion exprimée par M. DesRosiers, les consommateurs ont amplement la possibilité de magasiner pour des pneus de remplacement. Du

27 août 2003 au 3 septembre 2003, M. Deal a interrogé des consommateurs de Sears qui avaient acheté de nouveaux pneus de remplacement de Sears en 1999 dans le but : de vérifier leur comportement lorsqu'ils ont acheté des pneus en 1999 à Sears et lorsqu'ils ont acheté des pneus de façon générale; de déterminer leur attitude vis-à-vis de l'achat de pneus; et d'évaluer leur perception de la valeur des achats de pneus effectués en 1999, leur satisfaction quant à leur achat et leur intention de tenir compte de Sears dans leurs achats futurs de pneus. Le sondage réalisé par M. Deal a permis de savoir que 57 % des répondants ont dit qu'ils avaient comparé le prix des pneus avant d'acheter leurs pneus chez Sears.

[205] Je conclus que les éléments de preuve présentés par M. DesRosiers ne sont pas utiles à cet égard parce que la recherche sur laquelle il s'est fondé n'a pas vérifié si les consommateurs s'étaient effectivement prévalus de la possibilité qui leur était offerte de magasiner ici et là.

[206] Lorsque je compare les éléments de preuve présentés par M. Lichtenstein avec ceux présentés par M. Deal, je ne suis pas convaincue qu'ils soient à ce point divergents. M. Lichtenstein ne quantifie pas la proportion de consommateurs qui, à son avis, n'ont pas cherché beaucoup ni déployé d'efforts pour acheter des produits comme des pneus. L'étude de M. Deal laisserait entendre que 42 % des clients de Sears n'ont pas comparé le prix des pneus avant d'acheter leurs pneus chez Sears.

[207] À mon avis, les résultats de l'étude de M. Deal doivent être pris en compte avec une certaine prudence pour les motifs suivants. Au moment où M. Deal a réalisé son sondage et déposé son premier affidavit d'expert, il croyait que les personnes interrogées avaient été choisies parmi toute celles qui avaient acheté les pneus en 1999. Autrement dit, la population cible du sondage se composait de consommateurs des 67 centres de l'auto Sears et M. Deal a supposé qu'il avait reçu les données de tous ces centres, ou presque. Par « tous ces centres, ou presque », M. Deal croyait qu'il avait reçu les données de 90 à 95 % des magasins Sears qui avaient vendu les pneus. Plus tard, M. Deal a appris qu'il n'avait reçu des données que des 28 magasins qui tenaient des enregistrements électroniques. Donc, le sondage ne reposait pas sur un échantillonnage aléatoire d'acheteurs des 67 centres de l'auto.

[208] M. Deal a reconnu que des résultats se fondant sur un échantillonnage étaient moins généralisables par rapport à la population mère, mais il a fait remarquer que parfois, l'on obtient une représentation exacte de la population cible, même lorsque l'on ne respecte pas les règles strictes de l'inférence statistique et que l'on prélève un échantillon non aléatoire.

[209] Dans le présent cas, M. Deal n'a pas entrepris une analyse formelle afin de déterminer si les clients des 28 magasins étaient ou non semblables à ceux des 39 autres (quoiqu'une telle analyse aurait pu être réalisée). À son avis, s'appuyant sur un grand nombre d'autres sondages qu'il a réalisés, il n'y aurait probablement pas de grande différence entre les clients. Donc, bien que, conformément aux principes de statistique, son sondage devrait se limiter à être représentatif des clients de Sears qui ont acheté des pneus en 1999 dans les 28 magasins pour lesquels il a reçu des données, de l'avis de M. Deal, les constatations entre les 28 magasins et les 39 autres ne seraient pas significativement différentes.

[210] De toute évidence, le fait que les données fournies à M. Deal provenaient de seulement 28 des 67 magasins (et non de tous les magasins, ou presque) met en cause la capacité de M. Deal de généraliser scientifiquement les résultats du sondage. Cependant, j'accepte son expertise générale pour ce qui est de fournir une opinion quant à savoir s'il était plus ou moins probable que les résultats du sondage auraient été différents si les consommateurs de tous les magasins Sears, ou presque tous, qui ont vendu les pneus avaient été inclus dans l'échantillon cible.

[211] Ainsi, bien que je prenne en considération les résultats du sondage de M. Deal avec prudence, et que je sois prête à accepter que l'exactitude globale des résultats du sondage puisse varier de plus ou moins 4 points de pourcentage dans 19 échantillons sur 20, j'accepte de façon générale les conclusions de M. Deal.

[212] Par conséquent, je suis convaincue par les éléments de preuve présentés par M. Lichtenstein et M. Deal qu'un pourcentage très important de consommateurs, de l'ordre de 42 % (plus ou moins 4 % au minimum) ne consacrent pas beaucoup de temps à faire des recherches pour des pneus, à envisager des solutions de rechange ou à comparer les prix d'un éventail d'autres magasins.

(iv) Est-ce que les consommateurs ont une capacité limitée d'évaluer les qualités intrinsèques des pneus?

[213] Les attributs intrinsèques des pneus sont leur attributs physiques tel que le dessin de la bande de roulement et la construction du pneu. M. Lichtenstein était d'avis que la plupart des consommateurs n'ont pas la capacité d'évaluer les pneus en fonction de leurs attributs intrinsèques. Il fondait son opinion sur son expérience auprès des consommateurs dans leur évaluation des attributs des nombreuses catégories de produits d'achat réfléchi que l'on ne se procure pas souvent. Il était convaincu qu'il pouvait raisonnablement généraliser à partir de cette expérience pour ce qui est des pneus. À son avis, son opinion était également étayée par les éléments de preuve présentés par M. Cathcart (lors de son interrogatoire sous le régime de l'article 12 de la Loi) et M. McMahan (dans son affidavit déposé aux termes de l'article 11 de la Loi).

[214] M. McMahan a expliqué dans son affidavit comment Sears fixait ses prix pour ses pneus de marque maison et de grande marque. Les pneus de grande marque sont des pneus fabriqués par un fabricant dont le nom figure sur la paroi du pneu (le BF Goodrich Plus). Un pneu de marque maison n'indique pas le nom du fabricant, mais seulement le nom commercial appartenant au marchand (par exemple, Silverguard Ultra IV et Response RST Touring). Un pneu a une double marque lorsqu'il porte à la fois le nom du fabricant et celui du marchand (par exemple, Michelin Weatherwise et Michelin RoadHandler T Plus). Pour décrire comment sont fixés les prix des marques maison, M. McMahan a déclaré sous serment :

[TRADUCTION]

251. Par exemple, Sears Automotive comparait son produit pertinent « BF Goodrich Plus » avec le pneu « [CONFIDENTIEL] » « [CONFIDENTIEL] ». Le pneu BF Goodrich Plus était supérieur au pneu [CONFIDENTIEL]. Cependant, les consommateurs n'avaient pas tendance à percevoir la valeur inhérente du pneu BF Goodrich Plus lorsque le prix de départ de Sears Automotive était supérieur de [CONFIDENTIEL] au pneu inférieur [CONFIDENTIEL]. En conséquence, Sears Automotive fixait le prix de son pneu BF Goodrich de façon à ce que les consommateurs comparent la valeur de ce pneu à celle du pneu [CONFIDENTIEL].

[215] Au cours de l'interrogatoire de M. Cathcart, ce dernier a confirmé que ce qui c'était produit avec le pneu BF Goodrich Plus était que, même si Sears percevait, et il en est convaincu, que le pneu était supérieur à l'offre comparable de Canadian Tire, les consommateurs n'étaient pas en mesure de percevoir les qualités qui justifiaient le prix plus élevé pour le pneu supérieur.

[216] M. Cathcart a aussi diminué l'importance de devoir rafraîchir la gamme de pneus Sears, déclarant que les gens ne cesseraient pas d'acheter parce que Sears vendait les mêmes gammes de pneus. Selon les mots mêmes utilisés par M. Cathcart, [TRADUCTION] « dans le domaine des pneus, c'est -- vous savez, ils sont noirs et ils sont ronds, et il n'y a pas beaucoup de pneus emballants ». Cette affirmation est conforme à l'opinion selon laquelle les consommateurs ont une capacité limitée d'évaluer les qualités intrinsèques d'un pneu.

[217] À mon avis, Sears n'a pas solidement attaqué l'opinion de M. Lichtenstein quant à la capacité des consommateurs d'évaluer le rapport qualité-prix des pneus sous l'angle des qualités intrinsèques des pneus. J'accepte l'opinion de M. Lichtenstein, appuyée comme elle l'était par les éléments de preuve présentés par MM. McMahan et Cathcart lorsqu'ils ont parlé de l'expérience de Sears selon laquelle les consommateurs n'étaient pas en mesure d'apprécier les qualités intrinsèques d'un pneu précis et, par conséquent, de comparer la véritable valeur sur le plan du rapport qualité/prix; j'accepte donc l'opinion de M. Lichtenstein selon laquelle les consommateurs ont une capacité limitée d'évaluer les attributs intrinsèques des pneus.

[218] Avant de passer à un autre point, je souligne également que Sears a versé au dossier sa revue de l'automobile de l'automne de 2000. Dans la description de la structure de la marque ou de la marque maison de Sears, la Revue décrivait l'assortiment comme [TRADUCTION] « une structure de marques maison de qualité qui est totalement de Sears, permettant peu de comparaisons avec un produit d'un concurrent ». Pour que cette affirmation soit vraie, Sears doit avoir été de l'avis que les consommateurs n'ont pas la capacité d'évaluer les qualités intrinsèques de pneus non identiques.

(v) Est-ce que les consommateurs font une recherche passive au fil du temps dans le cas des pneus?

[219] M. Lichtenstein a émis l'opinion que les pneus sont habituellement remplacés uniquement lorsque les pneus actuels d'un consommateur deviennent usés au point que, sauf dans le cas de l'achat d'un seul pneu, le choix du moment pour l'achat de nouveaux pneus survient sur un continuum fondé sur le moment où l'avantage de nouveaux pneus est supérieur au coût de leur achat. M. Lichtenstein a également dit que lorsque les consommateurs se rendent compte que leurs pneus sont usés, ils se mettent probablement en mode de recherche passive, période pendant laquelle ils sont plus facilement réceptifs aux annonces de pneus et sont à la recherche d'une bonne aubaine pour des pneus.

[220] Cette opinion n'a pas été contestée et je l'accepte.

IX. MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE PERTINENT

[221] Le paragraphe 74.01(3) exige que le Tribunal prenne en considération le marché géographique pertinent lorsqu'il applique les critères de la période et de la quantité. Alors que la commissaire fait valoir que le marché géographique pertinent pour évaluer l'indication est le Canada, Sears soutient que, dans le monde de la vente au détail des pneus, la concurrence se fait au niveau local de sorte que le marché géographique devrait être défini tout au plus sur une base régionale.

[222] À l'appui de cet argument, Sears se fonde sur les éléments de preuve présentés par plusieurs témoins selon qui, en 1999, le marché canadien du pneu après fabrication était très concurrentiel, offrait plusieurs mécanismes de distribution, et la nature concurrentielle du marché du pneu après fabrication variait d'un bout à l'autre du pays. Sears s'appuie également sur l'opinion du professeur Trebilcock selon qui les marchés sont déterminés d'une façon plus appropriée en tenant compte des solutions de rechange qui s'offrent aux consommateurs ou en adoptant une perspective côté demande. En se demandant quel éventail de choix un consommateur considérerait avoir eus, le professeur Trebilcock a conclu que le marché géographique pertinent dans le cas des pneus est un marché local, régional. L'analyse qui a mené à cette conclusion se fondait sur : un examen de la publicité dans des journaux régionaux qui indiquait que la liste des marchands de pneus est très différente d'une ville à l'autre; un examen des inscriptions dans l'annuaire des pages jaunes des marchands de pneus dans différentes régions qui indiquait que les marchands différaient radicalement d'un marché à l'autre; l'étude sur le marché des pneus de M. DesRosiers qui illustre que les marchands indépendants de pneus représentent la source la plus courante de pneus et que ces détaillants variaient beaucoup d'un marché local à l'autre; et l'information fournie par Bridgestone/Firestone et Michelin qui indique que les meilleurs marchands varient beaucoup d'une région à l'autre. Donc, la question de savoir « où je peux aller pour acheter des pneus » obtient une réponse différente d'un marché local à l'autre.

[223] Pour examiner l'interprétation à donner à l'expression « marché géographique pertinent », je pars de la prémisse selon laquelle « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21).

[224] J'ai déjà conclu, au paragraphe 93, que les objectifs du paragraphe 74.01(3) sont : protéger les consommateurs contre des indications trompeuses du PVH; protéger les commerces contre les effets anticoncurrentiels de ces indications trompeuses; protéger la concurrence contre les effets anticoncurrentiels et les inefficiences qui résultent de telles indications trompeuses. La disposition est conçue pour atteindre les objectifs car, si l'on agit de bonne foi, le respect du critère de la période ou de la quantité fera en sorte que les pratiques des marchands correspondent aux attentes du consommateur selon lesquelles un PVH annoncé se rapportera au prix de vente habituel du vendeur. Les critères de la période et de la quantité doivent être appliqués en fonction du marché géographique pertinent.

[225] À la lumière des objectifs de la disposition, il est pertinent d'examiner où Sears a commercialisé les pneus et comment Sears a commercialisé les pneus dans ce marché géographique de façon à éclairer le point de savoir si un PVH annoncé était véritablement le prix de vente habituel de Sears. Étant donné qu'il s'agit d'une affaire de publicité trompeuse dans laquelle c'est le comportement de Sears qui est en cause, je conclus, en toute déférence, que l'approche traditionnelle des lois sur la concurrence adoptée par le professeur Trebilcock quant à la définition de marché géographique n'est pas pertinente.

[226] Dans le contexte traditionnel des lois sur la concurrence, on définit les marchés géographiques par rapport à la question de savoir s'il y a eu une diminution sensible de la concurrence. M. Trebilcock a reconnu, en contre-interrogatoire, que le concept de diminution sensible de la concurrence n'est pas pertinent dans l'appréciation de la question de savoir si une indication est trompeuse.

[227] Pour ce qui est du comportement de Sears, je conclus que ce qui suit est pertinent à la détermination du marché géographique pertinent :

- Les prix promotionnels et habituels de Sears ont été fixés sur une base nationale, sans variation régionale.
- Les documents internes de Sears, en particulier ses revues de l'automobile du printemps et de l'automne, ne traitaient aucunement des marchés locaux. Ces revues étaient produites deux fois par année afin de présenter la gamme de pneus et la stratégie de commercialisation de Sears au chef de la direction et aux autres dirigeants de Sears.
- Sears n'a pas produit ni distribué des documents promotionnels et de commercialisation distincts pour chaque région (à l'exception des documents relatifs aux pneus d'hiver).
- Les indications en cause se trouvaient dans des circulaires qui ont été distribuées à l'échelle nationale, sans variation régionale.
- Sears a publié des annonces dans des journaux et il n'y avait aucune variation régionale dans ses annonces, sauf pour ce qui est des pneus d'hiver. Les annonces ont été distribuées à l'échelle nationale dans différents journaux.

- Sears a assuré un suivi des taux de distribution des tirés à part sur une base nationale; elle ne pouvait pas assurer un suivi des tirés à part sur une base régionale.
- Sears déterminait quels pneus elle offrait en vente dans un tiré à part en fonction de facteurs qui comprenaient [TRADUCTION] « les tendances du marché et les préférences des consommateurs actuelles au Canada en ce qui concerne la vente de pneus » [soulignement ajouté].
- M. Cathcart a créé des « damiers » pour, entre autres choses, surveiller la fréquence à laquelle les pneus étaient en promotion. Ces damiers assuraient un suivi des volumes de ventes et des périodes de promotion sur une base nationale seulement.

[228] À la lumière de ces éléments quant à la façon dont Sears établissait les prix des pneus et les commercialisait et, plus particulièrement, étant donné que les prix habituels des pneus étaient fixés et annoncés sur une base nationale, je conclus qu'il est tout à fait approprié de tenir compte du respect par Sears du critère de la période dans le contexte d'un marché géographique qui est le Canada.

[229] C'est également la conclusion à laquelle étaient venus MM. Lichtenstein et Moorthy.

[230] Ayant pris en considération la nature du produit et le marché géographique pertinent, je dois maintenant aborder la question de savoir si les prix ordinaires de Sears dans le cas des pneus étaient offerts de bonne foi, tel que l'exige le critère de la période.

X. LA BONNE FOI EXIGÉE PAR LE CRITÈRE DE LA PÉRIODE

[231] La commissaire fait remarquer que la Loi ne définit pas « bonne foi », qu'il n'y a aucune autre disposition de la Loi qui utilise l'expression et qu'il n'y a aucune jurisprudence canadienne qui a examiné le concept de la « bonne foi » dans le contexte des indications sur les PVH. Cependant, la commissaire s'appuie sur une jurisprudence canadienne qui a examiné la signification de « bonne foi » dans d'autres contextes législatifs.

(i) La nature subjective de la « bonne foi »

[232] Dans *Dorman Timber Ltd. v. British Columbia* (1997), 152 D.L.R. (4th) 271, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné si un employé de l'État était exempté de toute responsabilité civile du fait d'une mesure législative qui dégageait de toute responsabilité civile [TRADUCTION] « pour quoi que ce soit qu'une personne agissant raisonnablement et de bonne foi faisait ou omettait de faire » en s'acquittant de certaines responsabilités. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait remarquer que l'arrêt de principe de la Cour suprême du Canada était *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 dans lequel elle a examiné une disposition qui mettait

les policiers à l'abri de poursuites lorsqu'un policier outrepassait ses pouvoirs ou sa compétence, mais agissait « de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions ». Le juge Taschereau a défini la « bonne foi » comme étant [TRADUCTION] « un état d'esprit consistant en la croyance erronée que les actions d'une personne sont conformes à la loi ». Six juges de la Cour suprême ont adopté cette définition. Les juges Kellock et Rand, qui y souscrivaient, ont écrit à la page 856 :

[TRADUCTION] Ce qu'il faut pour qu'un défendeur soit visé par le libellé d'une telle loi est une croyance légitime en l'existence d'un état de choses qui, s'il avait existé, aurait justifié qu'il agisse comme il l'a fait.

[233] Ayant examiné cette jurisprudence, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, au paragraphe 69, ce qui suit :

69 La formulation employée par le juge Kellock penche nettement vers une compréhension subjective de la croyance sincère, mais la formulation du juge Taschereau élimine tous les doutes. Il y a bonne foi lorsqu'il y a « un état d'esprit » selon lequel les actes sont autorisés. Les motifs du juge Kellock permettent de cerner quel est cet « état d'esprit » : la « croyance en l'existence d'un état de choses qui, s'il avait existé, aurait justifié qu'il agisse comme il l'a fait ». Comme nous l'avons fait remarquer dans l'affaire *Hermann*, le caractère raisonnable de la croyance est un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la croyance était légitime, mais le caractère raisonnable n'est pas la question à trancher.

[234] La récente décision de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan dans l'affaire *Nelson v. Saskatchewan* (2003), 235 Sask. R. 250, aux paragraphes 102 à 109, va dans le même sens.

[235] Le principe selon lequel la bonne foi est fondamentalement subjective est conforme à la définition que l'on retrouve dans le dictionnaire. Le dictionnaire *Black's Law Dictionary*, 7th édition (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1979) définit la bonne foi comme suit :

[TRADUCTION]

bonne foi, *n.* Un état d'esprit consistant en (1) la croyance ou l'intention légitime, (2) la fidélité à son devoir ou son obligation, (3) le respect de normes commerciales raisonnables de loyauté dans une entreprise ou une opération donnée, ou (4) l'absence de l'intention de frauder ou de chercher à obtenir un avantage exorbitant. - Également utilisé sous la forme *bona fide*. - **de bonne foi**, *adj.* V. MAUVAISE FOI.

[236] Une conception subjective de la bonne foi est également conforme à la jurisprudence américaine qui a examiné des dispositions législatives semblables au paragraphe 74.01(3) de la Loi. Dans *B. Sanfield, Inc. c. Finlay Fine Jewelry Corp.*, 76 F. Supp. 2d 868 (N.D. Ill. 1999) la Cour de district des États-Unis examinait une disposition réglementaire qui disposait :

[TRADUCTION]

Accomplit un acte déloyal ou trompeur le vendeur qui compare le prix actuel d'un produit ou d'un service à son ancien prix (habituel), [...] à moins que l'un des critères suivants, selon le cas, ne soit respecté :

a) l'ancien prix (prix habituel) est égal ou inférieur au prix auquel le vendeur a effectué un nombre important de ventes de ce produit dans le cadre de ses activités commerciales récentes;

b) l'ancien prix (prix habituel) est égal ou inférieur au prix auquel le vendeur a offert le produit pendant une période raisonnablement importante dans le cadre de ses activités commerciales récentes, ouvertement et activement et de bonne foi dans l'intention de vendre le produit à ce prix. [soulignement ajouté]

[237] La Cour a statué que Finlay, la partie défenderesse, n'avait pas eu l'intention, de bonne foi, de vendre les produits pertinents au prix habituel parce que :

[TRADUCTION]

Finlay a vendu peu d'articles, sinon aucun, au prix habituel pendant plusieurs années dans ses magasins Rockford. De toute évidence, Finlay ne se préoccupait pas de l'absence de ventes au prix habituel et, en fait, avait choisi expressément de ne pas suivre l'information quant au nombre de bijoux en or vendus au cours d'une journée donnée et à quel prix. Finlay calcule le prix habituel et le prix de solde de ses bijoux en or en même temps, son objectif étant que lorsqu'un article est vendu à un rabais de 50 %, il en retirera sa marge bénéficiaire brute souhaitée. Finlay surveille uniquement si un magasin atteint son objectif de marge bénéficiaire brute.

[238] Il est implicite dans cette conclusion que l'existence d'une intention de bonne foi de vendre un produit est déterminée de façon subjective.

[239] Par conséquent, je conclus que la bonne foi doit être déterminée de façon subjective. Dans la présente affaire, la question à trancher est de savoir si Sears croyait sincèrement que ses prix habituels étaient authentiques, offerts de bonne foi et fixés dans l'espoir que le marché validerait ces prix habituels. Tel que l'a signalé la Cour dans l'affaire *Dorman*, précitée, le caractère raisonnable d'une croyance est un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'il faut déterminer si elle est légitime. Par conséquent, j'accepte également que d'autres facteurs externes, objectifs tels que le point de savoir si le prix de référence était comparable au prix offert par d'autres concurrents, et celui de savoir si des ventes ont été effectuées au prix de référence, peuvent apporter les éléments de preuve qui sont pertinents pour évaluer si Sears croyait sincèrement que ses prix habituels étaient authentiques et offerts de bonne foi.

[240] Je suis convaincue que cette conclusion est conforme à la description que l'on trouve dans les lignes directrices de la commissaire concernant l'évaluation de la bonne foi dans le contexte du critère de la période.

[241] Je crois comprendre également que Sears accepte de façon générale que la bonne foi est subjective. Dans sa plaidoirie, l'avocat de Sears a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION]

En fin de compte, ce sont les lignes directrices du Bureau de la concurrence, les lignes directrices de la commissaire, qui nous disent que l'analyse de la bonne foi doit être faite de façon générale et tiendra compte des conditions du marché, peut-être pas uniquement de ces choses, mais ces choses feront certainement partie de l'ensemble. Et la raison pour cela, à mon avis, est -- la raison pour cette approche, je pense, est évidente. S'il n'existe aucune preuve directe d'une croyance subjective ou aucune preuve ambivalente d'une croyance subjective, ou aucune preuve imprécise d'une croyance subjective, la Cour se référera de toute évidence à des facteurs objectifs, ou des facteurs extrinsèques qui constituent la preuve ou peuvent constituer la preuve du caractère raisonnable d'une croyance subjective. [volume 30, ligne 23 de la page 4811 à la ligne 10 de la page 4812, soulignement ajouté]

[242] L'avocat de Sears a cerné la question à trancher comme suit :

[TRADUCTION]

La seule question, selon nous, que Votre Honneur doit trancher est de savoir si Sears s'attendait raisonnablement à vendre des pneus à l'unité à son prix habituel d'un pneu à l'unité et si [Sears a fixé] ces prix d'une façon intelligente, tenant compte du prix habituel de pneus semblables sur le marché.

[243] Cependant, la dernière partie de la formulation de l'avocat est plus objective. Peu de temps après, l'avocat de Sears a soutenu :

[TRADUCTION]

D'après nous, en fin de compte, un prix habituel offert de bonne foi est un prix qui est raisonnablement crédible et, par cela, je veux dire tel que le voit une personne raisonnable, est crédible compte tenu des conditions du marché et est reconnu comme tel par le marché. Et nous soutenons que le prix habituel de Sears répond clairement à cette définition.

[244] Sears n'a cité aucune jurisprudence relativement à la détermination de la nature de la bonne foi.

[245] Toutefois, je demeure convaincue, malgré les prétentions de Sears quant à la personne raisonnable, que la bonne foi doit être évaluée subjectivement. J'aborde maintenant les éléments de preuve pertinents.

(ii) Documents internes de Sears

[246] La commissaire a mis en preuve plusieurs documents que lui a remis Sears conformément à une ordonnance rendue en vertu de l'article 11. Les documents qui sont particulièrement pertinents à l'évaluation de la bonne foi sont :

- a) les profils concurrentiels de Sears pour chacun des pneus en cause;
- b) les revues de l'automobile de Sears pour le printemps et l'automne de 1999.

[247] L'article 69 de la Loi dispose comme suit :

69(1) In this section, “agent of a participant” means a person who by a record admitted in evidence under this section appears to be or is otherwise proven to be an officer, agent, servant, employee or representative of a participant;

69(1) "participant" means any person against whom proceedings have been instituted under this Act and in the case of a prosecution means any accused and any person who, although not accused, is alleged in the charge or indictment to have been a co-conspirator or otherwise party or privy to the offence charged.

69(2) In any proceedings before the Tribunal or in any prosecution or proceedings before a court under or pursuant to this Act,

(a) anything done, said or agreed on by an agent of a participant shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have been done, said or agreed on, as the case may be, with the authority of that participant;

(b) a record written or received by an agent of a participant shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have been written or received, as the case may be, with the authority of that participant; and

(c) a record proved to have been in the possession of a participant or on premises used or occupied by a participant or in the possession of an agent of a participant shall be admitted in evidence without further proof thereof and is prima facie proof

(i) that the participant had knowledge of the record and its contents,

(ii) that anything recorded in or by the record as having been done, said or agreed on by any participant or by an agent of a participant was done, said or agreed on as recorded and, where anything is recorded in or by the record as having been done, said or agreed on by an agent of a participant, that it was done, said or agreed on with the authority of that participant, and

(iii) that the record, where it appears to have been written by any participant or by an agent of a participant, was so written and, where it appears to have been written by an agent of a participant, that it was written with the authority of that participant.
[underlining added]

69(1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article. «agent d'un participant» Personne qui, selon un document admis en preuve en application du présent article, paraît être, ou qui, aux termes d'une preuve dont elle fait autrement l'objet, est identifiée comme étant un fonctionnaire, un agent, un préposé, un employé ou un représentant d'un participant.

69(1) «participant» Toute personne contre laquelle des procédures ont été intentées en vertu de la présente loi et, dans le cas d'une poursuite, un accusé et toute personne qui, bien que non accusée, aurait, selon les termes de l'inculpation ou de l'acte d'accusation, été l'une des parties au complot ayant donné lieu à l'infraction imputée ou aurait autrement pris part ou concouru à cette infraction.

69(2) Dans toute procédure engagée devant le Tribunal ou dans toute poursuite ou procédure engagée devant un tribunal en vertu ou en application de la présente loi :

a) toute chose accomplie, dite ou convenue par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, censée avoir été accomplie, dite ou convenue, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;

b) un document écrit ou reçu par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, tenu pour avoir été écrit ou reçu, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;

c) s'il est prouvé qu'un document a été en la possession d'un participant, ou dans un lieu utilisé ou occupé par un participant, ou en la possession d'un agent d'un participant, il fait foi sans autre preuve et atteste :

(i) que le participant connaissait le document et son contenu,

(ii) que toute chose inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a été ainsi que le document le mentionne, et, si une chose est inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par l'agent d'un participant, qu'elle l'a été avec l'autorisation de ce participant,

(iii) que le document, s'il paraît avoir été écrit par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a ainsi été, et, s'il paraît avoir été écrit par l'agent d'un participant, qu'il a été écrit avec l'autorisation de ce participant. [Le souligné est de moi.]

[248] Sears reconnaît que tous les éléments du paragraphe 69(2) de la Loi sont respectés mais soutient, à juste titre, que l'article 69 crée une présomption limitée et réfutable à appliquer à ses documents et, dans le cas de l'alinéa 69(2)c), les documents font foi en l'absence de quelque élément de preuve contraire crédible.

[249] J'admets que, comme l'a soutenu Sears, il incombe au Tribunal d'interpréter les documents de Sears et de déterminer quels documents, en tant que « faits », sont la preuve d'un comportement susceptible d'examen et d'apprécier si ces faits, dans le contexte de l'ensemble de la preuve, établissent un comportement susceptible d'examen. Le Tribunal doit évaluer la signification, le poids et les conclusions à tirer de n'importe quel document.

[250] Cela signifie, je pense, que les documents de Sears ont été légitimement présentés au Tribunal et que ces documents attestent que Sears a dit, fait et convenu les choses inscrites dans les documents. Par exemple, dans la mesure où la revue de l'automobile énonce les stratégies de marketing préparées par M. Cathcart et l'acheteur de pneus de Sears, M. Keith, à faire approuver ou ratifier par le chef de la direction de Sears, le document atteste qu'il avait été convenu que ces stratégies seraient présentées au chef de la direction de Sears et que les revues de l'automobile du printemps et de l'automne de 1999 énonçaient l'évaluation par Sears de sa concurrence importante et sa stratégie de marketing pour y faire face.

[251] Pour illustrer cela encore plus, la commissaire s'appuie sur les plans d'achat préparés par feu Stan Keith, l'acheteur de pneus de Sears, pour la période pertinente. La commissaire soutient que les plans d'achat de l'an 2000, créés le 19 juin 2000, et fondés sur les données de 1999 concernant les pneus, ne prévoyaient aucune vente aux prix habituels de Sears.

[252] Il est vrai que les documents semblent avoir pour prémisse l'hypothèse que (selon les données des ventes de 1999) 10 % des pneus dans chaque gamme de pneus seraient vendus au prix « 2Pour » et que 90 % des pneus seraient vendus en promotion. Cependant, le Tribunal a reçu une preuve crédible de M. McKenna qui touchait l'interprétation à donner aux plans d'achat.

[253] M. McKenna a cerné les « R & P Reports » qui faisaient état des ventes promotionnelles et à prix habituel de chaque gamme de pneus par mois pour 1999. Les documents ont été présentés et reçus comme pièce CR-133, sans opposition. M. McKenna a fait savoir qu'il recevait ce genre de rapport tous les mois, tout comme M. Keith. Lors de l'examen de la pièce CR-133, M. McKenna a dit dans son témoignage que la ventilation entre les ventes ordinaires et les soldes « 2Pour » d'une part, et les soldes promotionnels d'autre part était la suivante :

<u>Gamme de pneus</u>	<u>Ventes prix habituels et « 2Pour »</u>	<u>Soldes promotionnels</u>
BF Goodrich Plus	20-25 %	75-80 %
Michelin RoadHandler T Plus	25 %	75 %

Les rapports R & P (dans la mesure où ils sont entièrement lisibles) reflètent les pourcentages suivants pour les trois autres gammes de pneus :

<u>Gamme de pneus</u>	<u>Ventes prix habituels et « 2Pour »</u>	<u>Soldes promotionnels</u>
Michelin Weatherwise	13 %	87 %
Response RST Touring	20 %	80 %
Silverguard Ultra IV	23 %	77 %

[254] S'agissant des plans d'achat sur lesquels s'appuie la commissaire, M. McKenna a dit dans son témoignage qu'il a étudié les plans d'achat avec M. Keith en 2000 et qu'ils ont été préparés en juin 2000 alors que M. Keith se préparait à la présentation d'automne à l'intention du chef de la direction de Sears. Les plans d'achat, selon M. McKenna ont servi à produire une évaluation prudente de la marge bénéficiaire parce que [TRADUCTION] « Stanley n'était certainement pas du genre à se positionner de façon à ne pas pouvoir livrer la marchandise de sorte qu'il [...] ne se piégerait pas lui-même à promettre ou garantir une marge qu'il ne pourrait pas respecter ».

[255] Compte tenu de l'explication de M. McKenna quant à l'objet des plans d'achat, appuyée par les « R & P Reports » qui indiquaient que les plans d'achat n'étaient pas fondés sur les données réelles des ventes antérieures, je suis convaincue que Sears a fourni une preuve crédible réfutant toute preuve *prima facie*, basée sur les plans d'achat, que Sears ne prévoyait aucune vente à ses prix à l'unité habituels.

(iii) Les profils concurrentiels

[256] On reconnaissait chez Sears que M. Keith était « l'expert » pour ce qui est du marché des pneus au Canada et l'établissement du prix des pneus. M. Cathcart a reconnu que M. Keith connaissait « très certainement » le marché des pneus mieux que lui-même et que, il est permis de penser, M. Keith connaissait mieux le marché des pneus que les représentants des fabricants à qui il achetait les pneus. En sa qualité d'acheteur de pneus, M. Keith était chargé d'établir la structure de la gamme de pneus de Sears et, pour commencer, de fixer le prix des pneus de Sears.

[257] Un document préparé pour chaque gamme de pneus consistait en un « profil concurrentiel » qui comparait, pour chaque pneu, l'établissement des prix « 2Pour », promotionnel ordinaire et article formidable de Sears à un pneu concurrentiel déterminé par M. Keith. Aucune comparaison n'était faite dans ces profils concurrentiels aux prix habituels de

Sears. Pour illustrer cela, le profil concurrentiel du Silverguard Ultra IV le comparait au Motomaster Touring LXR de Canadian Tire. Pour un pneu P185/75R14, le bas prix de tous les jours de Canadian Tire était de 67,99 \$. Les prix de Sears et les comparaisons en pourcentage avec la concurrence étaient les suivants pour ce type de pneu :

<u>Prix</u>		<u>Comparaison du prix en pourcentage au pneu concurrentiel</u>
Habituel	109,99 \$	aucune comparaison
« 2Pour »	72,99 \$	107,35 %
Promotionnel	65,99 \$	97,06 %
Article formidable	59,99 \$	88,23 %

[258] La commissaire soutient que M. Keith a créé ces profils concurrentiels en même temps qu'il a établi la structure de la gamme de pneus de Sears et qu'ils ont constitué une réponse concurrentielle de Sears à ce qu'il avait cerné comme étant son principal concurrent. Parce que le prix habituel à l'unité de Sears ne faisait aucunement partie de la réponse concurrentielle, la commissaire soutient que Sears ne pouvait pas avoir cru de bonne foi que le marché validerait ses prix habituels, à l'unité.

[259] En réponse, Sears soutient que les profils concurrentiels se retrouvent dans un document intitulé « 1999 Automotive Training Program » (programme de formation pour le secteur de l'automobile de 1999) et que le programme et les profils concurrentiels qui en font partie ont été préparés par M. Keith pour expliquer aux associés de Sears sur le terrain les gammes de pneus de Sears et ses stratégies d'établissement des prix. Les profils concurrentiels n'étaient pas destinés à démontrer le rapport entre le prix habituel et ceux du large éventail de marchands, mais plutôt pour illustrer de quelle façon Sears répondrait à la concurrence de deux types de marchés, BPTJ et prix élevés/rabais.

[260] Je n'accepte pas la prétention de Sears selon laquelle les profils concurrentiels étaient uniquement des outils de formation en raison de l'extrait suivant du contre-interrogatoire de M. Cathcart lorsqu'il parlait des profils concurrentiels :

[TRADUCTION]

Nous avons des comparaisons dans lesquelles il a pris le AW+ avec une marque Sears, et il faisait des comparaisons. La comparaison était faite pour informer les associés sur la façon de répondre aux prix de Canadian Tire.

Il prenait donc un pneu de Canadian Tire -- il pouvait utiliser un de leurs pneus -- en tant que pneu comparatif pour dire que nous offrons notre pneu à ce prix-ci, mais avec une bien meilleure garantie. Et voici ce que Canadian Tire offrira pour le pneu qui ressemble beaucoup à notre pneu.

Ces documents étaient les documents qu'il utilisait pour répondre à nos employés sur le terrain afin de les informer sur la façon de répondre à la concurrence, que ce soit Canadian Tire, des marchands, peu importe.

Il ne mentionnait pas le prix habituel dans ces documents parce qu'il connaissait déjà les prix habituels. Il avait cette information.

14 h 30

M. SYME : Donc, monsieur, êtes-vous en train de dire que ces documents ont été préparés pour des missions de formation, les missions de formation d'un bout à l'autre du pays?

M. CATHCART : Eh bien, monsieur Syme, ce sont ses documents. Je me rappelle qu'ils étaient dans la trousse destinée à tout le pays, mais Stan -- Stan créait ces documents à l'aide de son propre ordinateur pendant qu'il établissait la structure de la gamme et il utilisait ces documents dans le cadre de la formation.

Il prendrait ces documents - - il créerait ces documents en même temps qu'il établirait ses gammes parce que il nous faudrait avoir -- il lui faudrait avoir une sorte de stratégie pour réagir à la concurrence. Canadian Tire, du point de vue de la quantité, était notre plus important concurrent
...

M. SYME : Exact.

M. CATHCART : - - donc il les créerait pour cela. Il les apporterait lors des missions de formation, mais je ne peux vous garantir -- non, je dirais qu'il ne les a pas créés précisément pour ce motif.

M. SYME : Il les a créés en tant qu'analyse concurrentielle de façon à positionner l'établissement des prix de Sears et le produit de Sears par rapport au produit comparable de Canadian Tire. Je pense que c'est ce que vous venez de dire.

M. CATHCART : Exact. Il les créerait pour comparer notre produit à celui de Canadian Tire, mais nous connaissons -- et les prix en seraient le reflet.

M. SYME : Exact. Puis il vous proposerait un pneu et il vous monterait ces profils, n'est-ce pas?

M. CATHCART : Pas habituellement. Il me remettrait uniquement le plan d'achat.
[soulignement ajouté]

[261]J'en conclus que M. Keith utilisait les profils concurrentiels au moment d'établir la gamme de pneus de Sears

- i) Pour ce qui est du BF Goodrich Plus, du Silverguard Ultra IV, et du RST Touring 2000 (qui étaient comparés à des pneus concurrentiels de Canadian Tire), le prix habituel n'était pas compétitif au regard du prix du plus important concurrent.
- ii) Pour ce qui est du Weatherwise et du RoadHandler T Plus, le prix habituel n'était pas compétitif au regard des pneus concurrentiels comparables choisis par M. Keith.

[262] Je souligne également, en passant, que les profils concurrentiels pour les deux pneus fabriqués par Michelin étaient en sa possession et ont été produits à la suite d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11. Les profils concurrentiels ont été produits comme documentation échangée avec Sears en rapport avec l'élaboration et l'établissement des prix de détail. À mon avis, cela corrobore la conclusion que les profils concurrentiels étaient des documents stratégiques, concurrentiels.

[263] Les croyances de Sears au sujet de la nature de sa concurrence et sa réaction concurrentielle sont mieux illustrées dans les revues de l'automobile du printemps et de l'automne de 1999.

(iv) Revues de l'automobile

[264] Les revues de l'automobile de 1999 ont été préparées par M. Keith et M. Vince Power, le directeur commercial national, dans le but de présenter deux fois par année les stratégies et la gamme de produits de Sears au chef de la direction de Sears. Selon les propos même de M. Cathcart :

[TRADUCTION] Essentiellement, cette communication au PDG visait à détailler [...] ce que nous allions présenter comme nouveaux produits et ce que nous allions faire au sujet de la concurrence.

[265] La revue du printemps de 1999 contenait des stratégies distinctes pour les pneus de la marque maison et ceux des marques nationales. On retrouve le même libellé dans la revue de l'automne de 1999 pour ce qui est des stratégies. Des témoignages oraux ont confirmé que les revues ont été présentées aux dirigeants de Sears. Rien n'indique que les stratégies contenues dans les revues aient été rejetées.

[266] Sears soutient que la commissaire s'appuie à tort sur les revues de l'automobile de 1999 et attire l'attention sur le témoignage de M. Cathcart selon lequel il a jugé que plusieurs portions des revues prêtaient à confusion et, par endroits, il ne pouvait pas comprendre pourquoi M. Keith avait écrit ce qu'il avait écrit.

[267] J'ai trouvé que ce témoignage, lorsqu'il a été fait, n'était pas crédible ni convaincant, et je demeure toujours non convaincue par le témoignage de M. Cathcart en ce qui concerne les revues de l'automobile de 1999. J'en viens à cette conclusion parce qu'il faut se rappeler que les revues de l'automobile faisaient partie d'une importante présentation faite au chef de la direction de Sears (et à d'autres) sur la façon dont on s'occupait de la concurrence. Par le passé, quelques-unes des personnes qui avaient fait des présentations au chef de la direction avaient été sans préavis réaffectées ou remerciées si leur présentation avec été jugée incomplète. Il était reconnu que M. Keith avait une connaissance concise du marché du pneumatique. Le langage de la revue de l'automobile du printemps de 1999 a été repris dans la revue de l'automne de 1999. Évaluant ces faits par rapport au témoignage de M. Cathcart selon qui certains aspects des revues de l'automobile prêtaient à confusion ou étaient incompréhensibles, je rejette le témoignage de M. Cathcart. J'admets, ainsi que je vais l'analyser plus bas, que les revues de l'automobile de 1999 énonçaient l'évaluation par Sears de sa principale concurrence sur le marché du pneu et les stratégies de marketing correspondantes de Sears pour les pneus de la marque maison et les pneus des marques nationales.

[268] Je vais commencer par la stratégie de Sears en ce qui concerne les pneus de la marque maison.

(a) Stratégie concernant la marque maison

[269] La stratégie de Sears a été formulée comme suit :

[TRADUCTION] Accroître notre part du marché des pneus de la marque maison qui représente presque 50 % des ventes de pneus de remplacement au Canada. Différencier notre produit de celui de nos concurrents, ce qui donne l'occasion de maximiser notre rentabilité.

[270] Parmi les tactiques énumérées pour mettre en oeuvre cette stratégie, mentionnons :

[TRADUCTION] Indexer nos prix de tous les jours à [CONFIDENTIEL] ([CONFIDENTIEL] marchand d'une marque maison) pour qu'ils soient à égalité ou à pas plus de [CONFIDENTIEL] % de leurs bas prix de tous les jours, mais avec une meilleure garantie. En solde, notre prix sera inférieur au prix du pneu équivalent à [CONFIDENTIEL].

[271] [CONFIDENTIEL], les profils concurrentiels créés par M. Keith pour le Silverguard Ultra IV et le Response RST Touring comparaient chacun à un pneu concurrentiel comparable de Canadian Tire. Il en était de même pour le BF Goodrich Plus. Il s'agissait d'un pneu bas de gamme, propre à Sears, que M. Keith comparait au Motomaster AW+. Par conséquent, j'accepte que même si le BF Goodrich Plus était un pneu d'une grande marque, Sears a opté à l'interne de le commercialiser comme s'il s'agissait d'un pneu d'une marque maison.

[272] M. Cathcart a reconnu que la stratégie « de tous les jours » de Sears ([CONFIDENTIEL]) comprenait son prix « 2Pour » et non son prix habituel, parce que le prix habituel de Sears n'était pas compétitif par rapport à celui de Canadian Tire. Le prix « 2Pour » de Sears se situait de façon générale à 10 % de celui de Canadian Tire. M. Cathcart a également confirmé que le « prix pour vendre » mentionné dans la revue de l'automobile (par exemple, aux pages 1485 à 1488 et à la page 1493) était le prix « 2Pour ».

(b) Stratégie concernant les marques nationales

[273] La stratégie concernant les marques nationales était formulée comme suit :

[TRADUCTION] Accroître notre part du marché des pneus des marques nationales qui représente plus de 50 % des ventes de pneus de remplacement au Canada.

Différencier notre produit de celui de nos concurrents, ce qui donne l'occasion de maximiser notre rentabilité.

[274] Les tactiques visant à mettre en oeuvre cette stratégie comprenaient ceci :

[TRADUCTION] Continuer à indexer nos prix de tous les jours pour qu'ils correspondent à 90 ou 95 % du prix réduit habituel des marques nationales équivalentes. En solde, le prix sera indexé pour qu'il corresponde à [CONFIDENTIEL] ou [CONFIDENTIEL] % du prix des marques nationales. Dans le cas d'articles équivalents [CONFIDENTIEL] [[CONFIDENTIEL]], nous allons offrir le même prix.

[275] M. Cathcart a reconnu ce qui suit :

-les pneus à deux marques de Sears (y compris le Weatherwise et le RoadHandler T Plus) étaient commercialisés en vertu de la stratégie sur les marques nationales;

-les profils concurrentiels pour chacun de ces pneus sont un reflet de la stratégie sur les marques nationales pour ce qui est du prix;

-les prix habituels de Sears étaient égaux ou inférieurs au prix de vente suggéré par le fabricant (« PVSF »);

-en ce qui concerne le profil concurrentiel du pneu Weatherwise qui mentionnait que le pneu concurrentiel était le RainForce MXA de Michelin et qui présentait un prix de comparaison correspondant à « 35 % de rabais sur le prix courant au 9/1/97 » : le prix habituel de Sears pour un pneu P155/80R13 serait de l'ordre de 147,92 % du prix de comparaison;

-le prix « 2Pour » était à 95,53 % du prix de comparaison; donc le prix « 2Pour » était pour Sears sa façon de répondre à un vendeur qui vendait à 35 % de rabais du PVSF.

(c) Point de vue de Sears quant à la structure de prix de ses concurrents

[276] M. Keith, dans la revue de l'automobile, a décrit la structure de prix de Canadian Tire et des magasins indépendants de pneus comme suit :

Canadian Tire : « Prix établi en fonction de la valeur chaque jour, avec des rabais promotionnels occasionnels »

Magasins de pneus : « Prix établi en fonction de la valeur réduite par rapport au prix courant avec des ventes promotionnelles et des ruses publicitaires ».

[277] La stratégie de prix de Sears a été décrite dans le même document comme étant

« [CONFIDENTIEL] ».

(d) Le PVSF

[278] Sears compte énormément sur l'existence du PVSF comme un mécanisme objectif indépendant pour vérifier la bonne foi quant à ses prix habituels pour les pneus Weatherwise et RoadHandler T Plus de Michelin, ainsi que le pneu BF Goodrich Plus. Cependant, m'appuyant sur les éléments de preuve qui suivent, je ne peux que conclure qu'en 1999, les PVSF n'étaient ni généralement ni couramment utilisés par les marchands de pneus comme leur prix de vente habituel.

[279] Tout d'abord, M. Gauthier a dit dans son témoignage :

- les revendeurs de pneus fixaient leurs propres prix sur le marché et, d'après son expérience, ils tentaient d'établir ce prix en pourcentage du PVSF;
- les prix des marchands ainsi fixés représentaient un prix de vente typique de tous les jours;
- les prix de vente au détail des pneus en 1999 ne correspondaient pas aux prix courants;
- on se servait des PVSF pour établir le prix que le marchand de pneus payait au fabricant, puis le marchand s'en servait pour fixer son prix de vente au détail;
- selon son expérience, les transactions ne se faisaient pas au PVSF ou près de ce dernier.

[280] Deuxièmement, M. King a dit dans son témoignage :

- le PVSF servirait de point de départ, ou de prix de départ, que les revendeurs indépendants de pneus utiliseraient pour vendre des pneus aux consommateurs;
- en 1999, les marchands vendaient en général à un prix correspondant à un rabais de 35 % sur le prix courant;
- on parvenait à ce rabais de 35 % soit parce que c'était le prix auquel le marchand l'offrait, soit parce que c'était le prix finalement négocié;
- à sa connaissance, on ne vendait pas les pneus aux consommateurs au PVSF.

[281] Troisièmement, M. Merkley a dit dans son témoignage :

- les marchands utiliseraient le PVSF de façons différentes;
- en 1999, la norme, pour les marchands affiliés à Michelin, était de vendre les pneus de 30 à 35 % moins cher que le prix suggéré de Michelin.

[282] Quatrièmement, tel qu'il a été précédemment souligné, dans la revue de l'automobile du printemps, M. Keith a décrit la stratégie de prix des « marchands de pneus » comme étant « prix établi en fonction de la valeur réduite par rapport au prix courant avec des ventes promotionnelles et des ruses publicitaires ». Le profil concurrentiel du pneu Weatherwise comparait ce pneu au RainForce de Michelin à un prix décrit comme étant « 35 % de rabais sur le prix courant au 9/1/97 » et le profil concurrentiel du RoadHandler T Plus comparait ce pneu au X One de Michelin à un prix décrit comme étant « nouveau prix courant moins un rabais de 40 % ». M. Cathcart a confirmé que ces références au « prix suggéré » dans les profils concurrentiels étaient par rapport au PVSF de Michelin. Je prends la revue de l'automobile du printemps comme une preuve que M. Keith savait ou était convaincu que les marchands de pneus vendaient habituellement leurs pneus à un pourcentage du PVSF. Dans le cas des deux pneus Michelin, il semblerait que les prix de Sears, pour être compétitifs, devaient faire concurrence à des prix à 35 % et 40 % de rabais sur le PVSF de Michelin.

[283] Le rapport d'expert du professeur Trebilcock jette un peu de lumière sur l'utilisation que faisaient également les marchands de pneus du PVSF. Au paragraphe 37, il signale que :

[TRADUCTION] L'article du *Toronto Star* laisse également entendre que les rabais par rapport au prix de vente suggéré par le fabricant constituaient une pratique courante dans la vente au détail de pneus. Les revendeurs mentionnés dans l'article du *Toronto Star* donnaient un rabais d'environ 30 % à 35 % par rapport au prix de vente suggéré par le fabricant.

[284] Le professeur Trebilcock annexe également à son rapport d'expert un article du 17 janvier 2000 de Chris Collins publié dans le magazine « Tire Business ». L'article citait la déclaration suivante de John Goodwin, le directeur exécutif de l'Ontario Tire Dealers Association (« OTDA ») :

[TRADUCTION]

M. Goodwin a dit que l'OTDA a un comité chargé d'enquêter sur les annonces que les fabricants d'automobiles et les marchands de masse publient. Certaines annonces prétendent que les pneus sont vendus à 50 % du prix suggéré, mais il demande pour la forme « Qui vend au prix suggéré? ».

[285] À mon avis, la prépondérance de la preuve mène à la conclusion que les marchands de pneus n'utilisaient pas de façon courante le PVSF comme prix de vente et qu'en 1999, les marchands de pneus ont vendu de façon générale les pneus de marques nationales à un prix correspondant à un rabais de 35 % par rapport au PVSF.

[286] Sears soutient que les éléments de preuve présentés par M. King ne devraient pas être retenus parce que ni lui ni son employeur n'ont vendu de pneus au détail, de sorte que ces

éléments de preuve sont « au mieux anecdotiques ». Les éléments de preuve présentés par M. Gauthier sont également rejetés par Sears comme étant « anecdotiques, exagérément vastes, non corroborés et [...] non crédibles ». Sears soutient également que M. Gauthier n'est pas vraiment un expert indépendant et, pendant la plaidoirie, s'est opposée avec vigueur à son témoignage, présenté en contre-interrogatoire, indiquant qu'il n'était pas d'accord avec M. Winter lorsque ce dernier a conclu que Canadian Tire ne dominait pas le marché. De l'avis de M. Gauthier, Canadian Tire est l'influence dominante sur le marché du pneu au Canada.

[287] J'ai déjà décrit, de façon générale, les antécédents de ces messieurs au sein de l'industrie du pneumatique. M. Gauthier a une vaste expérience, qui remonte à 1984, en ce qui concerne la promotion et la vente de gros de pneus à des revendeurs de pneus et je rejette la suggestion selon laquelle son témoignage était partial. M. King a deux années d'expérience en tant que directeur des ventes de Bridgestone pour les marques associées et, depuis 1999, il a occupé le poste de directeur des ventes pour les comptes d'entreprise et le matériel original. Il était chargé de la vente de pneus aux marchands tels que Sears, Canadian Tire et Costco. À mon avis, leur connaissance de l'utilisation que font les marchands d'un PVSF ne peut pas être rejetée comme étant anecdotique. Les éléments de preuve qu'ils ont présentés sont confirmés dans une mesure importante par M. Merkley, ainsi que par la description faite par M. Keith de la façon dont les marchands de pneus établissent le prix des pneus et par l'utilisation qu'il a faite du PVSF dans les deux profils concurrentiels mentionnés précédemment.

[288] Dans la mesure où il a été soutenu que l'avis de M. Gauthier selon lequel Canadian Tire était l'influence dominante sur le marché du pneu n'était pas crédible, je signale qu'au paragraphe 83 de son exposé des motifs et des faits importants, Sears a affirmé que [TRADUCTION] « Canadian Tire était un revendeur dominant dans le domaine du pneu au Canada (détenant une part d'environ 22 % des ventes de pneus au Canada pendant la période pertinente) ».

(v) Conclusion : Bonne foi – pneus de marque maison

[289] Est-ce que Sears croyait vraiment que son prix habituel pour les pneus Silverguard Ultra IV, Response RST Touring et BF Goodrich était un prix authentique, offert de bonne foi et fixé dans l'espoir que le marché le validerait? La preuve qui suit aborde la question de la conviction de Sears :

- i) M. Cathcart a reconnu que, à l'approche de 1999, Sears s'attendait à vendre uniquement de 5 à 10 % des pneus à leurs prix habituels. Cette situation était attribuable au fait qu'entre 90 et 95 % des pneus seraient vendus par groupes d'au moins deux. De ce fait, le prix habituel devenait non pertinent pour 90 à 95 % des pneus que Sears s'attendait à vendre car, lorsqu'un pneu n'était pas en promotion, l'acheteur se faisait offrir, sans le demander, le prix « 2Pour ».

- ii) Sears considérait Canadian Tire comme son principal concurrent dans le secteur des marques maison. Les profils concurrentiels préparés pour ces trois pneus ne comparaient que le prix « 2Pour », le prix promotionnel ordinaire et le prix d'article formidable de Sears aux prix de Canadian Tire. Le prix habituel de Sears, c'était connu, n'était pas compétitif par rapport à celui de Canadian Tire et était nettement à l'extérieur de la plage de prix que Sears estimait compétitive dans le cas de son principal concurrent dans le marché du pneu maison.
- iii) La stratégie pour les marques maison de Sears décrivait les prix « 2Pour » de Sears comme étant ses « bas prix de tous les jours ». Ce n'était pas le cas du prix habituel de Sears.
- iv) Sears n'a pas suivi et ne pouvait pas suivre le nombre de pneus qu'elle vendait au prix habituel.
- v) En ce qui concerne les 5 à 10 % de pneus que Sears s'attendait à vendre à l'unité, si la répartition des ventes de pneus à l'unité était constante au fil du temps, Sears pouvait s'attendre à vendre en promotion un pourcentage de pneus à l'unité égal au pourcentage de la période pendant laquelle les pneus étaient offerts en promotion. Par exemple, si un pneu était en solde 25 % du temps, Sears pouvait s'attendre à ce que 25 % des pneus vendus à l'unité le soient à un prix promotionnel.

Pour la période de six mois précédant les indications en cause, les pneus suivants ont été offerts en vente au prix unitaire habituel selon le pourcentage indiqué du temps :

Response RST Touring	46 %
Silverguard Ultra IV	60 %
BF Goodrich Plus	45 %

Donc, Sears ne pouvait s'attendre à vendre que ce qui suit :

Response RST Touring	entre 2,3 et 4,6 % à son prix habituel
Silverguard Ultra IV	entre 3 et 6 % à son prix habituel
BF Goodrich Plus	entre 2,25 et 4,5 % à son prix habituel.

[290] Sur la foi de ces preuves, je conclus que Sears ne pouvait pas vraiment avoir cru que ses prix habituels pour le Response RST Touring, le Silverguard Ultra IV et le BF Goodrich Plus étaient des prix authentiques, offerts de bonne foi, que le marché validerait.

[291] Pour ce qui est du facteur objectif des ventes réelles au prix habituel, pour chacun de ces trois pneus respectivement, pendant la période de douze mois précédant les indications en cause, seulement 0,51 %, 1,21 % et 2,29 % des pneus vendus l'ont été à leur prix habituel.

[292] D'après l'ensemble de la preuve, je conclus que les pneus de marque maison de Sears n'ont pas été offerts en vente au prix habituel de Sears de bonne foi.

(vi) Conclusion : Bonne foi – marques nationales

[293] Est-ce que Sears croyait vraiment que les prix habituels du Weatherwise et du RoadHandler T Plus de Michelin étaient des prix authentiques, offerts de bonne foi et fixés dans l'espoir que le marché les validerait? Voici les éléments de preuve pertinents :

- i) Encore une fois, on s'attendait à ce que 90 à 95 % de ces pneus soient vendus en groupes d'au moins deux et, par conséquent, on s'attendait à ce que le prix habituel ne soit pas pertinent pour 90 à 95 % des pneus vendus par Sears.
- ii) J'ai constaté qu'en 1999, les pneus des marques nationales se vendaient habituellement chez les marchands de pneus à 35 % de moins que le PVSF et qu'ils n'étaient pas de façon générale vendus au prix suggéré. Sears le savait, à preuve la description faite par M. Keith des prix fixés par les magasins de pneus. Le prix compétitif de Sears était son prix « 2Pour » que l'on disait être son « bas prix de tous les jours » dans sa stratégie sur les marques nationales. Les prix habituels de Sears étaient de beaucoup supérieurs à ce que Sears savait être la gamme de prix compétitifs.
- iii) Sears n'a pas suivi et ne pouvait pas suivre le nombre de pneus qu'elle vendait au prix habituel.
- iv) Au cours de la période de six mois qui a précédé les indications en cause, les pneus Weatherwise et RoadHandler T Plus ont été offerts à la vente à leur prix habituel respectivement 19 % et 38 % du temps. Il s'ensuit que, sachant que seulement de 5 à 10 % des pneus seraient vendus à l'unité, Sears ne pouvait s'attendre à vendre (si les ventes de pneus à l'unité étaient constantes au fil du temps)

-qu'entre 0,95 et 1,9 % des pneus Weatherwise au prix habituel
-qu'entre 1,9 et 3,8 % des pneus RoadHandler T Plus au prix habituel.

[294] Sur la foi de ces preuves, je conclus de la même façon que Sears ne pouvait pas vraiment croire que ses prix habituels pour les pneus Weatherwise et RoadHandler T Plus étaient des prix authentiques, offerts de bonne foi, que le marché validerait.

[295] Pour ce qui est des ventes réelles, une fois de plus, au cours de la période de douze mois qui a précédé les indications en cause, seulement 1,3 % et 0,82 % respectivement des ventes par Sears du RoadHandler T Plus et du Weatherwise se sont faites au prix habituel.

[296] D'après l'ensemble de la preuve, je conclus que les pneus des marques nationales de Sears n'étaient pas offerts à la vente aux prix habituels de Sears de bonne foi.

(vii) Le point de vue opposé

[297] En concluant que ni les pneus de la marque maison de Sears ni les pneus des marques nationales n'étaient offerts à la vente aux prix habituels de Sears de bonne foi, j'ai tenu compte du témoignage d'expert du professeur Trebilcock, soulignant qu'il n'avait pas la qualité d'expert en marketing. Voici l'opinion qu'il a exprimée :

[TRADUCTION] Les renseignements disponibles sur les prix habituels en 1999 indiquent que le prix habituel de Sears était semblable ou inférieur aux prix habituels de certains de ses concurrents [pas tous] pour des pneus comparables. Au moins quelques-uns des prix habituels de Sears étaient semblables ou inférieurs au prix de vente suggéré par le fabricant pour des pneus comparables. De telles observations ne sont pas compatibles avec la prétention selon laquelle les prix habituels de Sears n'étaient pas logiques au plan économique.

[298] De l'avis du professeur Trebilcock, une comparaison entre les prix habituels de Sears et ceux de ses concurrents comprendrait les prix habituels « 2Pour » de Sears. Cette situation est attribuable au fait que le prix « 2Pour » était toujours offert dès que l'on vendait au moins deux pneus au prix habituel; ce n'était pas un prix de solde.

[299] Pour les motifs suivants, je n'ai pas trouvé l'opinion du professeur Trebilcock utile.

[300] Dans la mesure où le professeur Trebilcock était d'avis que les prix habituels de Sears étaient semblables ou inférieurs aux prix habituels de quelques-uns, pas tous, de ses concurrents, il reconnaissait que les données disponibles étaient limitées. Il ne possédait aucune donnée pour le Response RST Touring ou le RoadHandler Plus de Michelin. Dans le cas des trois autres pneus en cause, le prix unitaire habituel de Sears était inférieur à celui de ses concurrents pour seulement un pneu (le BF Goodrich Plus). Dans le cas du Weatherwise et du Silverguard Ultra IV de Michelin, les prix habituels à l'unité étaient nettement supérieurs à ceux de ses concurrents pour des pneus comparables (p. ex., pour le Weatherwise, le prix habituel de Sears était de 181,99 \$ comparativement aux prix des concurrents de 110 \$, 98 \$ et 99 \$; pour le Silverguard Ultra IV, le prix habituel de Sears de 133,99 \$ était comparé au prix de 105 \$ de la concurrence). Les prix de référence mentionnés par le professeur Trebilcock étaient tous des prix réduits d'au moins 30 % par rapport au PVSF.

[301] Le professeur Trebilcock a reconnu que les prix habituels de Canadian Tire étaient constamment inférieurs aux prix habituels de Sears, mais il a fait référence à des ajouts que Sears incluait dans ses prix. Cependant, il ne possédait aucun renseignement qui lui permettait de quantifier combien les consommateurs étaient prêts à payer pour ces ajouts.

[302] Le professeur Trebilcock a conclu que les prix habituels de Sears étaient authentiques en ce sens qu'environ 21 % de toutes ses ventes de pneus se faisaient aux prix habituels; ce calcul incluait les ventes au prix habituel de Sears et au prix « 2Pour ». Cependant, le paragraphe 74.01(3) de la Loi porte seulement sur le prix de référence. Dans le présent cas, le prix de référence était le prix habituel à l'unité de Sears.

[303] Pour ce qui est de l'absence de préjudice causé au consommateur dont a fait mention le professeur Trebilcock, tel qu'il est souligné plus bas, le préjudice causé au consommateur n'est pas pertinent à l'examen de l'importance des indications trompeuses et, par conséquent, n'est pas pertinent à l'existence d'un comportement susceptible d'examen.

XI. EST-CE QUE SEARS A SATISFAIT AUX EXIGENCES EN MATIÈRE DE FRÉQUENCE DU CRITÈRE DE LA PÉRIODE?

[304] Le critère de la période comporte deux éléments : les biens doivent être offerts au PVH allégué (ou à un prix plus élevé) « de bonne foi » pendant « une période importante précédant de peu » la communication des indications du prix. Les deux éléments du critère doivent être remplis.

[305] Ma conclusion selon laquelle les pneus n'ont pas été offerts au prix habituel à l'unité de Sears de bonne foi tranchera, par conséquent, le critère de la période. Cependant, par souci d'exhaustivité, et au cas où ma conclusion serait erronée, je traiterai rapidement des exigences en matière de fréquence du critère de la période.

[306] Les parties conviennent, je crois, que la première étape dans l'application du critère de la période est de choisir la période pendant laquelle examiner le comportement de Sears. Sears dit que la période appropriée est de douze mois. La commissaire soutient que la période appropriée est de six mois. Une fois la période appropriée choisie, l'étape suivante est de déterminer si au cours de cette période Sears a offert les pneus à leur prix habituel pendant une période importante.

(i) La période de référence

[307] Pour les motifs suivants, j'accepte la prétention de la commissaire selon laquelle la période de référence appropriée est de six mois.

[308] Tout d'abord, l'alinéa 74.01(3)b) de la Loi exige que l'offre de bonne foi ait été faite « [pendant une période] précédant de peu » la communication des indications en cause. Cela signifie qu'il doit y avoir, comme le soutient la commissaire, une proximité temporelle raisonnable entre les indications contestées et l'offre des pneus au prix habituel.

[309] Le mot « récent » auquel est assimilée l'expression « précédant de peu » s'entend couramment de « ce qui s'est produit dernièrement » (The Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. vol. II) ou de « il n'y a pas si longtemps » (The Concise Oxford Dictionary, 7th ed.). À mon avis, une période de 12 mois ne serait pas conforme aux exigences voulant que la période de référence soit dans une proximité temporelle raisonnable de la communication des indications.

[310] Deuxièmement, après l'entrée en vigueur du paragraphe 74.01(3) de la Loi, le service du contentieux de Sears a fait circuler une note de service datée du 11 mai 1999 à tous les vice-présidents de Sears dans laquelle on décrivait les modifications apportées à la Loi. La note de service faisait savoir que, en ce qui concerne le critère de la période, de façon générale [TRADUCTION] « la période dont il faut tenir compte sera celle de six mois avant [...] la communication des indications (cette période peut être plus brève si le produit est de nature saisonnière) ». Donc, Sears n'a pas envisagé à l'interne la nécessité d'une période de référence de douze mois. En outre, M. McMahon a confirmé que lorsqu'il a appliqué la politique énoncée dans la note de service du 11 mai 1999, il a cherché à savoir si les pneus avaient été en vente au prix de comparaison ou à un prix supérieur pendant plus de 50 % du temps au cours de la période de six mois qui a précédé les indications en cause. Bien que Sears soutienne maintenant qu'une période de référence de douze mois est plus appropriée pour tenir compte de la nature saisonnière des ventes de pneus, à mon avis, sa propre pratique interne de surveiller la fréquence des soldes sur une période de six mois contredit cet argument.

[311] Finalement, j'accepte l'opinion de M. Lichtenstein selon laquelle une période de six mois est une période de référence appropriée étant donné qu'elle donne une idée précise du comportement de Sears concernant les PVH. À son avis, la disposition relative à la période importante porte sur la durée pendant laquelle un produit devrait être offert à un PVH de façon à ce qu'il puisse être vérifié par le marché comme étant le « prix habituel ». Une période de six mois donnerait une telle possibilité, de l'avis de M. Lichtenstein, parce :

- i) qu'il n'y a pas une grande variation saisonnière en ce qui concerne les pneus quatre saisons;
- ii) que dans la mesure où il y a des augmentations des ventes au printemps et à l'automne, toute période de six mois contiguë inclurait une partie des pointes et des creux;
- iii) il n'y a pas vraiment raison de s'attendre à une variation d'un mois à l'autre dans le pourcentage des pneus vendus au PVH.

[312] Je conclus que l'opinion de M. Lichtenstein à cet égard n'a pas été affaiblie en contre-interrogatoire.

(ii) La fréquence à laquelle les pneus n'étaient pas en promotion

[313] Ayant conclu qu'une période de référence de six mois est appropriée, le tableau 2, qui suit le paragraphe 22 plus haut, illustre que, pour la période de six mois précédant les indications pertinentes, les pneus ont été offerts en vente à leur prix habituel à l'unité comme suit :

<u>Pneu</u>	<u>Pourcentage de la période aux prix habituels</u>
BF Goodrich Plus	45 %
RoadHandler T Plus	38 %
Weatherwise RH Sport	19 %
Response RST Touring	46 ou 49,65 %
Silverguard Ultra IV	60 %

[314] En ce qui concerne le pneu Response RST Touring et le différend au sujet du pourcentage de temps que le pneu n'a pas été en promotion, les documents de planification de Sears (c'est-à-dire les planificateurs en damier et les planificateurs de poche mensuels) indiquent que le Response RST Touring a été offert au prix habituel 49,65 % du temps. Cependant, les rapports de Sears sur les ventes réelles indiquent que le pneu Response RST Touring a été vendu à des prix de solde pendant une semaine de plus. Cela réduirait la période pendant laquelle le pneu a été offert à son prix habituel à 46 % de la période. M. McKenna n'a pas été en mesure d'expliquer l'écart dans ces documents de Sears. Étant donné son témoignage selon lequel, si Sears vendait le produit à des prix promotionnels, le produit était en promotion, je trouve que les renseignements contenus dans les rapports sur les ventes donnent une idée très précise du moment où les pneus étaient effectivement en solde. Il s'ensuit que le Response RST Touring a été offert au prix habituel 46 % de la période.

(iii) « Période importante »

[315] Pour déterminer ce que l'on entend par l'expression « période importante », il faut considérer le contexte du dispositif. Le critère de la période sert à évaluer si un prix précisé constitue en réalité un prix auquel un produit était « habituellement fourni » par la personne communiquant l'indication pendant « une période importante ».

[316] Dans ce contexte, il me semble que si un produit est en solde pendant la moitié ou plus de la moitié de la période, on ne peut pas dire que le produit a été offert à son prix habituel pendant une période importante. Cette conclusion est conforme à la décision de la Cour de district de l'Ontario dans l'affaire *R. c. T. Eaton Co. Ltd.* (1973), 11 C.C.C. (2d) 74. Dans le contexte d'une poursuite sous le régime du paragraphe 33(C)(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, la Cour avait fait remarquer que si un produit était en solde 50 % du temps, ou à peu près, on ne pouvait pas dire que le produit était ordinairement vendu à un prix habituel ou à tout autre prix.

[317] Dans la présente affaire, les quatre gammes suivantes de pneus ont été en solde plus de 50 % de la période de six mois précédant les indications pertinentes :

<u>Pneu</u>	<u>Pourcentage du temps en solde</u>
Weatherwise RH Sport	81 %
RoadHandler T Plus	62 %
BF Goodrich Plus	55 %
Response RST Touring	54 %

[318] Par conséquent, je conclus que Sears n'a pas offert ses pneus au public au prix habituel pendant une période importante précédant de peu la communication des indications.

[319] Ayant conclu que Sears n'a pas satisfait à l'exigence en matière de bonne foi pour tous les pneus, et n'a pas satisfait aux exigences en matière de fréquence du critère de la période pour quatre des cinq gammes de pneus, il est nécessaire de déterminer si Sears a établi que les indications n'étaient pas fausses ou trompeuses sur un point important.

XII. EST-CE QUE LES INDICATIONS ÉTAIENT FAUSSES OU TROMPEUSES SUR UN POINT IMPORTANT?

[320] Subsidiairement à sa position selon laquelle elle s'est conformée au critère de la période, Sears s'appuie sur le paragraphe 74.01(5) de la Loi qui dit que le paragraphe 74.01(3) ne s'applique pas à la personne qui établit que, dans les circonstances, les indications sur le prix ne sont pas fausses ou trompeuses sur un point important. Il faut rapprocher le paragraphe 74.01(5) du paragraphe 74.01(6) qui précise que « pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important, il est tenu compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral ».

(i) Quelles étaient les indications?

[321] Sears soutient que le paragraphe 74.01(3) traite uniquement d'une indication du prix de sorte que l'impression générale donnée par une indication doit se limiter à une indication du prix. Je suis d'accord. Cela signifie que n'importe quel aspect des annonces en cause qui n'est pas relié au prix, par exemple, les renseignements relatifs à la garantie, n'est pas pertinent.

[322] Sears soutient également que les messages relatifs aux économies sont aussi non pertinents parce qu'ils ne sont pas des indications d'un prix. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les indications telles que « économisez 40 % » et « moitié prix » sont qualifiées à juste titre d'indications de prix.

(ii) Est-ce que les indications étaient fausses ou trompeuses?

[323] Sears fait valoir que les indications du prix n'étaient ni fausses ni trompeuses. Par conséquent, il est nécessaire de déterminer d'abord quelle impression les indications en cause ont donnée. Cette démarche est conforme à l'approche adoptée par la Cour dans *R. v. Kenitex Canada Ltd. et al.* (1980), 51 C.P.R. (2d) 103 (Cour de comté de l'Ontario). Dans l'affaire

Kenitex, la partie inculpée a été accusée en vertu de l’alinéa 36(1)a) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui incriminait le fait de communiquer une indication au public qui était fausse ou trompeuse sur un point important. Le paragraphe 36(4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* disposait comme suit :

36(4) In any prosecution for a violation of this section, the general impression conveyed by a representation as well as the literal meaning thereof shall be taken into account in determining whether or not the representation is false or misleading in a material respect.

36(4) Dans toute poursuite pour violation du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important il faut tenir compte de l’impression générale qu’elles donnent ainsi que de leur sens littéral.

[324] Donc, la disposition examinée par la Cour dans l’affaire *Kenitex* est sensiblement la même que celle sur laquelle le Tribunal est appelé à se prononcer en l’espèce.

[325] À la page 107 de l’affaire *Kenitex*, la Cour a étudié les éléments de l’infraction et a affirmé :

[TRADUCTION] À mon avis [...] une indication sera fausse ou trompeuse sur un point important si, dans le contexte où elle est faite, elle donne d’emblée au citoyen ordinaire une impression fausse ou trompeuse qui risquerait d’avoir une incidence sur la décision du citoyen ordinaire d’acheter ou non le produit ainsi offert.

[326] Quant à la notion du « citoyen ordinaire », la Cour a affirmé :

[TRADUCTION] Par définition, le citoyen ordinaire est un échantillon représentatif fictif du grand public qui n’a pas l’expertise pertinente, mais qui possède par ailleurs la raison ordinaire ainsi que le bon sens et l’intelligence qu’un tel échantillon représentatif du public révélerait inévitablement. Par conséquent, en fin de compte, il incombe au juge des faits de déterminer quelle impression une indication donnerait, non pas en appliquant sa propre raison, sa propre intelligence et son propre bon sens, mais plutôt en définissant l’impression que le citoyen ordinaire fictif retiendrait en lisant ou en entendant l’indication.

[327] Si j’aborde maintenant les indications dans la présente affaire, je constate que l’impression générale qu’elles donnent à un citoyen ordinaire est que les consommateurs qui ont acheté les pneus aux prix promotionnels de Sears réaliseraient des économies importantes par rapport à ce qu’ils auraient payé pour les pneus s’ils n’avaient pas été en promotion. Cette impression est conforme au sens littéral donné par les indications. Par exemple, si l’on prend l’annonce présentée au paragraphe 17 plus haut, on peut y lire qu’une personne pourrait « économiser 40 % » sur les pneus RoadHandler T Plus de Michelin. Dans le cas de la plus petite dimension illustrée, le prix habituel de Sears de 153,99 \$ était comparé au prix promotionnel de 91,99 \$. Pour le pneu de la plus grande dimension, le prix habituel de 219,99 \$ était comparé au prix promotionnel de 131,99 \$.

[328] Quant à savoir si l’impression était fausse ou trompeuse, il faut se rappeler ceci :

- lorsque les pneus n'étaient pas en promotion, le prix « 2Pour » de Sears était toujours disponible si l'on achetait plus d'un pneu;
- le prix « 2Pour » de Sears était toujours sensiblement inférieur au prix habituel (à l'unité);
- de 90 à 95 % des pneus étaient vendus en groupes d'au moins deux;
- le prix habituel de Sears (à l'unité) n'aurait jamais été appliqué aux ventes de plusieurs pneus.

[329] Il s'ensuit, tel que l'a reconnu M. Cathcart en contre-interrogatoire que pour les pneus achetés en groupes d'au moins deux lors des promotions de Sears, les économies réalisées par les clients n'auraient pas été la différence entre le prix habituel de Sears et le prix promotionnel. Au contraire, les économies auraient été la différence entre le prix « 2Pour » et le prix promotionnel.

[330] S'agissant du paragraphe 74.01(5) de la Loi, le fardeau de la preuve incombe à Sears. Celle-ci dit que ses indications de prix n'étaient pas fausses ou trompeuses pour les raisons suivantes :

1. Les indications énoncent avec exactitude les prix de Sears à l'unité pour un des pneus, et il s'agissait des prix auxquels les ventes se faisaient réellement.
2. Les indications de prix étaient à la disposition et pour le bénéfice des clients qui achetaient un seul pneu.
3. En moyenne pour les cinq pneus annoncés, 11 % des acheteurs n'achetaient qu'un seul pneu.
4. N'importe quel consommateur de pneu à qui les indications étaient destinées pourrait choisir d'acheter un seul pneu, de sorte que les indications étaient vraies pour la totalité des lecteurs visés des indications.
5. Les indications de prix étaient un reflet des prix que Sears utilisait pour calculer les remboursements et les rajustements de garantie.

[331] Toutes ces affirmations sont littéralement exactes. Cependant, l'impression générale donnée par les indications est que les consommateurs (pas seulement 11 % des consommateurs) qui achèteraient les pneus chez Sears aux prix promotionnels feraient des économies importantes. Pour 89 % des consommateurs et 90 à 95 % des pneus vendus, ce n'était pas exact. Par conséquent, je conclus que les indications de prix contenues dans la comparaison entre le prix habituel et le prix promotionnel et dans les messages relatifs aux économies étaient fausses ou trompeuses.

[332] Avant d'aborder un autre point, je souligne qu'un autre tribunal en est venu à une conclusion semblable dans des circonstances quelque peu semblables dans l'affaire *R. v. Simpsons Ltd.* (1988), 25 C.P.R. (3d) 34 (Cour de district de l'Ontario). Dans cette cause-là, Simpsons a fait imprimer et distribuer un certain nombre de cartes « mini casino ». Les cartes annonçaient : « Vous pouvez économiser de 10 à 25 % » sur pratiquement tout en magasin; les rabais possibles sont de 10 %, 15 %, 20 % ou 25 %. Les cartes mini casino contenaient chacune quatre onglets, et sous chaque onglet il y avait un symbole. Lorsqu'on soulevait un onglet, le symbole était révélé. Il y avait quatre symboles, correspondant à chacun des quatre rabais en pourcentage offerts. Chaque carte enjoignait au client de ne soulever qu'un onglet afin de révéler le rabais qui lui était offert. Dans 90 % des cartes imprimées, on retrouvait le symbole du rabais de 10 % sous les quatre onglets. Pour toutes les autres cartes, soit 10 % du total, chacune contenait les quatre symboles. S'appuyant sur ces faits, la Cour a conclu que l'indication « Vous pouvez économiser de 10 à 25 % sur pratiquement tout en magasin » était manifestement fausse ou trompeuse. La Cour a affirmé, aux pages 37 et 38 :

[TRADUCTION] Les cartes avaient été imprimées de façon à s'assurer que 9 clients sur 10 qui avaient une carte n'avaient aucune chance d'obtenir autre chose que le rabais minimum de 10 %. Chaque carte affichait les quatre symboles de rabais et il est évident que d'après la présentation de la carte, cette dernière avait été conçue pour donner l'impression qu'un symbole était caché sous chacun des quatre onglets. En conséquence de la conception de la promotion, l'indication que « vous pouvez économiser de 10 à 25 % » était trompeuse pour neuf dixièmes des cartes. Les personnes qui recevaient ces cartes étaient induites en erreur, et ce, de façon intentionnelle.

Pour établir l'infraction, il suffisait qu'une indication fausse ou trompeuse ait été communiquée à une personne du public. Dans le présent cas, sur la foi des faits reconnus, l'indication trompeuse a été faite à 927 000 personnes, soit 90 % des personnes qui ont reçu une carte. De ce nombre, la plupart faisaient partie des 750 000 détenteurs d'une carte de crédit Simpsons à qui l'envoi avait été adressé.

Le fait que l'indication était vraie pour un dixième des personnes qui recevaient les cartes distribuées de façon aléatoire ne fait rien d'autre que de réduire l'ampleur de la supercherie.

(iii) Est-ce que les indications de prix étaient fausses ou trompeuses sur un point important?

[333] La jurisprudence antérieure en matière pénale sous le régime de la Loi ou de celle qui l'a précédée a interprété les termes « trompeuse sur un point important ». Comme on l'a indiqué précédemment, dans l'affaire *Kenitex*, la Cour a conclu qu'une impression sera fausse ou trompeuse sur un point important si « [...] elle donne d'emblée au citoyen ordinaire une impression fausse ou trompeuse qui risquerait d'avoir une incidence sur la décision du citoyen ordinaire d'acheter ou non le produit ainsi offert ».

[334] Dans l'affaire *R. v. Tege Investments Ltd.* (1978), 51 C.P.R. (2d) 216 (Cour provinciale de l'Alberta), la Cour a appliqué la signification que donne le dictionnaire de « important » qui était « qui est de conséquence, qui est de grand intérêt, qui est pertinent, qui est essentiel à l'affaire ». La Cour a signalé qu'il n'était pas nécessaire d'établir qu'une personne avait effectivement été induite en erreur par une indication. Il suffisait d'établir qu'une annonce avait été publiée à l'intention du public et qu'elle était fausse ou trompeuse sur un point important.

[335] Finalement, dans l'affaire *R. v. Kellys on Seymour Ltd.* (1969), 60 C.P.R. 24 (Cour de magistrat de Vancouver, C.-B.), la cour a conclu que le mot « important » renvoie au degré auquel l'acheteur est influencé par les mots utilisés pour l'amener à décider si oui ou non il devrait effectuer l'achat. Le fait de savoir si un consommateur a effectivement ou non obtenu une aubaine et a peut-être payé moins qu'il ne l'aurait fait normalement ne constituait pas le critère pertinent.

[336] Par conséquent, la question à trancher est de savoir si l'impression donnée par les comparaisons de prix ou les économies promises aurait une influence importante dans l'esprit d'un consommateur. Autrement dit, j'accepte l'argument de Sears selon lequel la question pertinente n'est pas de savoir si le genre d'indication est important, mais de savoir si l'élément d'indication trompeuse est important.

[337] J'estime que les considérations suivantes sont pertinentes.

[338] Premièrement, l'ampleur de l'économie était exagérée. Si l'on reprend l'exemple du RoadHandler T Plus de Michelin donné au paragraphe 17 plus haut, pour la plus petite dimension du pneu annoncée, un citoyen ordinaire envisageant d'acheter quatre pneus serait raisonnablement porté à croire, à mon avis, qu'il réaliserait des économies de 248 \$ ou $(153,99 \$ - 91,99 \$) \times 4$. En fait, le prix « 2Pour » pour chaque pneu était de 94,99 \$. En conséquence, les économies réelles seraient de 12,00 \$ ou $(94,99 \$ - 91,99 \$) \times 4$. Dans cet exemple, les économies étaient nettement exagérées. Parce que le prix « 2Pour » de Sears était toujours nettement inférieur à son prix habituel, il s'ensuit que les économies étaient de manière semblable essentiellement exagérées dans chaque indication du PVH faite au sujet des pneus.

[339] À mon avis, l'ampleur des économies annoncées aurait une influence importante ou serait un point important à prendre en considération pour un client.

[340] Deuxièmement, j'ai examiné l'expérience de Sears lorsqu'elle a éliminé ses prix « 2Pour » le 1^{er} janvier 2001 et abaissé ses prix habituels des pneus. Les prix article formidable et les prix promotionnels ordinaires sont demeurés inchangés. À la suite de la réduction de ses prix habituels, les ventes de Sears aux prix promotionnels ont diminué. M. McMahon a reconnu en contre-interrogatoire qu'il était probablement vrai que les ventes promotionnelles ont diminué parce que Sears ne pouvait pas utiliser un message aussi favorable relativement aux économies. Comme l'a soutenu Sears, si des économies sont indiquées, les consommateurs s'attendent à ce qu'elles soient d'une certaine ampleur et si les économies représentées ne correspondent vraiment pas aux attentes des consommateurs concernant les aubaines habituellement offertes ou habituellement offertes par le revendeur en question, la promotion sera moins efficace. Dans les circonstances où Sears était reconnue comme un marchand prix élevés/rabais, où les pneus étaient vendus sur un marché concurrentiel et où les pneus de marques nationales étaient habituellement vendus par des marchands de pneus à un prix correspondant à un rabais de 35 % par rapport au PVSF, je conclus que l'indication trompeuse de Sears relativement à l'ampleur des économies à réaliser en achetant les pneus en promotion était, selon toute probabilité, susceptible d'influer sur un client. Cela signifie que l'indication trompeuse de Sears quant à l'ampleur des économies à réaliser était trompeuse sur un point important.

[341] Finalement, j'ai conclu que les consommateurs ont une capacité limitée d'évaluer les attributs intrinsèques des pneus, et il est reconnu que les cinq gammes de pneus étaient exclusives à Sears. Dans ces circonstances, les preuves suivantes provenant du rapport d'expert de M. Lichtenstein sont pertinentes :

[TRADUCTION]

45. Les pneus sont de marque maison dans une catégorie de produits où il est difficile pour le consommateur moyen d'en évaluer plusieurs qualités intrinsèques. Les consommateurs cherchent à maximiser la valeur (c.-à-d. la qualité qu'ils obtiennent pour le prix qu'ils paient) lorsqu'ils font des achats. Lorsque des consommateurs ont besoin d'un produit pour lequel il y a plusieurs marques, ils peuvent employer diverses stratégies d'achat pour maximiser la valeur. Premièrement, dans le cas des catégories de produits pour lesquels le consommateur peut facilement évaluer les attributs intrinsèques (c.-à-d., les attributs matériels de la marque), les consommateurs peuvent simplement évaluer les autres marques chez différents marchands en fonction d'un critère de « rapport qualité-prix » et choisir la marque du marchand qui offre la meilleure valeur.
46. Cependant, lorsque les attributs intrinsèques d'un produit sont difficiles à évaluer pour les consommateurs, ces derniers peuvent au moins se rabattre sur une deuxième stratégie qui englobe la comparaison des prix pour des marques semblables chez les divers marchands. Ce faisant, ils peuvent au moins acheter une marque qui représente le plus bas prix pour cette marque chez les divers marchands. Ainsi, bien que les clients ne sauraient pas explicitement quelle qualité ils ont reçue pour leur argent, ils sauraient au moins qu'ils ont reçu le maximum pour leur argent dans le cas de cette marque particulière. Cependant, lorsque les consommateurs n'ont pas la capacité d'évaluer des produits en fonction des attributs intrinsèques *et* que les marchands concurrents offrent des marques qui leur sont propres, le client ne dispose d'aucune de ces stratégies.
47. Quelle stratégie reste-t-il aux consommateurs? Des recherches indiquent que dans les cas où les clients ne peuvent pas évaluer la qualité du produit en fonction des attributs intrinsèques, ils prendront des « raccourcis », c'est-à-dire qu'ils se fieront à une « décision basée sur l'heuristique » dans l'évaluation de la qualité. Le plus souvent, ils se fieront sur des « indices extrinsèques » qui signalent la qualité d'un produit et une bonne aubaine (p. ex., indication du PVH, nom du magasin, nom de la marque). Ainsi, il est plus probable qu'ils réagiraient si un marchand annonçait des « valeurs exceptionnelles », et encore plus si le marchand est perçu comme crédible. Comme l'ont signalé Kaufmann et autres (1994), on reconnaît de façon générale que les indications de PVH sont susceptibles d'avoir plus d'incidence dans le cas des catégories de produits pour lesquels il est difficile pour les consommateurs d'évaluer les attributs intrinsèques.

[342] Ayant tenu compte de ces circonstances, tel que l'exige le paragraphe 74.01(5) de la Loi, j'accepte qu'on se fierait probablement plus au fait que les indications de PVH de Sears sont un reflet d'une qualité ou d'une valeur de sorte que l'indication inexacte du PVH est plus susceptible d'avoir une incidence ou d'influer sur un consommateur.

[343] De même, j'ai conclu qu'un pourcentage très important de consommateurs ne consacrent pas de temps à la recherche de pneus, à l'examen de solutions de rechange ou à la comparaison des prix dans un éventail de magasins. L'étude réalisée par M. Deal indiquait qu'environ 42 % des clients de Sears n'avaient pas comparé le prix des pneus avant d'acheter leurs pneus chez Sears. Cette preuve vient également étayer la conclusion selon laquelle les indications de PVH de Sears et les messages relatifs aux économies étaient plus susceptibles d'influer sur les consommateurs.

[344] Donc, d'après l'ensemble de la preuve, Sears n'a pas établi que ses indications de PVH n'étaient pas fausses ou trompeuses sur un point important.

(iv) Les arguments de Sears au sujet de la notion de point important

[345] Pour arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte des arguments de Sears selon lesquels les indications de prix n'étaient pas fausses ou trompeuses sur un point important parce que :

- a) il est reconnu que les clients rabattent régulièrement environ 25 % sur les indications de PVH;
- b) Sears est un détaillant promotionnel, et parce que son prix de référence est marqué « Sears ord. », les consommateurs n'interpréteraient pas le prix de référence de la même façon que les indications de PVH faites par un marchand BPTJ ou des fournisseurs de façon générale;
- c) les annonces de Sears qui ne mentionnaient pas le prix habituel de Sears ont produit davantage un relèvement des ventes par rapport aux périodes pendant lesquelles il n'y avait pas de promotion;
- d) M. Winter a dit dans son témoignage qu'en 1999, les pneus étaient vendus dans un contexte hautement concurrentiel et hautement promotionnel qui comprenait un éventail de cadres de prix dans lequel aucun cadre de prix unitaire ni aucun concurrent ne dominait le marché. En outre, M. Deal a constaté qu'environ 63 % des consommateurs font des comparaisons, même s'ils voient des annonces qui indiquent des prix réduits pour les pneus;
- e) des facteurs tels que les garanties, l'assistance routière et une « satisfaction garantie ou argent remis » pourraient améliorer la perception de la valeur de la part d'un consommateur et avoir une incidence favorable sur la décision d'acheter un pneu;
- f) M. Deal a constaté que 78 % des répondants au questionnaire étaient satisfaits de la valeur qu'ils avaient reçue et 93 % étaient satisfaits de leur achat.

[346] Je vais aborder chaque point à tour de rôle

(a) **Les consommateurs rabattent régulièrement environ 25 % sur l'indication du PVH**

[347] Il est exact que c'est M. Lichtenstein qui était d'avis que les consommateurs réduisaient mentalement les prix de référence annoncés et qu'une étude avait démontré que les consommateurs rabattent régulièrement environ 25 % sur les indications du PVH. Cependant, l'opinion de M. Lichtenstein était demeurée la suivante :

[TRADUCTION]

33. Cependant, même si les consommateurs avertis ou sceptiques « semblent réduire le rabais » plus que les consommateurs moyens, ils ont tendance à percevoir qu'une partie du rabais annoncé est peut-être de bonne foi. Autrement dit, les résultats de recherches montrent que même pour les consommateurs qui sont plus avertis au sujet de la catégorie de produit (voir Grewal et autres 1998), et même dans le cas des consommateurs plus sceptiques quant aux indications du PVH (voir Blair et Landon 1981; Urbany et autres 1988; Urbany et Bearden 1989), ils sont tous influencés par les indications du PVH. Par exemple, s'appuyant sur leurs constatations, Urbany et Bearden (1989, p. 48) ont conclu que « les perceptions des sujets ont été influencées de façon importante par le prix de référence exagéré... même si, dans l'ensemble, ils avaient des doutes quant à sa validité... Même s'il est rabattu, le prix de référence continue, en apparence, à accroître les estimations du sujet quant au (prix de vente ordinaire de l'annonceur) par rapport aux objets qui sont présentés sans prix de référence ». De plus, Urbany et autres (1988) ont constaté que même si les consommateurs réduisent mentalement de façon plus importante les prix de référence plus élevés, l'incidence favorable du niveau absolu plus élevé du prix de référence annoncé sur les perceptions des consommateurs fait plus que compenser le rabais mental plus important de sorte qu'il en résulte que les consommateurs perçoivent réaliser plus d'économies lorsque des prix de référence élevés sont annoncés.

34. En outre, compte tenu de la valeur que les consommateurs accordent à leur temps, « si le solde annoncé représente une diminution suffisamment importante par rapport au prix habituel du vendeur, le consommateur pourrait en déduire qu'un autre vendeur semblable... ne pourrait pas se permettre de mettre l'article en solde à un rabais plus important » (Kaufmann et autres 1994, p. 121). Du point de vue du consommateur, le « pire cas » est que même si le prix de référence n'est peut-être pas un prix offert de bonne foi, « il garantit que le consommateur n'a pas payé un prix trop élevé... et (ainsi) le consommateur peut se servir de l'information limitée contenue dans la publicité sur les soldes du régime de prix élevés/rabais (prix de référence) de façon éclairée pour trouver un prix satisfaisant pour le produit » (Kaufmann et autres 1994, p. 122). Mais même dans les cas où cela se produit, un marchand concurrent qui ne fait aucune publicité et offre le même produit au même prix d'achat ferait l'objet d'un préjudice en ce sens qu'on a eu recours à un prix de référence trompeur pour attirer le client dans le magasin de l'annonceur. De plus, les perceptions du consommateur quant à l'utilité de la transaction, ce qui peut en réalité avoir une influence importante dans la décision d'acheter, ne se fonderaient pas sur des perceptions de bonne foi. [soulignement ajouté]

[348] De plus, en contre-interrogatoire, M. Lichtenstein a témoigné que l'on rabattrait moins un prix de référence lorsque l'indication du PVH provient d'un marchand crédible comme Sears.

[349] Donc, je n'estime pas que le témoignage de M. Lichtenstein selon lequel le consommateur rabat les indications du PVH établit que les indications du PVH de Sears n'étaient pas importantes.

(b) Pour les indications du prix habituel de Sears, il faut tenir compte du fait que les consommateurs savent que Sears est un marchand promotionnel

[350] Sears soutient que parce qu'il est reconnu comme étant un marchand promotionnel, ses clients interpréteraient ses indications du PVH d'une façon différente qu'ils le feraient pour des indications du PVH de fournisseurs ordinaires ou de marchands BPTJ. Aucun élément de preuve n'a été mentionné à l'appui de cette prétention.

[351] Il semblerait qu'il est tout aussi probable que si le consommateur est influencé par la réputation de Sears en tant que marchand promotionnel, il serait influencé par ses indications du PVH et trouverait qu'elles sont très importantes pour ce qui est d'indiquer un moment approprié d'acheter afin de réaliser des économies importantes par rapport au prix que les consommateurs paieraient normalement chez Sears si les pneus n'étaient pas en promotion.

(c) Les annonces de Sears n'incluaient pas des indications de PVH

[352] Sears soutient ce qui suit :

[TRADUCTION]

172. De plus, pour ce qui est de la considération relative accordée par les consommateurs aux économies annoncées et au prix final de la transaction, les éléments de preuve présentés par M. McKenna ont démontré le succès relatif des annonces de pneus de Sears publiées au cours de la période pertinente et qui ne donnaient aucune indication du prix « Sears ord. », c'est-à-dire qui informaient le consommateur éventuel uniquement du prix de solde. Ces annonces ont produit davantage un relèvement des ventes par rapport aux périodes pendant lesquelles il n'y avait pas de promotion que ne l'ont fait les annonces de prix « Sears ord. », même si les pneus annoncés n'étaient pas les moins chers offerts par Sears.

173. La conclusion raisonnable de M. McKenna était la suivante :

Que le client ou le consommateur reconnaissait une valeur lorsqu'il en voyait une. Il reconnaissait une valeur sans une référence au prix ou sans une comparaison au prix habituel et certainement sans un message relatif à une économie.

174. On peut dire la même chose ou quelque chose de semblable de l'annonce « Tireland » qui a fait l'objet d'un échange entre Sears et Michelin en 1999. Comme l'a reconnu M. Merkley en contre-interrogatoire, cette annonce reposait sur la capacité des consommateurs de discerner une valeur sans référence à un « message relatif à une économie » ou à un « rabais en pourcentage ».

[353] Dans son témoignage, M. McKenna a dit, au sujet du Weatherwise de Michelin et du Silverguard ST (qui n'est pas un des pneus en cause), qu'il a comparé les ventes de ces pneus lorsqu'ils n'étaient pas en promotion à celles d'une période pendant laquelle ils étaient en

promotion. Le Silverguard ST n'affichait aucun prix habituel, il était simplement annoncé en fonction de sa dimension, à partir de 44,99 \$. Donc, le Silverguard ST était annoncé sans comparaison à un prix habituel ou sans un message relatif à une économie. Le Weatherwise de Michelin était annoncé avec son prix habituel accompagné d'un message relatif à une économie de 40 %.

[354] Lorsque le Weatherwise de Michelin a été annoncé, ses ventes à l'unité ont augmenté d'environ [CONFIDENTIEL] fois par rapport à ses ventes lorsqu'il n'était pas annoncé. Le nombre de ventes du Silverguard ST, lorsqu'il était annoncé, a augmenté de [CONFIDENTIEL] fois par rapport aux ventes lorsqu'il ne l'était pas. Dans ce contexte, M. McKenna a conclu que les clients reconnaissaient la valeur.

[355] Cette preuve est anecdotique, ayant trait à un pneu qui n'avait aucun prix habituel, et elle contredit les éléments de preuve présentés par M. McMahon ainsi que les éléments de preuve présentés par M. Cathcart au sujet de l'expérience de Sears avec le pneu BF Goodrich Plus dont il est question aux paragraphes 214 et 215 plus haut.

[356] Pour cette raison, je ne conclus pas que les éléments de preuve relativement au Silverguard ST établissent que les indications du PVH de Sears n'étaient pas sur un point important.

[357] Dans la mesure où Sears se fonde sur l'aveu fait par M. Merkley en contre-interrogatoire selon lequel une annonce « Tireland » s'appuyait sur la capacité d'un client de discerner la valeur sans référence à un message relatif à une économie, M. Merkley a tout simplement répondu « Je suppose que oui » à la mention que le marchand en question supposait que ses clients éventuels reconnaîtraient la valeur. De plus, le prix annoncé dans le cadre de la promotion Tireland était suffisamment bas pour amener Sears à écrire à Michelin pour lui exprimer son inquiétude et pour amener Michelin à répondre à Sears qu'elle partageait la même inquiétude que Sears quant au prix. Cependant, Michelin a dit qu'elle avait jugé qu'il s'agissait d'un cas isolé pour lequel le marchand comptait offrir un solde d'une fin de semaine pour une cinquième année consécutive.

[358] Ces éléments de preuve n'établissent pas que les indications du PVH de Sears ne portaient pas sur un point important.

(d) Éléments de preuve présentés par M. Winter et M. Deal

[359] Sears s'appuie sur le témoignage de M. Winter selon lequel, en 1999, les pneus se vendaient dans un contexte très concurrentiel et promotionnel et sur le témoignage de M. Deal selon lequel son sondage a permis de révéler que 63 % des consommateurs font des comparaisons lorsqu'ils voient des annonces qui indiquent des prix réduits des pneus.

[360] Cependant, ces comparaisons semblent porter sur le prix final de la transaction, et pas

nécessairement sur l'aspect important des indications du PVH. Dans le cas des consommateurs qui disent faire des comparaisons, les indications du PVH pourraient quand même avoir « attiré le client sur le marché »; attiré le consommateur chez Sears; et amené le consommateur à acheter à Sears si les recherches effectuées par le consommateur ne lui avaient pas permis de trouver un prix final de la transaction plus bas.

(e) La perception des consommateurs quant à la valeur fondée sur des facteurs tels que les garanties et les garanties de satisfaction

[361] Sears s'appuie sur l'aveu de M. Lichtenstein selon lequel des facteurs tels que les garanties, l'assistance routière et la garantie de Sears pouvaient rehausser la perception de la valeur par des consommateurs et avoir une incidence favorable sur la décision d'acheter un pneu. Cela réduirait l'effet des indications de PVH de Sears parce que la réaction à un prix dépend du contexte.

[362] Étant donné que le professeur Trebilcock a reconnu qu'il ne disposait pas de renseignements qui lui permettaient de quantifier ce que les clients étaient prêts à payer pour les ajouts de Sears par rapport à ceux de Canadian Tire, et l'aveu plutôt amorphe de M. Lichtenstein, je ne suis pas convaincue que la valeur que les consommateurs accordent aux ajouts suffit à faire en sorte que les indications de PVH de Sears ne portent pas sur un point important. Même avec les ajouts, l'importance de l'indication trompeuse des économies continuerait à avoir une influence sur la décision du consommateur d'acheter.

(f) Satisfaction des clients de Sears

[363] Sears dit que même si des consommateurs ont acheté leurs pneus à Sears uniquement sur la foi des indications en cause, 78 % des répondants au questionnaire de M. Deal ont dit en avoir eu pour leur argent.

[364] À mon avis, on peut donner deux réponses à cet argument.

[365] Tout d'abord, le préjudice n'est pas un élément nécessaire du comportement susceptible d'examen. Comme l'a souligné la cour dans l'affaire *Kellys on Seymour*, précitée, à la page 26, le [TRADUCTION] « critère est de savoir si en réalité la personne a pensé que ce qu'elle achetait valait, pour l'acheteur ordinaire, sur le marché ordinaire, le prix qu'on lui attribuait et, par rapport auquel il est réduit ». Le fait de savoir si oui ou non un consommateur a effectivement obtenu une aubaine ou payé moins que ce qu'il aurait normalement payé n'est pas le critère. Voir aussi : *R. v. J. Pascal Hardware Co. Ltd.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 155, à la page 159 (Cour de comté de l'Ontario).

[366] Deuxièmement, j'accepte le témoignage de M. Lichtenstein qui, à mon avis, n'a pas été véritablement mis en doute à cet égard, et selon lequel :

[TRADUCTION]

39. Lorsque des consommateurs sont trompés par un PVH soufflé, le préjudice pourrait être limité s'ils apprenaient la tromperie. Grâce à une politique libérale de retour des marchandises, le préjudice peut se limiter au temps, à l'effort, et au fait d'avoir à retourner le produit au magasin (en supposant que le

magasin accepte le produit utilisé en retour). Cependant, à mon avis, il est peu probable que la plupart des clients reconnaissent qu'ils ont été trompés par une indication de PVH. La raison en est que pour qu'ils prennent conscience de la tromperie, ils doivent savoir que le PVH n'est pas, dans le cas de l'indication du PVH du vendeur, en fait le véritable PVH du vendeur.

40. Plusieurs facteurs empêchent les clients d'être conscients des prix. Tout d'abord, comme les données de recherche (mentionnées plus haut au paragraphe 29) laissent fortement entendre que les clients ne sont pas disposés à effectuer beaucoup de recherches avant d'acheter, il est raisonnable de conclure que la plupart des consommateurs ne sont pas disposés à consacrer le temps et les efforts nécessaires à effectuer une recherche sur les prix après l'achat. Donc, il est peu probable qu'ils surveillent les prix du vendeur après coup. Deuxièmement, les consommateurs ont un désir implicite de maintenir une « cohérence cognitive » et, de ce fait, ils évitent de voir des renseignements relatifs au prix qui indiquent qu'ils ont été trompés, créant par conséquent une incohérence cognitive que l'on appelle « dissonance cognitive » ou le « remords/regret de l'acheteur » dans ce domaine précis. Étant donné que cet état mental crée un inconfort chez le consommateur, ce dernier est motivé à adopter une « exposition sélective aux renseignements » en évitant de façon active les renseignements qui laisseraient entendre qu'il n'a pas reçu la valeur indiquée par le PVH (Eagly et Chaiken 1993, p. 478; Engel, Blackwell, Miniard, 1995).
[soulignement ajouté]

[367] Donc, pour tous ces motifs, Sears n'a pas établi que ses indications du PVH n'étaient pas fausses ou trompeuses sur un point important.

(v) Conclusion

[368] Sears a reconnu qu'elle n'a pas satisfait aux exigences du critère de la quantité et j'ai conclu que les pneus n'ont pas été offerts de bonne foi au prix habituel de Sears et que Sears n'a pas satisfait aux exigences du critère de la période dans le cas de quatre des cinq gammes de pneus. J'ai également conclu que Sears n'a pas établi que les indications en cause n'étaient pas fausses ou trompeuses sur un point important. Il s'ensuit que les allégations de comportement susceptible d'examen ont été prouvées et le Tribunal statue que Sears a eu un comportement susceptible d'examen. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner les sanctions administratives convenables.

XIII. QUELLES SANCTIONS ADMINISTRATIVES DEVRAIENT ÊTRE INFLIGÉES?

[369] L'article 74.1 de la Loi énonce l'éventail des sanctions possibles et les circonstances dans lesquelles elles peuvent être infligées. L'article 74.1 est ainsi conçu :

74.1 (1) Where, on application by the Commissioner, a court determines that a person is engaging in or has engaged in reviewable conduct under this Part, the court may order the person
(a) not to engage in the conduct or substantially

74.1 (1) Le tribunal qui conclut, à la demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci :
a) de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière

similar reviewable conduct:

(b) to publish or otherwise disseminate a notice, in such manner and at such times as the court may specify, to bring to the attention of the class of persons likely to have been reached or affected by the conduct, the name under which the person carries on business and the determination made under this section, including

(i) a description of the reviewable conduct,

(ii) the time period and geographical area to which the conduct relates, and

(iii) a description of the manner in which any representation or advertisement was disseminated, including, where applicable, the name of the publication or other medium employed; and

(c) to pay an administrative monetary penalty, in such manner as the court may specify, in an amount not exceeding

(i) in the case of an individual, \$50,000 and, for each subsequent order, \$100,000, or

(ii) in the case of a corporation, \$100,000 and, for each subsequent order, \$200,000.

74.1(2) An order made under paragraph (1)(a) applies for a period of ten years unless the court specifies a shorter period.

74.1(3) No order may be made against a person under paragraph (1)(b) or (c) where the person establishes that the person exercised due diligence to prevent the reviewable conduct from occurring.

74.1(4) The terms of an order made against a person under paragraph (1)(b) or (c) shall be determined with a view to promoting conduct by that person that is in conformity with the purposes of this Part and not with a view to punishment.

74.1(5) Any evidence of the following shall be taken into account in determining the amount of an administrative monetary penalty under paragraph (1)(c):

(a) the reach of the conduct within the relevant geographic market;

(b) the frequency and duration of the conduct;

(c) the vulnerability of the class of persons likely to be adversely affected by the conduct;

(d) the materiality of any representation;

(e) the likelihood of self-correction in the relevant geographic market;

(f) injury to competition in the relevant geographic market;

(g) the history of compliance with this Act by the person who engaged in the reviewable conduct; and

essentiellement semblable:

b) de diffuser, notamment par publication, un avis, selon les modalités de forme et de temps qu'il détermine, visant à informer les personnes d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par le comportement, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article, notamment :

(i) l'énoncé des éléments du comportement susceptible d'examen,

(ii) la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,

(iii) l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom des médias — notamment de la publication — utilisés;

c) de payer, selon les modalités que le tribunal peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale :

(i) dans le cas d'une personne physique, de 50 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ pour toute ordonnance subséquente,

(ii) dans le cas d'une personne morale, de 100 000 \$ pour la première ordonnance et de 200 000 \$ pour toute ordonnance subséquente.

74.1(2) Les ordonnances rendues en vertu de l'alinéa (1)a s'appliquent pendant une période de dix ans, ou pendant la période plus courte fixée par le tribunal.

74.1(3) L'ordonnance prévue aux alinéas (1)b) ou c) ne peut être rendue si la personne visée établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher un tel comportement.

74.1(4) Les conditions de l'ordonnance rendue en vertu des alinéas (1)b) ou c) sont fixées de façon à encourager le contrevenant à adopter un comportement compatible avec les objectifs de la présente partie et non à le punir.

74.1(5) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire prévue à l'alinéa (1)c), il est tenu compte des éléments suivants :

a) la portée du comportement sur le marché géographique pertinent;

b) la fréquence et la durée du comportement;

c) la vulnérabilité des catégories de personnes susceptibles de souffrir du comportement;

d) l'importance des indications;

e) la possibilité d'un redressement de la situation sur le marché géographique pertinent;

f) le tort causé à la concurrence sur le marché géographique pertinent;

g) le comportement antérieur, dans le cadre de la présente loi, de la personne qui a eu un comportement susceptible d'examen;

(h) any other relevant factor.

74.1(6) For the purposes of paragraph (1)(c), an order made against a person in respect of conduct that is reviewable under paragraph 74.01(1)(a), (b) or (c), subsection 74.01(2) or (3) or section 74.02, 74.04, 74.05 or 74.06 is a subsequent order if

(a) an order was previously made against the person under this section in respect of conduct reviewable under the same provision;

(b) the person was previously convicted of an offence under the provision of Part VI, as that Part read immediately before the coming into force of this Part, that corresponded to the provision of this Part;

(c) in the case of an order in respect of conduct reviewable under paragraph 74.01(1)(a), the person was previously convicted of an offence under section 52, or under paragraph 52(1)(a) as it read immediately before the coming into force of this Part; or

(d) in the case of an order in respect of conduct reviewable under subsection 74.01(2) or (3), the person was previously convicted of an offence under paragraph 52(1)(d) as it read immediately before the coming into force of this Part. [underlining added]

h) toute autre circonstance pertinente.

74.1(6) Pour l'application de l'alinéa (1)c), l'ordonnance rendue contre une personne à l'égard d'un comportement susceptible d'examen en application des alinéas 74.01(1)a), b) ou c), des paragraphes 74.01(2) ou (3) ou des articles 74.02, 74.04, 74.05 ou 74.06 constitue une ordonnance subséquente dans les cas suivants :

a) une ordonnance a été rendue antérieurement en vertu du présent article contre la personne à l'égard d'un comportement susceptible d'examen visé par la même disposition;

b) la personne a déjà été déclarée coupable d'une infraction prévue par une disposition de la partie VI, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente partie, qui correspond à la disposition de la présente partie;

c) dans le cas d'une ordonnance rendue à l'égard du comportement susceptible d'examen visé à l'alinéa 74.01(1)a), la personne a déjà été déclarée coupable d'une infraction à l'article 52, ou à l'alinéa 52(1)a) dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente partie;

d) dans le cas d'une ordonnance rendue à l'égard du comportement susceptible d'examen visé aux paragraphes 74.01(2) ou (3), la personne a déjà été déclarée coupable d'une infraction à l'alinéa 52(1)d) dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente partie. [Le soulignement est de moi.]

[370] Chacune des trois sanctions possibles doit être examinée.

(i) Une ordonnance de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable

[371] La commissaire sollicite une ordonnance interdisant à Sears et à toute personne agissant en son nom ou pour son bénéfice, y compris tous les administrateurs, dirigeants, employés, agents ou ayants droit, ou toute autre personne ou société agissant en son nom, d'avoir un comportement contraire aux dispositions du paragraphe 74.01(3) de la Loi pendant dix ans.

[372] À l'appui de son argumentation, la commissaire se fonde sur ce qui suit :

- la reconnaissance par Sears qu'elle est essentiellement un commerçant qui pratique un régime de prix élevés/rabais et qui compte énormément sur les indications du PVH dans sa publicité;
- Sears a recouru à la commercialisation suivant un régime de prix élevés/rabais pour 27 des 28 gammes de pneus qu'elle a vendus en 1999 et continue à recourir à ces techniques de commercialisation pour vendre des produits automobiles;
- Sears continue de recourir à des techniques du régime de prix élevés/rabais d'une façon générale dans toutes ses activités commerciales;
- Sears a déjà eu un comportement commercial trompeur par le passé comme l'indiquent les décisions suivantes :

R. v. Simpsons-Sears Ltd. (1969), 58 C.P.R. 56 (Cour provinciale de l'Ontario (division criminelle));

R. v. Simpsons-Sears Ltd. (1976), 28 C.P.R. (2d) 249 (Cour de comté de l'Ontario (division criminelle));

R. v. Simpsons-Sears Limited and H. Forth and Co. Limited (1983), inédit (Cour de comté de l'Ontario).

[373] Sears soutient qu'aucune sanction administrative n'est justifiée. Elle signale ce qui suit :

- Les indications en cause ont été faites en novembre et décembre 1999. L'article 74.01 de la Loi est entré en vigueur en mars de la même année. Les lignes directrices n'ont pas été publiées avant la fin de septembre 1999 et il n'existait aucune jurisprudence sur l'interprétation des critères de la période et de la quantité.
- La publicité sur les PVH est une pratique légitime et Sears ne devrait pas être punie du fait de recourir à des événements promotionnels pour commercialiser ses produits.

- Sears a entrepris de se conformer au paragraphe 74.01(3) de la Loi. Elle a adopté et distribué une politique écrite et M. Cathcart a tenu un damier de la planification et de la promotion de la vente des pneus.
- Les déclarations de culpabilité sur lesquelles la commissaire s'appuie sont vieilles, remontant à 21, 28 et 35 ans. Les deux dernières déclarations de culpabilité portent sur une annonce en catalogue concernant des multi-vitamines et sur l'annonce d'un réfrigérateur particulier à Ottawa.
- Il est raisonnable de supposer qu'il y a eu d'importants changements dans le régime de propriété de Sears, sa gestion et son contrôle depuis le début des années 80, époque de la plus récente déclaration de culpabilité.

[374] Comme solution de rechange, Sears dit qu'une ordonnance d'interdiction devrait avoir trait uniquement aux pneus. Sears attire l'attention sur la décision du Tribunal dans l'affaire *Canada (commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, [2002] D.T.C.C. n° 22 (QL), (2002), 19 C.P.R. (4th) 129; confirmée (2004), 31 C.P.R.(4th) 331 (C.A.F.) dans laquelle l'ordonnance interdisait la communication d'indications trompeuses traitant d'un « dispositif appelé PVI, ou de tout autre dispositif similaire censé réduire la consommation de carburant ou les émissions polluantes, ou encore améliorer les performances ».

[375] Compte tenu de l'impression fautive ou trompeuse donnée par Sears dans ses annonces concernant les indications du PVH en cause dans le cas des pneus, j'ai conclu qu'il est opportun de rendre une ordonnance conformément aux dispositions de l'alinéa 74.1(1)a) de la Loi. Une telle ordonnance portera sur le préjudice pour lequel le paragraphe 74.01(3) a été créé. Comme l'ordonnance portera uniquement sur les indications du PVH qui ne sont pas conformes à la Loi, et ne portera pas sur toutes les indications du PVH, on ne peut pas dire qu'une telle ordonnance « punit » Sears de recourir à des événements promotionnels.

[376] Je suis convaincue, m'appuyant sur la note interne de Sears du 11 mai 1999 adressée aux vice-présidents concernant les modifications à la Loi, vu la date d'entrée en vigueur de la disposition législative pertinente et de publication des lignes directrices, un préavis suffisant a été donné aux employés de Sears en ce qui a trait aux exigences de la Loi. Par conséquent, il n'est pas inopportun de rendre une ordonnance en vertu de l'alinéa 74.1(1)a).

[377] Quant à la durée de l'ordonnance, je ne vois aucune raison de m'écarter de la disposition générale énoncée au paragraphe 74.1(2) de la Loi qui veut qu'une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa 74.1(1)a) s'applique pour une période de 10 ans sauf indication contraire. Cette période de dix ans commencera lorsque l'ordonnance sera rendue. À cet égard, voir le paragraphe 389 des présents motifs.

[378] Pour ce qui est de la portée de l'ordonnance, je suis convaincue que c'est interpréter l'intention de la Loi de façon trop étroite que de limiter l'application de l'ordonnance à la

promotion des pneus par Sears. Une distinction peut être établie par rapport à la portée de l'ordonnance rendue par le Tribunal dans l'affaire *P.V.I.*, précitée, à mon avis, parce que dans ce cas, il y avait des indications trompeuses en cause quant à la performance d'un produit qui permettait d'économiser l'essence, de réduire les émissions et qui était approuvé par le gouvernement. Aucun fondement ne justifiait l'application de l'ordonnance à un autre produit qu'un dispositif semblable qui permettait censément d'économiser de l'essence, de réduire les émissions ou d'améliorer la performance (comme le prévoyaient les ordonnances).

[379] Pareillement, cependant, on ne m'a pas convaincue qu'il est nécessaire que l'ordonnance s'applique à toutes les marchandises commercialisées par Sears par le truchement de ses divers canaux commerciaux. À cet égard, je signale la période relativement longue qui s'est écoulée depuis que Sears a été pour la dernière fois reconnue coupable d'un comportement commercial trompeur.

[380] Dans le présent cas, Sears a indiqué dans son exposé des motifs et des faits importants, au paragraphe 39, que le secteur automobile de Sears est la division commerciale de Sears chargée de la fourniture des pneus et des autres produits et services automobiles et de l'exploitation des centres de l'automobile de Sears. J'en conclus qu'il est opportun que l'ordonnance porte sur la division commerciale qui était responsable des indications commerciales trompeuses en cause. Par conséquent, l'ordonnance s'appliquera uniquement aux pneus et autres produits et services automobiles.

(ii) Un avis correctif

[381] La commissaire demande une ordonnance exigeant que Sears diffuse, notamment par publication, un ou plusieurs avis qui :

- a. visent à informer les personnes d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par le comportement, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article notamment :
 - i. l'énoncé du comportement susceptible d'examen,
 - ii. la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,
 - iii. l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom de la publication ou des médias utilisés.
- b. seront publiés dans les médias suivants :
 - i. dans des circulaires (« tirés à part ») par la défenderesse comme suit :
 - (1) dans deux circulaires hebdomadaires (« principales ») que diffuse habituellement l'intimée et dans une circulaire de fin de semaine que diffuse habituellement l'intimée.

- (2) les circulaires doivent être diffusées partout au Canada et avoir un tirage d'au moins 4 200 000, et doivent être diffusées comme le fait habituellement la défenderesse, y compris la même répartition linguistique, et doivent être diffusées dans les proportions suivantes :
 - (a) 84 % dans des journaux;
 - (b) 15 % à domicile
 - (c) 1 % en magasin.
- (3) Les avis doivent couvrir la totalité de la troisième page de la circulaire et doivent avoir une dimension minimale de 9,5 pouces sur 9,5 pouces.

ii. dans des journaux par la défenderesse comme suit :

- (1) dans la langue du journal;
- (2) dans les neuf premières pages du numéro du mercredi de chacun des journaux énumérés aux paragraphes 26 et 27 de la *pièce CA-9*, ou dans le cas d'un journal qui n'est pas publié le mercredi, dans les neuf premières pages du numéro dudit journal;
- (3) les annonces imprimées doivent avoir une dimension minimale de 5,625 pouces sur 9,625 pouces.

[382] Sears soutient que les considérations temporelles à elles seules atténuent la nécessité de publier un avis écrit. Sears attire également l'attention sur les éléments de preuve fournis par M. Trebilcock selon lesquels les consommateurs qui ont acheté les pneus chez Sears lors des soldes en question ont obtenu de très bonnes aubaines. Finalement, Sears soutient qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher que le comportement susceptible d'examen se produise.

[383] Dans l'arrêt *PVI*, précité, la Cour d'appel fédérale, au paragraphe 26, a tenu compte du fait que la période écoulée depuis la communication des indications fausses ou trompeuses constituait un facteur pertinent dont il fallait tenir compte au moment d'évaluer si un avis correctif était opportun.

[384] Dans le présent cas, cinq années se sont écoulées depuis la communication des indications en cause. À mon avis, cette durée à elle seule atténue la nécessité de publier un avis correctif.

[385] Le rapport du comité consultatif estimait qu'un avis correctif avait pour objet d'informer les consommateurs et les entreprises sur les pratiques trompeuses qui peuvent avoir laissé de fausses impressions sur le marché. Je n'accepte pas qu'après cinq ans, il subsiste des fausses impressions attribuables aux indications en cause. Exiger la publication d'un avis correctif dans cette situation serait, à mon avis, punitif et non pas correctif.

[386] Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que je détermine, et je ne le fais pas, si Sears a établi qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour prévenir que le comportement susceptible d'examen se produise.

(iii) Une sanction administrative pécuniaire

[387] Dans ses motifs d'ordonnance et dans son ordonnance du 5 août 2004, le Tribunal a ordonné qu'au cas où il déterminerait que Sears avait eu un comportement susceptible d'examen au sens du paragraphe 74.01(3) de la Loi, Sears serait autorisée à présenter des éléments de preuve et des arguments à une audience ultérieure au sujet des facteurs dont il faut tenir compte en vertu du paragraphe 74.1(5) de la Loi. En conséquence, le Tribunal surseoit à trancher la question de savoir si une sanction administrative pécuniaire devrait être infligée et surseoit à en fixer le montant. Voir à cet égard le paragraphe 390 des présents motifs.

XIV. DÉPENS

[388] Il surseoit aussi à statuer sur la question des dépens.

XV. ORDONNANCE

[389] Une fois que le Tribunal aura pris sa décision définitive relativement aux questions de la sanction administrative pécuniaire et des dépens, une ordonnance traduisant les présents motifs sera rendue, en même temps que les décisions du Tribunal en ce qui concerne la sanction administrative pécuniaire et les dépens.

XVI. DIRECTIVES AUX PARTIES

[390] Compte tenu des présents motifs confidentiels d'ordonnance, voici les directives données aux parties :

- 1) Pour permettre au Tribunal de publier une version publique des présents motifs, les parties doivent se rencontrer et s'efforcer de s'entendre sur les parties à expurger des présents motifs confidentiels afin de bien protéger l'information qui devrait être gardée confidentielle. Les parties doivent correspondre conjointement avec le Tribunal au plus tard à la fermeture du greffe le mercredi 19 janvier 2005, énonçant leur entente et tous les points de désaccord quant à la version expurgée des présents motifs confidentiels. (Le Tribunal ne prévoit pas qu'il y aura de mésentente importante.)
- 2) S'il y a mésentente, les parties doivent séparément correspondre avec le Tribunal, énonçant leurs arguments respectifs concernant tout passage à expurger des motifs qui fait l'objet d'un désaccord. De tels arguments doivent être signifiés et déposés au plus tard à la fermeture du greffe le vendredi 21 janvier 2005.

- 3) Après que les présents motifs auront été rendus, le greffe communiquera avec les avocats afin de fixer la date d'une conférence de gestion de l'instance pour examiner les points suivants :
- i) Le temps nécessaire pour l'audience concernant les facteurs pertinents au paragraphe 74.1(5) de la Loi.
 - ii) Le nombre proposé des témoins à convoquer.
 - iii) La fourniture des sommaires des dépositions des témoins ou des rapports d'expert nécessaires.
 - iv) La nature de la participation de la commissaire à cette autre audience.
 - v) Les dates possibles de cette audience.
 - vi) La nature et les modalités de forme et de temps des plaidoyers sur les dépens.

FAIT à Edmonton, ce 11^e jour de janvier 2005.

SIGNÉ au nom du Tribunal par la juge président.

Eleanor R. Dawson

XVII. ANNEXE

[391] Les articles 74.01, 74.09 et 74.1 sont ainsi libellés :

74.01 (1) A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

- (a) makes a representation to the public that is false or misleading in a material respect;
- (b) makes a representation to the public in the form of a statement, warranty or guarantee of the performance, efficacy or length of life of a product that is not based on an adequate and proper test thereof, the proof of which lies on the person making the representation; or
- (c) makes a representation to the public in a form that purports to be
 - (i) a warranty or guarantee of a product, or
 - (ii) a promise to replace, maintain or repair an article or any part thereof or to repeat or continue a service until it has achieved a specified result,if the form of purported warranty or guarantee or promise is materially misleading or if there is no reasonable prospect that it will be carried out.

74.01(2) Subject to subsection (3), a person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, makes a representation to the public concerning the price at which a product or like products have been, are or will be ordinarily supplied where suppliers generally in the relevant geographic market, having regard to the nature of the product,

- (a) have not sold a substantial volume of the product at that price or a higher price within a reasonable period of time before or after the making of the representation, as the case may be; and
- (b) have not offered the product at that price or a higher price in good faith for a substantial period of time recently before or immediately after the making of the representation, as the case may be.

74.01(3) A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, makes a

74.01 (1) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

- a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important;
- b) ou bien, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;
- c) ou bien des indications sous une forme qui fait croire qu'il s'agit :
 - (i) soit d'une garantie de produit,
 - (ii) soit d'une promesse de remplacer, entretenir ou réparer tout ou partie d'un article ou de fournir de nouveau ou continuer à fournir un service jusqu'à l'obtention du résultat spécifié,si cette forme de prétendue garantie ou promesse est trompeuse d'une façon importante ou s'il n'y a aucun espoir raisonnable qu'elle sera respectée.

74.01(2) Sous réserve du paragraphe (3), est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, des indications au public relativement au prix auquel un ou des produits similaires ont été, sont ou seront habituellement fournis, si, compte tenu de la nature du produit, l'ensemble des fournisseurs du marché géographique pertinent n'ont pas, à la fois :

- a) vendu une quantité importante du produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication des indications;
- b) offert de bonne foi le produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication des indications.

74.01(3) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, des indications au

representation to the public as to price that is clearly specified to be the price at which a product or like products have been, are or will be ordinarily supplied by the person making the representation where that person, having regard to the nature of the product and the relevant geographic market,

(a) has not sold a substantial volume of the product at that price or a higher price within a reasonable period of time before or after the making of the representation, as the case may be; and

(b) has not offered the product at that price or a higher price in good faith for a substantial period of time recently before or immediately after the making of the representation, as the case may be.

74.01(4) For greater certainty, whether the period of time to be considered in paragraphs (2)(a) and (b) and (3)(a) and (b) is before or after the making of the representation depends on whether the representation relates to

(a) the price at which products have been or are supplied; or

(b) the price at which products will be supplied.

74.01(5) Subsections (2) and (3) do not apply to a person who establishes that, in the circumstances, a representation as to price is not false or misleading in a material respect.

74.01(6) In proceedings under this section, the general impression conveyed by a representation as well as its literal meaning shall be taken into account in determining whether or not the representation is false or misleading in a material respect.

[...]

74.09 In sections 74.1 to 74.14 and 74.18, "court" means the Tribunal, the Federal Court or the superior court of a province.

74.1(1) Where, on application by the Commissioner, a court determines that a person is engaging in or has engaged in reviewable conduct under this Part, the court may order the person

(a) not to engage in the conduct or substantially similar reviewable conduct;

(b) to publish or otherwise disseminate a notice, in such manner and at such times as the court may specify, to bring to the attention of the class of persons likely to have been reached or affected by the conduct, the name under which the person carries on business and the determination made under this section, including

(i) a description of the reviewable conduct,

public relativement au prix auquel elle a fourni, fournit ou fournira habituellement un produit ou des produits similaires, si, compte tenu de la nature du produit et du marché géographique pertinent, cette personne n'a pas, à la fois :

a) vendu une quantité importante du produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication des indications;

b) offert de bonne foi le produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication des indications.

74.01(4) Il est entendu que la période à prendre en compte pour l'application des alinéas (2)a) et b) et (3)a) et b) est antérieure ou postérieure à la communication des indications selon que les indications sont liées au prix auquel les produits ont été ou sont fournis ou au prix auquel ils seront fournis.

74.01(5) Les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas à la personne qui établit que, dans les circonstances, les indications sur le prix ne sont pas fausses ou trompeuses sur un point important.

74.01(6) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important, il est tenu compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral.

[...]

74.09 Dans les articles 74.1 à 74.14 et 74.18, « tribunal » s'entend du Tribunal, de la Cour fédérale ou de la cour supérieure d'une province.

74.1(1) Le tribunal qui conclut, à la demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci :

a) de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable;

b) de diffuser, notamment par publication, un avis, selon les modalités de forme et de temps qu'il détermine, visant à informer les personnes d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par le comportement, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article, notamment :

(i) l'énoncé des éléments du comportement susceptible d'examen,

(ii) the time period and geographical area to which the conduct relates, and

(iii) a description of the manner in which any representation or advertisement was disseminated, including, where applicable, the name of the publication or other medium employed; and

(c) to pay an administrative monetary penalty, in such manner as the court may specify, in an amount not exceeding

(i) in the case of an individual, \$50,000 and, for each subsequent order, \$100,000, or

(ii) in the case of a corporation, \$100,000 and, for each subsequent order, \$200,000.

74.1(2) An order made under paragraph (1)(a) applies for a period of ten years unless the court specifies a shorter period.

74.1(3) No order may be made against a person under paragraph (1)(b) or (c) where the person establishes that the person exercised due diligence to prevent the reviewable conduct from occurring.

74.1(4) The terms of an order made against a person under paragraph (1)(b) or (c) shall be determined with a view to promoting conduct by that person that is in conformity with the purposes of this Part and not with a view to punishment.

74.1(5) Any evidence of the following shall be taken into account in determining the amount of an administrative monetary penalty under paragraph (1)(c):

- (a) the reach of the conduct within the relevant geographic market;
- (b) the frequency and duration of the conduct;
- (c) the vulnerability of the class of persons likely to be adversely affected by the conduct;
- (d) the materiality of any representation;
- (e) the likelihood of self-correction in the relevant geographic market;
- (f) injury to competition in the relevant geographic market;
- (g) the history of compliance with this Act by the person who engaged in the reviewable conduct; and

(h) any other relevant factor.

74.1(6) For the purposes of paragraph (1)(c), an order made against a person in respect of conduct that is reviewable under paragraph 74.01(1)(a), (b) or (c), subsection 74.01(2) or (3) or section 74.02, 74.04, 74.05 or 74.06 is a subsequent order if

(ii) la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,

(iii) l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom des médias — notamment de la publication — utilisés;

c) de payer, selon les modalités que le tribunal peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale :

(i) dans le cas d'une personne physique, de 50 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ pour toute ordonnance subséquente,

(ii) dans le cas d'une personne morale, de 100 000 \$ pour la première ordonnance et de 200 000 \$ pour toute ordonnance subséquente.

74.1(2) Les ordonnances rendues en vertu de l'alinéa (1)a) s'appliquent pendant une période de dix ans, ou pendant la période plus courte fixée par le tribunal.

74.1(3) L'ordonnance prévue aux alinéas (1)b) ou c) ne peut être rendue si la personne visée établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher un tel comportement.

74.1(4) Les conditions de l'ordonnance rendue en vertu des alinéas (1)b) ou c) sont fixées de façon à encourager le contrevenant à adopter un comportement compatible avec les objectifs de la présente partie et non à le punir.

74.1(5) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire prévue à l'alinéa (1)c), il est tenu compte des éléments suivants :

- a) la portée du comportement sur le marché géographique pertinent;
- b) la fréquence et la durée du comportement;
- c) la vulnérabilité des catégories de personnes susceptibles de souffrir du comportement;
- d) l'importance des indications;
- e) la possibilité d'un redressement de la situation sur le marché géographique pertinent;
- f) le tort causé à la concurrence sur le marché géographique pertinent;
- g) le comportement antérieur, dans le cadre de la présente loi, de la personne qui a eu un comportement susceptible d'examen;
- h) toute autre circonstance pertinente.

74.1(6) Pour l'application de l'alinéa (1)c), l'ordonnance rendue contre une personne à l'égard d'un comportement susceptible d'examen en application des alinéas 74.01(1)a), b) ou c), des paragraphes 74.01(2) ou (3) ou des articles 74.02, 74.04, 74.05 ou 74.06 constitue une ordonnance subséquente dans les cas suivants :

- (a) an order was previously made against the person under this section in respect of conduct reviewable under the same provision;
- (b) the person was previously convicted of an offence under the provision of Part VI, as that Part read immediately before the coming into force of this Part, that corresponded to the provision of this Part;
- (c) in the case of an order in respect of conduct reviewable under paragraph 74.01(1)(a), the person was previously convicted of an offence under section 52, or under paragraph 52(1)(a) as it read immediately before the coming into force of this Part; or
- (d) in the case of an order in respect of conduct reviewable under subsection 74.01(2) or (3), the person was previously convicted of an offence under paragraph 52(1)(d) as it read immediately before the coming into force of this Part.

- a) une ordonnance a été rendue antérieurement en vertu du présent article contre la personne à l'égard d'un comportement susceptible d'examen visé par la même disposition;
- b) la personne a déjà été déclarée coupable d'une infraction prévue par une disposition de la partie VI, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente partie, qui correspond à la disposition de la présente partie;
- c) dans le cas d'une ordonnance rendue à l'égard du comportement susceptible d'examen visé à l'alinéa 74.01(1)a), la personne a déjà été déclarée coupable d'une infraction à l'article 52, ou à l'alinéa 52(1)a) dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente partie;
- d) dans le cas d'une ordonnance rendue à l'égard du comportement susceptible d'examen visé aux paragraphes 74.01(2) ou (3), la personne a déjà été déclarée coupable d'une infraction à l'alinéa 52(1)d) dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente partie.

REPRÉSENTANTS :

Pour la demanderesse :

La commissaire de la concurrence

John L. Syme
Leslie Milton
Arsalaan Hyder
Geneviève Léveillé

Pour la défenderesse :

Sears Canada Inc.

William W. McNamara
Philip J. Kennedy
Martin J. Huberman
Teresa J. Walsh
Stephen A. Scholtz
Martha A. Healey
Susan Rothfels