



CT - 1994 / 003 – Doc # 204b

DANS L’AFFAIRE d’une demande présentée par le directeur des enquêtes et recherches sur le fondement des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

- et -

Télé-Direct (Publications) Inc.
Télé-Direct (Services) Inc.

Défenderesses

- et -

La Compagnie de Téléphone Anglo-Canadienne
NDAP-TMP Worldwide Ltd. et
Directory Advertising Consultants Limited
Thunder Bay Telephone

Intervenantes



MOTIFS ET ORDONNANCE

Dates de l'audience :

les 5-8, 11-14, 27-29 septembre; les 2-3, 5-6, 10-13, 16-20, 23-27, 30 octobre;
les 2-3, 6-10, 14-17, 20-22, 24, 27-30 novembre; les 1^{er}, 4, 6-8 décembre 1995;
les 22-26 janvier; les 12-16, 23, 26-29 février; le 1^{er} mars 1996

Membres :

M. le juge Rothstein (président l'audience)
M. Frank Roseman
Mme Christine Lloyd

Avocats pour le demandeur :

Le directeur des enquêtes et recherches

James W. Leising
John S. Tyhurst
Gene Assad
George D. Hunter

Avocats pour les défenderesses :

**Télé-Direct (Publications) Inc.
Télé-Direct (Services) Inc.**

Warren Grover, c.r.
Glenn F. Leslie
Mark J. Nicholson
Diane M. Rodgers
Andrea E. Redway

Avocats pour les intervenantes :

La Compagnie de Téléphone Anglo-Canadienne

Russell W. Lusk, c.r.
Shawn C.D. Neylan

**NDAP-TMP Worldwide Ltd.
Directory Advertising Consultants Ltd.**

John F. Rook, c.r.
John M. Hovland

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
	<i>Observations préliminaires du juge président l'audience</i>	7
	<i>Résumé des conclusions</i>	9
II.	SITUATION GÉNÉRALE	10
A.	PUBLICITÉ-ANNUAIRE	10
B.	ÉDITEURS	14
C.	FOURNISSEURS DE SERVICES	15
III.	CONTRAINTES DE TEMPS	17
A.	RÉTROACTIVITÉ	18
B.	LOI SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT ET LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF	23
C.	PARAGRAPHE 79(6)	24
IV.	EFFET DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT	25
V.	MARQUES DE COMMERCE	29
VI.	DÉFINITION DU MARCHÉ	35
A.	MARCHÉ DU PRODUIT	36
	1) Caractère substitutif - Critère fondamental	37
VI.	DÉFINITION DU MARCHÉ (suite)	
	2) Décision <i>Southam</i>	39
	a) Preuve directe du caractère substitutif	39
	b) Preuve indirecte du caractère substitutif	41
	3) Interchangeabilité fonctionnelle	45

4)	Autres indices pertinents	57
a)	Caractéristiques physiques et techniques.....	58
i)	Intemporalité/permanence	59
ii)	Exhaustivité	61
iii)	Autres restrictions	63
b)	Opinions, stratégies, comportement et identité des acheteurs	64
i)	Anciens clients de Télé-Direct.....	68
ii)	Non-annonceurs	73
iii)	Clients actuels de Télé-Direct.....	75
iv)	Conclusion	87
c)	Opinions, stratégies et comportement de la profession (concurrence interindustrielle)	89
i)	Opinions et comportement de Télé-Direct.....	91
	· Aspects généraux	91
	· Efforts en matière de formation	93
	· Matériel de promotion des ventes	95
	· Établissement des prix - Politique générale	101
	· Établissement des prix - Rajustement en 1992 des prix pour 1993	109
	· Nouveaux produits	112
ii)	Journaux	112
	· Consultants en matière de publicité dans les journaux	112
	· Journaux communautaires	116
iii)	Conclusion	116
d)	Relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix	117
e)	Coûts de substitution	118

VI. DÉFINITION DU MARCHÉ (suite)

5)	Conclusion au sujet du caractère substitutif	119
-----------	---	------------

B.	MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE	119
-----------	----------------------------------	------------

VII. CONTRÔLE : PUISSANCE COMMERCIALE

A.	MANIÈRE INDIRECTE : STRUCTURE DU MARCHÉ	121
-----------	--	------------

1)	Part de marché	121
2)	Entraves à l'accès	124
a)	Entrées et sorties observées	125
i)	Annuaire de créneau ou à petite aire de distribution	126
ii)	Annuaire indépendants à grande aire de distribution	129
b)	Coûts irrécupérables	131
c)	Avantages de l'entreprise en place	135
i)	Renseignements sur les abonnés	135
ii)	Réputation/affiliation à une compagnie de téléphone	137
iii)	Marque de commerce « Pages Jaunes »	141
iv)	Comportement stratégique	142
3)	Conclusion	143
B.	MANIÈRE DIRECTE : AUTRES PREUVES DE PUISSANCE COMMERCIALE	143
1)	Bénéfices	144
2)	Clients insatisfaits	153
3)	Autres facteurs : les politiques d'établissement des prix	153
a)	Discrimination par les prix	154
b)	Harmonisation du tirage	159
4)	Conclusion	161
VIII.	VENTES LIÉES	161
A.	INTRODUCTION	161
B.	FAITS	164
1)	Personnel de vente de Télé-Direct	164
a)	Rémunération	166
b)	Évaluation du rendement	168
c)	Attribution des comptes suivis	169

2)	Règles de Télé-Direct en matière de commission	171
C.	THÈSES SUBSIDIAIRES	173
D.	PRODUITS DISTINCTS	182
1)	Méthode d'analyse - Produits distincts ou produit unique	182
2)	Autres décisions jurisprudentielles	187
a)	Produit unique	188
b)	Relation entre les agents, les annonceurs et Télé-Direct	198
c)	Avantages économiques supplémentaires	203
d)	Facturation distincte/paiement distinct	208
3)	Demande des annonceurs	211
4)	Arguments des défenderesses concernant l'« efficacité »	224
a)	Impossibilité de reporter l'exercice de la puissance commerciale : proportions fixes	225
b)	Recours généralisé des éditeurs à leur propre personnel de vente	228
c)	Vues des agences	233
d)	Justification du groupage pratiqué par Télé-Direct	234
5)	Études de la rentabilité relative du recours à des agences ou au personnel de vente	243
a)	Étude Raheja (1974)	246
b)	Étude de rentabilité de 1985 : ventes nationales	247
c)	Étude de rentabilité de 1995	249
i)	Caractère non approprié de la période visée par l'étude	250
ii)	Lacunes méthodologiques	253
iii)	Exemples précis de difficultés résultant de la différence entre les produits	258
d)	Conclusion	261
6)	Conclusion sur l'existence de produits distincts	261
	<i>Notes complémentaires sur les ventes liées</i>	268

E.	CONDITION OPÉRANT LES VENTES LIÉES	271
F.	RÉDUCTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE	276
G.	MESURE DE REDRESSEMENT	278
IX.	ABUS DE POSITION DOMINANTE	282
A.	INTRODUCTION	282
B.	FAÇON D’ABORDER L’ANALYSE FONDÉE SUR L’ARTICLE 79	284
C.	MARCHÉ DE L’ESPACE PUBLICITAIRE - PUBLICATION	287
1)	Faits	287
2)	Contrôle d’une catégorie ou espèce d’entreprises	296
3)	Pratique d’agissements anticoncurrentiels	297
a)	Allégations - Actes de procédure	297
i)	Améliorations	299
ii)	Dépenses de publicité et de promotion	301
iii)	Poursuites et menaces de poursuites	301
b)	Agissements anticoncurrentiels reprochés	302
i)	Inciter les agences à refuser de placer des annonces auprès d’indépendants	302
ii)	Ciblage/augmentation des coûts des rivaux	306
	· Réaction de Télé-Direct	306
	· Poursuites ou menaces de poursuites	326
	· Service audiotex à Sault-Sainte-Marie	329
D.	MARCHÉ DES SERVICES PUBLICITAIRES	337
1)	Catégorie ou espèce d’entreprises au Canada (marché pertinent) : agents	337
2)	Contrôle du marché existant des comptes donnant droit à une commission	341
3)	Analyse du marché actuel des comptes donnant droit à une commission	342
4)	Publicité collective	348

5)	Conclusion	349
E.	CONSULTANTS	350
1)	Introduction	350
2)	Allégations - Actes de procédure	352
3)	Concurrence entre les consultants et Télé-Direct	354
4)	Faits	356
a)	Consultants et méthode de fonctionnement	356
b)	Réaction de Télé-Direct - Généralités	358
c)	Lignes directrices de Télé-Direct concernant les consultants	360
i)	Lignes directrices de 1986 et application	361
ii)	Politique de 1990 et application	362
iii)	Politique de 1992 et application	366
d)	Incidents précis	369
IX.	L'ABUS DE POSITION DOMINANTE (suite)	
5)	Agissements anticoncurrentiels	375
a)	Refus de traiter directement avec les consultants	376
b)	Agissements discriminatoires	384
c)	Normes	389
i)	Opinion de la majorité (le juge Rothstein et C. Lloyd)	389
ii)	Opinion de la minorité (F. Roseman)	392
6)	Diminution sensible de la concurrence	394
7)	Mesures de redressement	396
	<i>Observations de C. Lloyd et de F. Roseman</i>	400
X.	ORDONNANCE	400

LISTE DES ACRONYMES

ACA	agent commercial autorisé
ACR	augmentation des coûts des rivaux
ATI	annonceurs très importants
CANYPS	Pages Jaunes canadiennes
CPM	unité de mesure du coût par millier
CRTC	Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
CSC	coût du service à la clientèle
DAC	Directory Advertising Consultants Limited
DSP	Dial Source Plus, Inc.
EGV	équipe générale de vente
ERG	évaluation du rendement global
GCN	gestionnaire de comptes nationaux
IPC	indice des prix à la consommation
NDAP	NDAP-TMP Worldwide Ltd.
NYPSA	National Yellow Pages Service Association
PJP	Pages Jaunes parlantes
RCA	représentant commercial agréé
RCN	représentant de comptes nationaux
RVA	Réseau à valeur ajoutée
SAP	sollicitation d'annonceurs potentiels
YPPA	Yellow Pages Publishers Association

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS ET ORDONNANCE

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

Télé-Direct (Publications) Inc.

Télé-Direct (Services) Inc.

I. INTRODUCTION

On peut dire, de façon générale, que la présente demande porte sur deux aspects de la publicité-annuaire, plus communément appelée la publicité dans les « Pages Jaunes ». Le premier aspect concerne la fourniture d'espace publicitaire dans un annuaire, soit l'entreprise de publication; il englobe des activités comme la compilation, l'impression et la distribution. Le second aspect consiste en la fourniture des services publicitaires nécessaires à la réalisation d'une annonce devant paraître dans un annuaire; il comporte des activités comme le repérage de clients, la vente d'espace publicitaire ainsi que la fourniture de conseils et de renseignements aux clients concernant la conception graphique, le contenu, la création et le placement de la publicité-annuaire.

Le demandeur en l'espèce est le directeur des enquêtes et recherches (le « directeur »), auquel incombe l'application de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »)¹ La demande vise les défenderesses Télé-Direct (Publications) Inc. et Télé-Direct (Services) Inc., sur le fondement des articles 77 et 79 de la Loi, soit les dispositions relatives aux ventes liées et à l'abus de position dominante, ainsi que ces infractions sont communément appelées :

77. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

[...]

« ventes liées »

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :

(i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,

(ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que [...] les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché;

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur le marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché;

c) soit sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais [...] les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

¹ L.R.C. 1985, c. C-34.

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

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
 - b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;
 - c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,
- le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

Relativement à l'article 77, le directeur soutient que les défenderesses se sont livrées à une pratique par laquelle elles ont exigé des clients souhaitant obtenir de l'espace publicitaire dans des annuaires téléphoniques, comme condition de la fourniture dudit espace, qu'ils se procurent d'autres services auprès d'elles, c'est-à-dire des services de publicité-annuaire, ou les ont incité à le faire. Les défenderesses étant, selon les allégations, d'importants fournisseurs d'espace publicitaire, cette pratique de ventes liées aurait fait obstacle à l'entrée ou au développement d'autres entreprises sur le marché, car si les défenderesses n'avaient pas agi ainsi, des agences de publicité et d'autres entreprises auraient offert des services ou auraient pris de l'expansion pour élargir leur offre de services. Selon les allégations, cette pratique a eu ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

Relativement à l'allégation d'abus de position dominante, le directeur soutient que les défenderesses contrôlent sensiblement ou complètement les catégories ou espèces d'entreprises qu'elles exploitent, c'est-à-dire la fourniture d'espace publicitaire et la fourniture de services publicitaires. Selon les allégations, les défenderesses se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels sur le marché de l'espace publicitaire et sur celui des services publicitaires. À l'égard du premier marché, les pratiques dénoncées concernent les agissements

des défenderesses lors de l'entrée d'éditeurs concurrents d'annuaires téléphoniques sur certains de leurs marchés. Pour le second, il s'agit d'agissements à l'encontre de fournisseurs indépendants de services couvrant un vaste éventail et comprenant le refus de faire directement affaire avec des fournisseurs de services représentant des annonceurs, la fourniture d'espace à des fournisseurs indépendants de services à des conditions moins favorables qu'au personnel de vente des défenderesses, la compression de la marge bénéficiaire accessible aux fournisseurs indépendants de services par la restriction des possibilités d'obtenir des commissions et le refus d'octroyer aux fournisseurs de services concurrents des licences d'utilisation des marques de commerce Pages Jaunes. Il est allégué que ces pratiques ont, ont eu ou auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché de la fourniture d'espace publicitaire et dans celui de la fourniture de services de publicité-annuaire.

La défenderesse Télé-Direct (Publications) Inc., qui appartient à Bell Canada et à BCE Inc., est une société bipartite formée d'une division « annuaire » et d'une division « autres entreprises ». La division « annuaire » regroupe toutes les opérations de publication d'annuaires de Bell Canada dans son territoire, lequel couvre presque tout le Québec et l'Ontario. La division « autres entreprises » est constituée de diverses sociétés appartenant en totalité ou en partie à BCE Inc., et notamment de Télé-Direct (Services) Inc.² Cette dernière publie des annuaires téléphoniques sous contrat pour le compte de compagnies de téléphone indépendantes de Bell Canada disposant d'un territoire distinct en Ontario³, pour le compte de Télébec (appartenant à

²

Les autres sociétés sont les entités restantes de Bell Canada, Télébec, Maritime Tel & Tel, etc.

³ _ Par ex., la municipalité de Thunder Bay, Amtelecom Inc. (Aylmer, Straffordville et Port Burwell), la municipalité de Kenora.

BCE Inc.) dans certaines régions du Québec et pour le compte d'autres compagnies de téléphone hors de l'Ontario et du Québec. Elle comporte également un volet international et comprend Télé-Direct (Média) Inc., une agence de publicité accréditée spécialisée dans les Pages Jaunes, créée par Télé-Direct en 1994. Il y a chevauchement entre Télé-Direct (Services) Inc. et Télé-Direct (Publications) Inc. au niveau de la direction, mais Télé-Direct (Services) Inc. assure son fonctionnement grâce à son propre personnel. Dans les présents motifs, les deux défenderesses sont collectivement mentionnées sous l'appellation « Télé-Direct » ou les défenderesses, sauf si le contexte requiert qu'elles soient identifiées de façon distincte.

Les défenderesses nient chacune des allégations énoncées dans la demande du directeur. Plus particulièrement, elles soutiennent comme argument principal à l'encontre de l'allégation de ventes liées, que les services de publicité et l'espace publicitaire forment un tout indivisible pour des raisons d'efficience et d'accroissement des revenus. Contre les allégations d'abus de position dominante, elles affirment qu'elles ne contrôlent pas sensiblement ou complètement le marché allégué et qu'elles n'y exercent pas de puissance commerciale car il existe de nombreux substituts à la publicité-annuaire, savoir d'autres médias publicitaires locaux. Relativement aux agissements anticoncurrentiels précis qui leur sont reprochés, elles soutiennent que les allégations sont dirigées vers trois groupes particuliers opérant sur des marchés distincts : les autres éditeurs d'annuaires, les agents accrédités de Télé-Direct et les fournisseurs de services non accrédités et que, exception faite des éditeurs, elles ne sont pas en concurrence avec ces groupes.

Le Tribunal a été saisi de cinq demandes d'autorisation d'intervenir, lesquelles ont toutes été accordées. Deux interventions n'ont pas été poursuivies.

NDAP-TMP Worldwide Ltd. (« NDAP ») et Directory Advertising Consultants Limited (« DAC ») sont des agences de publicité accréditées dans les Pages Jaunes; elles desservent les clients désirant annoncer dans des annuaires téléphoniques, et plus particulièrement dans les annuaires publiés par les compagnies de téléphone ou pour leur compte, à travers le Canada. Elles voient à la préparation et au placement des annonces pour leurs clients. Elles ont soumis une argumentation finale sur les questions ayant trait au rôle des agences sur le marché.

La Compagnie de Téléphone Anglo-Canadienne (« Anglo-Canadienne »), par l'entremise de l'une de ses divisions, publie des Pages Jaunes en Colombie-Britannique pour BC Tel et dans certaines régions du Québec pour Québec Tél. Elle octroie des licences à l'égard des marques de commerce Pages Jaunes des défenderesses. Son argumentation finale n'a porté que sur les questions ayant trait à la possibilité de rendre obligatoire l'octroi de licences d'utilisation des marques de commerce Pages Jaunes, une mesure demandée par le directeur relativement à l'allégation d'abus de position dominante.

InfoText Limited (« InfoText »), filiale de Newfoundland Tel, et Thunder Bay Telephone fournissent à Télé-Direct des listes contenant des renseignements sur les abonnés, en vue de la publication d'annuaires pour Terre-Neuve et le Labrador et pour la ville de Thunder Bay respectivement. InfoText a par la suite mis fin à son intervention. InfoText et Thunder Bay

Telephone ont demandé la qualité d'intervenante dans le seul but de faire figurer leur demande d'autorisation d'intervenir au dossier, ce que le Tribunal a autorisé.

White Directory of Canada, Inc. (« White ») publie des annuaires à St. Catharines, Niagara Falls et Fort-Érié, mais n'est pas une compagnie de téléphone. Elle a mis fin à son intervention avant le commencement de l'audience.

Observations préliminaires du juge présidant l'audience

L'avis de demande en l'espèce a été déposé le 22 décembre 1994; l'audience a commencé au mois de septembre 1995 et s'est terminée au début du mois de mars 1996. Un délai de 11 mois s'est donc écoulé avant que la décision soit rendue. Comme le Tribunal a pour habitude de se prononcer avec plus de célérité, des explications s'imposent.

Il ne fait aucun doute que la présente espèce est la plus complexe que le Tribunal ait eu à examiner depuis sa création. Non seulement comportait-elle une question de définition de marché vigoureusement contestée, mais il s'agissait, en fait, de cinq affaires qui exigeaient chacune l'examen de questions importantes liées à la concurrence (ventes liées, abus de position dominante relativement aux agents, consultants et éditeurs, marques de commerce) et qui soulevaient chacune une multitude de sous-questions. Un grand nombre des allégations du directeur présentaient plusieurs aspects, et à chacune d'elles les défenderesses ont opposé quantité de moyens de défense.

Le dossier de l'affaire en illustre éloquemment la complexité. Il compte presque 15 000 pages de transcription couvrant plus de 70 jours et visant 58 témoins dont cinq témoins experts. Le cahier conjoint de preuves documentaires à lui seul comporte 36 volumes de documents, et les parties ont encore déposé en preuve 156 autres pièces ne figurant pas au cahier conjoint. L'argumentation écrite couvre 600 pages et la présentation de l'argumentation orale a nécessité 11 jours.

À beaucoup d'égards, la démarche suivie par le directeur et par les défenderesses a fait qu'il n'y a pas eu réunion des questions. L'avocat du directeur a comparé les positions respectives des parties à « des navires passant dans la nuit ». Il en a résulté que le Tribunal a souvent dû circonscrire et définir les questions avant de les régler.

De fait, il a été très difficile de déterminer le cadre conceptuel à appliquer aux diverses questions. La demande renfermait des allégations nouvelles d'agissements anticoncurrentiels (par exemple, le « ciblage » des éditeurs entrant sur le marché) et établissait des liens entre diverses questions, comme le lien entre les prétendus agissements anticoncurrentiels visant les agents relativement aux allégations d'abus de position dominante et de ventes liées, qui ont demandé beaucoup de réflexion.

Finalement, se posait la déconcertante question des ventes liées. C'est la première affaire où ce type d'agissements anticoncurrentiels constitue l'allégation de fond ou « principale »⁴. C'est une question particulièrement complexe lorsqu'elle se rapporte à des services; les avocats, économistes et juristes oeuvrant en matière de concurrence ont beaucoup débattu de la difficulté, dans ce contexte, de corriger de prétendus agissements anticoncurrentiels sans nuire à l'efficience; le Tribunal s'est heurté de front à cette question.

Résumé des conclusions

1. La publicité-annuaire constitue un média publicitaire distinct pour lequel il n'existe pas de proches substituts; c'est donc le marché pertinent du produit. Les marchés géographiques sont locaux; ils correspondent en gros à l'aire de distribution de chaque annuaire de Télé-Direct. Sur tous les marchés locaux pertinents, Télé-Direct détient une part prépondérante du marché du produit.
2. Télé-Direct exerce un contrôle ou une puissance commerciale puisque l'élément qui permettrait de repousser la présomption de puissance commerciale découlant de l'importance de la part de marché qu'elle détient, savoir, la facilité d'entrer sur le marché, n'existe pas. Les indicateurs directs de puissance commerciale, tels les bénéfices et les méthodes d'établissement des prix, renforcent cette conclusion.

⁴ _ Elle constituait un élément secondaire dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. The NutraSweet Company* (4 octobre 1990), CT8902/176, Motifs et ordonnance, [1990] D.T.C.C n° 17 (QL) (Trib. conc.). Version anglaise publiée dans (1990), 32 C.P.R. (3^e) 1.

3. Relativement à l'allégation de ventes liées, l'espace offert dans les annuaires téléphoniques et les services de publicité-annuaire ne constituent deux produits qu'à l'égard des annonceurs nationaux et régionaux, et Télé-Direct a lié la fourniture d'espace publicitaire à l'acquisition de services de publicité pour ces clients. Le Tribunal a interdit cette pratique.

4. L'allégation selon laquelle Télé-Direct s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels visant les éditeurs d'annuaires téléphoniques qui entraînent sur le marché, particulièrement dans les régions de Sault-Sainte-Marie et Niagara, est rejetée.

5. L'allégation voulant que Télé-Direct se soit livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels visant les agents qui a eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence est rejetée.

6. Est accueillie l'allégation selon laquelle Télé-Direct s'est livré à une pratique d'agissements anticoncurrentiels discriminatoires visant les consultants qui a eu ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Le Tribunal ordonne à Télé-Direct de mettre fin à cette pratique. Les autres allégations concernant les consultants sont rejetées.

7. L'allégation voulant que le refus de Télé-Direct d'octroyer à certains concurrents des licences permettant l'utilisation de ses marques de commerce soit une pratique d'agissements anticoncurrentiels est rejetée en vertu du paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, lequel

rend licite un tel comportement, à titre d'exercice légitime de droits conférés par la *Loi sur les marques de commerce*.

II. SITUATION GÉNÉRALE

A. PUBLICITÉ-ANNUAIRE

Les pages blanches des annuaires téléphoniques renferment une liste exhaustive des abonnés au service de téléphone dans une région donnée. Chaque inscription comporte un nom, une adresse et un numéro de téléphone. L'annuaire organisé par catégories, habituellement imprimé sur du papier jaune (d'où vient l'expression « Pages Jaunes »)⁵, contient la liste des abonnés commerciaux et de la publicité, présentées sous des rubriques ou catégories descriptives. Les utilisateurs de ces annuaires ont souvent à consulter de nombreuses rubriques afin de trouver un certain type d'entreprise.

Les Pages Jaunes de Télé-Direct couvrent généralement la même région géographique que l'annuaire de pages blanches correspondant. Certains annuaires de pages blanches couvrent toutefois une région beaucoup plus vaste; dans ce cas, plusieurs annuaires Pages Jaunes peuvent correspondre à un seul annuaire de pages blanches. Télé-Direct publie également des annuaires

⁵ Les expressions « Pages Jaunes » et « Yellow Pages » sont des marques de commerce déposées des défenderesses au Canada, bien qu'elles soient considérées comme génériques ou descriptives aux États-Unis. Télé-Direct accorde des licences relativement à ces marques de commerce aux autres compagnies de téléphone publiant des annuaires, mais non aux éditeurs d'annuaires qui ne sont pas des compagnies de téléphone.

Pages Jaunes à aire de distribution beaucoup plus réduite, qui desservent des « quartiers » déterminés de Montréal et Toronto.

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC ») oblige les compagnies de téléphone à distribuer gratuitement aux abonnés les annuaires à jour correspondant aux districts qu'elles desservent, les pages blanches comme les Pages Jaunes. Télé-Direct paie les diverses compagnies de téléphone pour obtenir des renseignements sur les abonnés et pour avoir le droit de publier et de distribuer les annuaires aux abonnés. Ses bénéfices proviennent des revenus nets tirés de la publicité. La fréquence de publication des annuaires de Télé-Direct est annuelle.

Chaque abonné commercial a droit à une inscription gratuite en caractères maigres sous la rubrique de son choix de son annuaire Pages Jaunes. Toute caractéristique supplémentaire, par exemple des caractères gras, des lignes additionnelles ou l'inscription sous une deuxième rubrique ou dans un autre annuaire, doit être achetée. Les annonces doivent, bien sûr, être achetées aussi. Pour les besoins de Télé-Direct, un « annonceur » est un abonné qui a acquitté des frais relativement à une inscription dans les pages blanches (inscription mise en évidence) ou dans les Pages Jaunes. Les revenus découlant de la publicité dans les Pages Jaunes excèdent de beaucoup ceux qui sont tirés de la « publicité » faite dans les pages blanches⁶.

⁶ Approximativement 10 p.100 des revenus que Télé-Direct (Publications) Inc. avait tirés des annuaires en 1994 provenaient de la publicité dans les pages blanches.

Environ la moitié des abonnés commerciaux sont des « annonceurs ». Les autres sont appelés « non-annonceurs ». Le pourcentage d'annonceurs est moins important dans les grands centres comme Montréal et Toronto et plus important dans les petits centres. Exception faite des clients des annuaires de quartiers et des clients d'agences⁷, les annonceurs des annuaires de Télé-Direct (Publications) Inc. avaient dépensé en moyenne 1 700 \$ de publicité-annuaire en 1994; les annonceurs ayant dépensé ce montant ou un montant inférieur représentaient environ 30 p.100 des revenus mais plus de 80 p. 100 des annonceurs. Par ailleurs, environ deux pour cent des annonceurs seulement dépensent plus de 10 000 \$ annuellement, mais comptent pour 30 p. 100 des revenus également; quelques très gros annonceurs dépensant en moyenne 113 000 \$ génèrent 6,5 p. 100 des revenus mais ne représentent que 0,1 p. 100 des annonceurs.

Les annuaires Pages Jaunes de Télé-Direct peuvent offrir différents types de publicité. Outre les améliorations de base pouvant être apportées à l'inscription gratuite (par exemple une deuxième rubrique, des caractères gras), une entreprise peut acheter de la publicité en encadré ou par grande annonce. Les pages des annuaires de Télé-Direct se divisent généralement en quatre colonnes; une annonce en encadré loge dans une colonne, les variations se produisant dans la hauteur qu'elle prend. Les annonces en encadré se présentent par ordre alphabétique et s'intercalent dans les inscriptions ordinaires.

Il existe une variété de publicité en encadré appelée la publicité d'articles professionnels, laquelle comprend la publicité de nom commercial, la publicité de marque de commerce et la

⁷ Les très petits et très gros comptes.

publicité associée à la marque de commerce (souvent appelées collectivement « publicité de marque de commerce »). Pour pouvoir faire paraître ce genre d'annonces, les entreprises inscrites doivent être autorisées à utiliser le nom commercial ou la marque de commerce dans leur publicité-annuaire. Le nom ou la marque font office de titre pour l'annonce et sont suivis de l'inscription d'une ou de plusieurs entreprises particulières.

La taille des grandes annonces va du quart de colonne (1/16 de page) à une page complète. Ces annonces sont placées en gros selon l'ordre alphabétique, dans la mesure permise par l'espace disponible. Certaines options sont offertes tant pour les grandes annonces que pour la publicité en encadré : différents types de bordure, la couleur rouge ou d'autres couleurs, la « surimpression en blanc » (le fond blanc au lieu de jaune), sans compter les techniques de conception et de disposition, les types et tailles de caractères et les matériaux graphiques.

B. ÉDITEURS

Les revenus annuels tirés de la publication d'annuaires téléphoniques au Canada sont de l'ordre de 900 millions à un milliard de dollars. Ils sont principalement générés par les annuaires affiliés à des compagnies de téléphone. Mis à part les annuaires de Télé-Direct et les autres annuaires publiés par les compagnies de téléphone ou pour leur compte, plus de 250 annuaires « indépendants » sont publiés dans le territoire de Télé-Direct. Ils sont dits indépendants au sens où ils n'ont aucun lien avec un fournisseur de services téléphoniques. Ils se présentent sous

beaucoup de formats (taille, sujet, couleur), mais peuvent généralement être classés dans deux catégories : les annuaires « de créneau » et les annuaires « à grande aire de distribution ».

Les annuaires de créneau couvrent des régions géographiques considérablement plus restreintes que les régions couvertes par les annuaires correspondants de compagnies de téléphone. Leur aire de distribution est généralement plus petite et de portée plus resserrée, ce qui permet à un détaillant local d'annoncer dans une région moins étendue à un coût moins élevé. Les annuaires de créneau sont souvent destinés à des groupes religieux, ethniques ou démographiques particuliers.

Deux éditeurs indépendants d'annuaires à grande aire de distribution publient actuellement des annuaires dans certaines parties du territoire de Télé-Direct. White, qui pendant une courte période a eu statut d'intervenante en l'espèce, publie des annuaires dans la région de Niagara depuis 1993. Dial Source Plus, Inc. (« DSP ») publie un annuaire dans la région de Sault-Sainte-Marie, elle aussi depuis 1993.

C. FOURNISSEURS DE SERVICES

Trois groupes de fournisseurs offrent des services de publicité-annuaire, dont la vente d'espace dans les annuaires de Télé-Direct : le personnel de vente de Télé-Direct, les agences de publicité et les consultants. En temps opportun, des renseignements plus détaillés seront donnés

sur chacun de ces groupes et sur leurs méthodes de fonctionnement tout au long des présents motifs. Pour le moment, les divers participants peuvent être décrits ainsi.

Le personnel de vente de Télé-Direct se compose principalement de représentants commerciaux syndiqués, dont la rémunération conjugue salaire, commission et autres primes. Des agences de publicité extérieures offrent également des services analogues à ceux du personnel de vente de Télé-Direct. Parmi ces agences, on compte les agences de publicité générale -- lesquelles, pour autant qu'elles s'occupent de publicité dans les Pages Jaunes, disposent habituellement d'un service pour faire ce travail -- les agences de publicité se spécialisant dans les Pages Jaunes et les agences-maison.

Les agences ne sont pas payées directement par l'annonceur, mais elles reçoivent plutôt une commission versée par l'éditeur sous forme de pourcentage de la valeur de la publicité achetée. Les agences, donc, touchent une commission, mais les employés qui fournissent les services aux clients de l'agence sont rémunérés à salaire. Les comptes que peuvent desservir les agences sont limités du fait que Télé-Direct ne verse de commissions qu'à l'égard de ceux qui satisfont à certains critères. Télé-Direct a modifié avec les années sa définition des comptes donnant droit à une commission; cette question sera examinée plus en détail plus loin. Personne ne conteste que moins de comptes satisfont aux critères actuels que ce n'était le cas avec les définitions antérieures. Les critères actuels ont été adoptés en 1993 et sont quelquefois désignés

sous l'appellation de définition d'un compte « national »⁸. Pour recevoir la commission de 25 p. 100 payable à l'égard de ces comptes, l'agence qui place la publicité doit être accréditée comme représentant commercial agréé ou « RCA », conformément aux normes établies par la Yellow Pages Publishers Association (« YPPA »).

Les consultants en Pages Jaunes aussi fournissent des services. Ils créent des annonces et conseillent les annonceurs sur l'endroit où les placer et sur l'importance qu'ils devraient accorder à la publicité dans les Pages Jaunes. De façon générale, ils permettent aux annonceurs de réaliser des économies en leur faisant acheter des annonces plus petites ou moins colorées, en limitant la portée géographique ou en repensant le graphisme. Ils ne jouissent d'aucune reconnaissance de la part de Télé-Direct, qui les désignent sous le nom moins flatteur d'« agents au rabais ». Les consultants ne perçoivent pas de commissions. Ils sont généralement payés par les annonceurs sur les économies que ceux-ci réalisent à l'égard de leur budget de publicité grâce à leurs conseils.

III. CONTRAINTES DE TEMPS

Les défenderesses soutiennent que trois contraintes de temps empêchent le directeur d'avancer des allégations d'agissements anticoncurrentiels sous le régime de l'article 79. Elles font valoir, premièrement, que la *Loi sur la concurrence* n'est pas rétroactive, deuxièmement,

⁸ _ De façon très générale, il faut, pour qu'un compte donne droit à une commission selon ces critères, qu'il porte sur de la publicité paraissant dans au moins 20 annuaires Pages Jaunes dans le territoire de Télé-Direct et qu'au moins 20 p.100 de la valeur totale de la publicité soit placée dans des annuaires d'un autre éditeur, hors de ce territoire.

que les allégations du directeur sont prescrites en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*⁹ et, troisièmement, que le paragraphe 79(6) vient encore limiter ces allégations. Ces arguments seront examinés tour à tour.

Les allégations visées par ces arguments se rapportent à la modalité de « facturation à la parution » imposée par Télé-Direct aux RCA (le paiement est exigé à la parution d'un annuaire par opposition aux versements mensuels qu'effectuent les annonceurs passant par le personnel de vente de Télé-Direct) et aux restrictions qu'elle apporte aux critères en matière de commission appliqués aux RCA. Dans la demande, ces allégations sont ainsi libellées :

[TRADUCTION]

... le demandeur soutient que les défenderesses se sont livrées aux agissements anticoncurrentiels suivants :

[...]

c) elles fournissent de l'espace publicitaire aux agences de publicité indépendantes selon des modalités et conditions moins favorables qu'à leur propre personnel de vente, notamment :

[...]

(ii) elles exigent des agences indépendantes qu'elles acquittent le montant total de la parution pendant un an d'une annonce dans un annuaire donné, alors que les clients qui placent leur annonce par l'intermédiaire de leur personnel de vente peuvent acquitter ce montant par versements mensuels sans payer d'intérêts;

[...]

d) elles compressent la marge bénéficiaire réalisable par les agences de publicité indépendantes au moyen des agissements suivants, notamment :

[...]

(iv) elles réduisent de plus en plus, avec le temps, les possibilités pour les agences de toucher une commission.

⁹ L.R.C. 1985, c. C-50.

A. RÉTROACTIVITÉ

Les parties ne paraissent pas différer d'opinion quant aux grands principes juridiques concernant la rétroactivité. La règle générale veut que les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive, à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation¹⁰. Côté, l'un des auteurs cités par les défenderesses, soutient qu'il y a effet rétroactif lorsqu'une loi est appliquée « de façon à prescrire le régime juridique de faits entièrement accomplis avant son entrée en vigueur ». Il affirme aussi qu'une loi appliquée à des faits en cours ayant commencé avant son entrée en vigueur *n'a pas* de portée rétroactive¹¹. L'ouvrage de Driedger, également mentionné par les défenderesses, définit ainsi les « faits en cours » ou « continus » :

[TRADUCTION]

... un ou plusieurs faits qui se poursuivent pendant un certain temps, comme la propriété, l'emprisonnement ou la résidence. Toute situation, tout statut ou toute relation pouvant se poursuivre dans le temps peut être un fait continu...¹²

Le litige entre les parties se manifeste au sujet de la question de savoir si les allégations du directeur visant la facturation à la parution et les critères en matière de commission supposent l'application rétroactive de la *Loi sur la concurrence*.

¹⁰ _ *Gustavson Drilling (1964) Limited c. M.R.N.* (1975), [1977] 1 R.C.S. 271 à la p. 279.

¹¹ _ P. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Québec, Yvon Blais, 1990 aux pp. 130, 136.

¹² _ *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., R. Sullivan, Toronto, Butterworths, 1994 aux pp. 514-15.

Les défenderesses font valoir que la notion d'« agissements anticoncurrentiels » n'ayant pris naissance qu'en 1986, au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence*, les agissements antérieurs à 1986 ne peuvent être qualifiés d'anticoncurrentiels pour les fins de l'article 79. Elles plaident également que, de par son libellé même, l'article 79 ne peut s'appliquer qu'à des agissements ou événements isolés dont il doit exister de multiples occurrences pour donner lieu à une « pratique ».

Relativement au droit à une commission, les défenderesses soutiennent que l'argument du directeur est qu'elles en ont « restreint » la définition au moyen d'agissements isolés survenus en 1975 et en 1993. La « restriction » établie en 1975 ne peut être anticoncurrentielle, et celle de 1993, prise isolément, n'est qu'un agissement et ne peut donc constituer une « pratique ». Elles affirment de la même façon que leur « décision » d'imposer la facturation à la parution, un autre agissement de beaucoup antérieur à 1986, ne peut être anticoncurrentiel, contrairement à ce que prétend le directeur. Le fait que ces décisions ont donné suite à des politiques qualifiées de restrictives appliquées de façon continue depuis leur adoption n'est pas pertinent, selon elles, parce qu'il n'y a pas eu de « nouvel agissement » qui « impose la facturation à la parution » ou qui « restreint la définition », exception faite de la restriction de 1993.

Le directeur affirme que les défenderesses ont dénaturé les actes de procédure. Il soutient que les allégations d'agissements anticoncurrentiels portent essentiellement sur la situation actuelle, la limitation quotidienne du marché des comptes donnant droit à une commission et l'exigence continue de la facturation à la parution, et non sur les décisions à l'origine de

l'application de ces politiques. Les événements antérieurs à 1986, selon le directeur, expliquent l'origine et l'évolution de la situation et les buts poursuivis; il n'y a donc pas rétroactivité.

Le Tribunal est d'avis que l'article 79 ne vise pas que des agissements ou événements isolés par opposition aux conduites ou situations continues. Dans la décision *NutraSweet*¹³, il a analysé la signification du mot « pratique » employé au paragraphe 79(1), et il a jugé qu'on peut conclure à l'existence d'une pratique lorsqu'il y a plus qu'un « agissement isolé ou une série d'agissements ». Il a signalé également que, dans les exemples énumérés à l'article 78, on retrouvait des conduites se poursuivant dans le temps et des actes distincts :

... Les agissements anti-concurrentiels mentionnés à l'article 78 sont très variés. Certains supposent presque certainement une conduite qui se poursuit pendant un certain temps, comme la péréquation du fret à l'alinéa c), tandis que d'autres, comme l'établissement de normes pour des produits prévu à l'alinéa g), portent sur des actes isolés. L'interprétation de « pratique » doit être assez large pour permettre d'y inclure toute une gamme d'agissements anticoncurrentiels. Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'il peut y avoir pratique lorsqu'il y a plus qu'un « agissement isolé ou une série d'agissements ». Pour les mêmes raisons, le Tribunal croit également que différents agissements anti-concurrentiels pris ensemble peuvent constituer une pratique¹⁴.

Le Tribunal est convaincu que la pratique visée au paragraphe 79(1) doit comporter plus qu'un ou des actes isolés, mais elle peut englober un certain nombre d'agissements anticoncurrentiels particuliers, pris ensemble, ou un comportement anticoncurrentiel se poursuivant dans le temps.

¹³ *Supra* note 4.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 67.

De toute évidence, la contravention au paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence* dont le directeur fait état dans ses actes de procédure découle d'une pratique courante d'agissements anticoncurrentiels. Le fait que l'acte ou les agissements à l'origine de cette pratique remontent à une date antérieure à 1986 ne confère pas de caractère rétroactif à la disposition. En l'espèce, le directeur ne prétend pas que les décisions initiales de Télé-Direct d'avoir recours à la facturation à la parution et de restreindre les commissions en 1975 sont en elles-mêmes des agissements anticoncurrentiels isolés. Il se peut que l'obligation faite aux RCA de payer à la parution ait été imposée en 1959, mais elle s'est poursuivie après 1986, et elle existait au moment du dépôt de la demande du directeur. De la même façon, le « resserrement » du marché des comptes donnant droit à commission, qui s'est amorcé à la suite de la modification des règles en matière de commission effectuée en 1975, s'est poursuivi après 1986. Ce n'est pas l'acte isolé opérant le resserrement supplémentaire de 1993 qui est en cause en l'espèce; les allégations de conduite anticoncurrentielle visent plutôt les règles restrictives en matière de commission qui étaient appliquées lorsque le directeur a déposé sa demande et qui, selon ce dernier, sont devenues encore plus restrictives en 1993. Il n'y a donc pas, en l'espèce, d'application rétroactive de la *Loi sur la concurrence*.

Il n'est pas non plus injustifié de tenir compte d'événements survenus avant 1986 pour évaluer pleinement les allégations formulées en vertu de l'article 79. Le Tribunal s'appuie sur la méthode adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Gamble*, où le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, a écrit :

... Pour l'évaluer pleinement, il faut souvent replacer une prétendue violation actuelle de la *Charte* dans le contexte des événements qui lui ont donné

naissance avant la *Charte*. [...] Les normes de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à des événements qui se sont produits avant sa proclamation, mais ce serait folie, à mon avis, de soustraire à l'examen du tribunal des événements cruciaux antérieurs à la *Charte*¹⁵.

Les termes de la demande et le déroulement de l'instance devant le Tribunal font ressortir clairement que c'est la situation actuelle qui est l'objet essentiel des allégations de conduite anticoncurrentielle. Les défenderesses n'ont pas prétendu que les actes de procédure du directeur les avaient induites en erreur au sujet des actions qui leur étaient reprochées ni qu'ils avaient porté préjudice à la préparation ou à la présentation de leur défense. En vérité, le dossier détaillé et fouillé portant non seulement sur la situation actuelle du marché mais également sur le contexte historique les aurait empêché de soumettre un tel argument.

B. *LOI SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT ET LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*

Le deuxième argument des défenderesses relativement aux contraintes de temps repose sur l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, lequel est ainsi conçu :

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

Les défenderesses soutiennent qu'en vertu de cette disposition, l'État (en l'espèce le directeur) ne peut invoquer une cause d'action survenue plus de six ans avant le dépôt de la demande, c'est-à-dire avant le 22 décembre 1988. Il s'ensuit donc que seraient frappées de

¹⁵ [1988] 2 R.C.S. 595 aux pp. 625-26.

prescription toutes les mentions des modifications des critères en matière de commission ou de tout prétendu acte anticoncurrentiel survenu après 1986, année où les articles 78 et 79 ont été édictés, mais avant le 22 décembre 1988 (six ans avant le dépôt de la demande).

Comme les défenderesses n'ont pas insisté sur cette question, il en sera traité de façon sommaire. Premièrement, les défenderesses ne peuvent invoquer la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, comme le soutient le directeur, parce qu'elles ne l'ont pas plaidée dans leur réponse. Il est bien établi en droit qu'un délai de prescription n'éteint pas la cause d'action mais fournit à un défendeur un moyen de défense procédural qui doit être plaidé¹⁶.

Deuxièmement, l'article 32 de cette loi ne s'applique tout simplement pas à la présente espèce. En effet, ses premiers mots énoncent que si la loi régissant la cause d'action (la *Loi sur la concurrence*, dans notre cas) prévoit un délai de prescription, c'est ce délai qui s'applique¹⁷. Ce n'est qu'en l'absence de disposition particulière que les règles de prescription provinciales ou la prescription de six ans prévue à l'article 32 entrent en jeu. Or, le paragraphe 79(6) de la *Loi sur la concurrence* prévoit le délai de prescription applicable aux poursuites intentées en vertu de cet article, et les défenderesses en ont également fait mention.

¹⁶ *Kibale c. Canada* (28 novembre 1990), CA-1221-88 (C.F.A.). Version anglaise publiée dans (1990), 123 N.R. 153. Voir également la règle 409 des Règles de la Cour fédérale.

¹⁷ *Canada c. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1993] 1 C.F. 131 (1^{re} inst.).

C. PARAGRAPHE 79(6)

Le paragraphe 79(6) de la *Loi sur la concurrence* porte que :

Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

Encore une fois, les défenderesses n'ont pas plaidé ce délai de prescription. De plus, bien qu'elles aient fait référence au paragraphe 79(6), elles n'ont déployé aucun effort pour démontrer comment il s'appliquait en l'espèce. Il n'est pas nécessaire d'en dire plus.

IV. EFFET DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT

Les défenderesses soutiennent que la demande du directeur est irrecevable parce qu'elle porte sur des questions sur lesquelles le Tribunal a statué dans une instance antérieure. Le 18 novembre 1994, le Tribunal a rendu une ordonnance sur consentement des parties, à l'issue de la demande présentée par le directeur à l'encontre des éditeurs de Pages Jaunes au Canada¹⁸. Cette ordonnance sera appelée l'« ordonnance par consentement » dans les présents motifs. Les défenderesses en l'espèce étaient au nombre des défenderesses désignées dans cette ordonnance.

Dans la demande ayant donné lieu à l'ordonnance par consentement, le directeur avait soutenu que les défenderesses visées dans cette affaire s'étaient conjointement livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels au sens des articles 78 et 79 de la Loi. Les allégations

¹⁸ *Directeur des enquêtes et recherches c. AGT Directory Limited et les autres*, CT-94/2.

particulières visant ces défenderesses se trouvent au paragraphe 74 de la demande et sont ainsi formulées :

[TRADUCTION]

... le directeur déclare que les défenderesses se sont livrées aux agissements anticoncurrentiels suivants afin de prévenir l'entrée d'un concurrent sur le marché ou d'y faire obstacle ou afin d'éliminer un concurrent du marché. Ces agissements ont constitué une pratique qui a eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché pertinent du produit, savoir la vente de publicité nationale dans les annuaires téléphoniques au Canada. Les défenderesses :

- i) se sont mises d'accord pour que seuls les éditeurs puissent vendre directement de la publicité nationale aux annuaires téléphoniques;
- ii) se sont mutuellement désignées comme sociétés vendeuses exclusives relativement à la vente de publicité nationale dans les annuaires téléphoniques de chacun de leurs territoires respectifs et, par conséquent, n'ont pas livré concurrence à ces sociétés vendeuses exclusives dans ces territoires;
- iii) ont consenti à l'application d'une règle du siège social, empêchant ainsi l'annonceur national de placer les annonces directement auprès de toutes les défenderesses qui les publient ou de faire appel à une entité sans lien avec une quelconque défenderesse pour placer les annonces directement dans chaque annuaire téléphonique des défenderesses.

L'ordonnance énonce des interdictions visant à empêcher les défenderesses qui y ont consenti de se livrer à certains agissements dans le cadre de la vente de publicité nationale dans les Pages Jaunes, notamment :

Pour ce qui concerne la vente de publicité nationale dans les annuaires téléphoniques des Pages Jaunes, il est interdit à chaque défenderesse :

[...]

- f) de s'entendre avec une autre défenderesse sur les critères à appliquer pour déterminer quels comptes de publicité nationale donnent droit à une commission;
- g) de s'entendre avec une autre défenderesse sur le taux de commission payable, sauf pendant une période de transition qui prendra fin le 30 juin 1995 et au cours de laquelle une commission minimale de 25 % sera offerte aux sociétés

vendeuses pour la publicité nationale qui satisfait aux critères en matière de commission établis par chaque défenderesse...¹⁹

Les parties semblent s'entendre sur les règles de droit applicables en matière d'*issue estoppel*, et selon lesquelles est irrecevable l'action intentée contre une partie à l'égard d'une question sur laquelle il a déjà été statué dans une instance antérieure. Trois conditions doivent être réunies pour qu'une nouvelle action soit ainsi déclarée irrecevable : d'abord, il doit y avoir eu une instance antérieure dans laquelle un tribunal s'est prononcé sur la même question, ensuite, le jugement du tribunal doit avoir été définitif et, enfin, les parties à chaque instance doivent être les mêmes²⁰. La théorie de l'*issue estoppel* s'applique de la même façon, que l'ordonnance ait été rendue par consentement ou non²¹.

La Cour suprême du Canada a jugé que la décision invoquée par une partie plaidant l'*issue estoppel* doit porter directement et nécessairement sur la question soulevée une deuxième fois :

... Il ne suffira pas que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement [...] La question qui est censée donner lieu à la fin de non-recevoir doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » dans l'affaire antérieure²². [Renvois omis.]

¹⁹ *Directeur des enquêtes et recherches c. AGT Directory Limited* (18 novembre 1994), CT9402/19, Ordonnance par consentement au para. 3, [1994] D.T.C.C. n° 24 (QL).

²⁰ *Angle c. M.R.N.* (1974), [1975] 2 R.C.S. 248.

²¹ G. Spencer Bower et A.K. Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2^e éd., London, Butterworths, 1969 à la p. 37.

²² *Supra* note 20 à la p. 255.

Télé-Direct soutient que le Tribunal a statué, dans l'ordonnance par consentement, sur les allégations que le directeur formule au sujet des critères qu'elle applique en matière de commission, c'est-à-dire que sa politique consistant à ne verser de commissions que pour les comptes qui satisfont à sa définition de « publicité nationale » serait anticoncurrentielle et constituerait des ventes liées. Elle affirme donc que le directeur n'est pas recevable à saisir de nouveau le Tribunal de ces questions. Pour Télé-Direct, le directeur, et le Tribunal en rendant l'ordonnance par consentement, ont estimé que les modalités de l'ordonnance corrigeaient toute diminution sensible de la concurrence dans la vente de publicité nationale. Si le directeur veut faire modifier l'ordonnance par consentement, il doit suivre la procédure régissant l'annulation ou la modification d'ordonnances par consentement établie à l'article 106 de la Loi. Or, il n'a pas opté pour cette procédure.

Les défenderesses soutiennent également qu'il découle implicitement de l'ordonnance par consentement qu'elles peuvent établir leurs propres critères en matière de commission sans que le Tribunal n'intervienne, dans la mesure où elles ne concluent pas d'entente en matière de taux avec quelque autre éditeur. Elles affirment donc que le directeur ne saurait introduire une instance qui pourrait donner lieu à une intervention du Tribunal visant des décisions de Télé-Direct touchant les critères applicables aux commissions sur la publicité nationale.

Le directeur soutient que les deux affaires ne soulèvent pas les mêmes questions et que, par conséquent, la théorie de l'*issue estoppel* ne s'applique pas. Il allègue que les agissements anticoncurrentiels visés par l'ordonnance par consentement consistaient en diverses pratiques

communes des membres (les compagnies de téléphone éditrices) des Pages Jaunes canadiennes (« CANYPS ») concernant la façon de placer la publicité nationale dans leurs annuaires. En fait, ce sont les ententes conclues par les défenderesses visées à l'ordonnance par consentement qui constituaient les agissements anticoncurrentiels et entraînaient la diminution sensible de la concurrence que l'ordonnance corrigeait. Dans la présente instance, toutefois, ce sont les prétendus agissements anticoncurrentiels de Télé-Direct elle-même qui sont soumis à un examen. Dans l'instance antérieure, il n'a pas été statué sur la façon dont Télé-Direct établissait ses propres critères en matière de commission et sur ses relations avec les agences indépendantes situées dans son territoire.

Les conditions d'application de la théorie de l'*issue estoppel* ne sont pas réunies en l'espèce. L'ordonnance par consentement était bien une décision définitive qui liait Télé-Direct, mais les questions sur lesquelles elle statuait n'étaient pas les mêmes qu'en l'espèce. Cela ressort clairement de la demande, de la documentation déposée au soutien de celle-ci et de l'ordonnance par consentement. L'ordonnance par consentement visait à corriger la diminution sensible de la concurrence qui résultait des pratiques communes d'agissements anticoncurrentiels des défenderesses ou de l'abus commun de leur position dominante, tandis que la présente affaire comporte des allégations tout à fait distinctes portant sur des agissements anticoncurrentiels de Télé-Direct uniquement. L'ordonnance par consentement interdit aux défenderesses qui y sont désignées de s'entendre sur le taux de commission payable. Elle ne porte pas sur les critères qu'un éditeur particulier peut établir en matière de commission, et elle n'a pas pour effet de

restreindre la compétence dont jouit le Tribunal pour examiner les critères que Télé-Direct a établis en matière de commission.

V. MARQUES DE COMMERCE

Le directeur soutient que les défenderesses, en « refusant d'octroyer des licences à l'égard de marques de commerce comme "Pages Jaunes" et "Yellow Pages" et à l'égard du logo des doigts qui marchent aux fournisseurs concurrents de services publicitaires », se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels interdite par l'article 79 de la Loi. Le directeur veut plus particulièrement interdire la pratique d'« octroi sélectif de licences » par laquelle les défenderesses refuseraient de façon arbitraire ou à des fins anticoncurrentielles d'octroyer des licences à certains concurrents et les octroieraient à d'autres. Pour remédier à la situation, le directeur demande une ordonnance enjoignant aux défenderesses « d'octroyer aux agences de publicité indépendantes, y compris les consultants, qui en font la demande, des licences visant l'utilisation de leurs marques de commerce déposées visant les annuaires téléphoniques, selon des modalités et conditions de commerce raisonnables ».

Les observations du directeur soulèvent deux questions. Premièrement, le Tribunal doit déterminer s'il est anticoncurrentiel de refuser d'accorder des licences d'utilisation de marques de commerce à certaines personnes ou à certains groupes de personnes. Dans l'hypothèse où il conclut à l'existence d'agissements anticoncurrentiels, il doit déterminer s'il a compétence pour ordonner aux défenderesses d'octroyer des licences. Après un examen minutieux de la preuve et

des arguments des avocats, le Tribunal est d'avis que le refus sélectif d'octroyer des licences d'emploi de marques de commerce n'est pas une pratique anticoncurrentielle. Il n'est donc pas nécessaire qu'il réponde à la deuxième question.

Les faits se rapportant au refus des défenderesses d'octroyer des licences ne sont pas contestés. Elles accordent aux RCA et à d'autres éditeurs d'annuaires affiliés à des compagnies de téléphone des licences d'utilisation visant leurs marques de commerce; elles n'en octroient pas à d'autres agences de publicité ou consultants publicitaires. Elles se défendent énergiquement contre toute usurpation perçue de leurs marques de commerce, sans toutefois manifester le même zèle contre chaque atteinte. La preuve établit que Télé-Direct ferme les yeux sur certaines utilisations de ses marques de commerce, mais menace de poursuivre ou poursuit des consultants, par exemple, pour l'emploi de celles-ci.

La *Loi sur les marques de commerce*²³ et la *Loi sur la concurrence* sont toutes deux pertinentes. La marque de commerce sert à distinguer les marchandises ou services d'un propriétaire de ceux d'autres personnes²⁴. La *Loi sur les marques de commerce* prévoit que la propriété d'une marque de commerce emporte le droit exclusif de l'utiliser²⁵. Le propriétaire peut, par licence, permettre à autrui d'employer la marque, et cet emploi est réputé avoir le même effet

²³ L.R.C. 1985, c. T-13.

²⁴ L'art. 2 de la *Loi sur les marques de commerce* définit ainsi « marque de commerce » : « marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres...»

²⁵ *Loi sur les marques de commerce*, art. 19.

qui si la marque était utilisée par son propriétaire²⁶. Le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* prévoit, quant à lui, ce qui suit :

Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

Le directeur avance que cette disposition n'empêche pas le Tribunal de conclure que l'« abus » de droits de propriété intellectuelle est une pratique anticoncurrentielle. Il estime qu'en octroyant sélectivement ses licences, Télé-Direct abuse des droits afférents à ses marques de commerce. Pour lui, « le droit exclusif à l'emploi » de sa marque de commerce dont jouit le propriétaire comporte des limites. Citant des décisions statuant que l'« emploi » n'incluait pas des actes visant des fins autres que la distinction des marchandises ou services du propriétaire de ceux d'autres personnes²⁷, le directeur fait valoir que la position des défenderesses selon laquelle « des mesures seront prises à l'égard de toute utilisation écrite des mots "Pages Jaunes" » et le fait qu'elles se sont prévaluées de la « supériorité de leurs ressources » pour faire porter fruit à cette politique démontrent leur intention d'exclure.

²⁶ L'art. 50(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, modifié par L.C. 1993, c. 15, art. 69, prévoit ce qui suit :

Pour l'application de la présente loi, si une licence d'emploi d'une marque de commerce est octroyée, pour un pays, à une entité par le propriétaire de la marque, ou avec son autorisation, et que celui-ci, aux termes de la licence, contrôle, directement ou indirectement, les caractéristiques et la qualité des marchandises et services, l'emploi, la publicité ou l'exposition de la marque, dans ce pays, par cette entité comme marque de commerce, nom commercial - ou partie de ceux-ci - ou autrement ont le même effet et sont réputés avoir toujours eu le même effet que s'il s'agissait de ceux du propriétaire.

²⁷ Par ex., la publicité comparative ou l'emploi d'une marque de façon simplement descriptive ne constitue pas de l'usurpation : voir *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 552 à la p. 556; *Syntex Inc. c. Apotex Inc.*, [1984] 2 C.F. 1012 (C.A.).

Télé-Direct soutient pour sa part que la loi attache à sa qualité de propriétaire des marques de commerce le droit de décider des personnes à qui des licences seront octroyées, lequel comprend le droit de refuser une licence lorsqu'il n'est pas dans son intérêt de l'accorder. Elle affirme qu'on n'a pas prouvé qu'elle avait adopté une politique consistant à refuser des licences à ses concurrents dans le but de restreindre la concurrence, et soutient qu'il serait insensé pour elle de permettre par licence que ses marques de commerce soient utilisées par des consultants dont l'entreprise repose sur l'affirmation voulant que Télé-Direct « exploite » ses clients.

Le directeur invoque à l'appui de sa position la décision de la Cour de district des États-Unis dans l'affaire *Car-Freshener Corp. v. Auto-Aid Manufacturing Corp.*, où la Cour a statué que [TRADUCTION] « sans aucun doute, il pouvait y avoir des utilisations de marques de commerce qui contrevenaient aux lois antitrust »²⁸, et en a donné plusieurs exemples, comme le fait de lier une marque de commerce forte à un produit plus faible, le fait de se livrer à une discrimination par les prix relativement à une marque de commerce ou d'autres pratiques anticoncurrentielles illégales. Le Tribunal convient avec le directeur qu'on peut employer abusivement une marque de commerce, mais il estime qu'une conclusion d'emploi abusif doit reposer sur plus que le simple exercice de droits prévus par la loi, même si celui-ci entraîne des effets d'exclusion. Le paragraphe 79(5) reconnaît expressément ce principe.

²⁸ 483 F. Supp. 82 aux pp. 86-87 (1977).

Le refus d'octroyer des licences d'utilisation de leurs marques de commerce relève entièrement de la prérogative des défenderesses. Le droit du propriétaire d'octroyer de telles licences comporte nécessairement celui de déterminer s'il convient d'en accorder et à qui; la protection des marques de commerce repose sur la possibilité d'opérer une sélection. Les marques de commerce des défenderesses constituent des éléments d'actif de grande valeur, dont l'achalandage est considérable. La décision d'accorder une licence -- c'est-à-dire, essentiellement, de partager cet achalandage -- relève d'un droit appartenant entièrement au propriétaire de la marque. Le refus d'octroyer une licence se distingue de l'assujettissement d'une licence à des conditions anticoncurrentielles.

L'empire exclusif du propriétaire sur l'octroi de licences est conforme aux dispositions de la *Loi sur les marques de commerce*. La Loi, en effet, ne prévoit aucune procédure permettant de saisir le registraire des marques de commerce d'une demande de licence d'utilisation, d'où il ressort qu'il revient au propriétaire de la marque de décider de l'octroi des licences. En outre, les dispositions de cette loi en matière de licence énoncent que, pour valablement octroyer une licence, le propriétaire doit « contrôle[r], directement ou indirectement, les caractéristiques et la qualité des marchandises et services » auxquels s'applique la marque. Dans la décision *Unitel Communications Inc. c. Bell Canada*²⁹, la Cour a même radié les marques de commerce que possédait Bell Canada, parce que, notamment, la société n'avait pas exercé de contrôle sur l'utilisation de ses marques par une compagnie de téléphone indépendante. En l'espèce, l'absence de contrôle sur la qualité des biens ou services revêt une pertinence particulière puisque le

²⁹ (24 avril 1995), T-718-91. Version anglaise publiée dans (1995), 61 C.P.R. (3d) 12 (C.F. 1^{re} inst.).

directeur plaide que les défenderesses devraient autoriser par licence des consultants qui ne partagent pas les mêmes intérêts qu'elles à utiliser leurs marques de commerce.

Bien que la preuve indique que la concurrence entre, pour une part du moins, dans le refus de Télé-Direct d'accorder des licences d'utilisation de ses marques de commerce, il n'en reste pas moins que la *Loi sur les marques de commerce* donne aux propriétaires de marques le droit de déterminer à qui ils délivreront des licences. Les motivations fondant le refus d'octroyer une licence à un concurrent sont sans pertinence puisque la Loi ne prescrit aucune limite à l'exercice de ce droit.

Le désir légitime des défenderesses de protéger l'achalandage de leurs marques de commerce en refusant d'accorder des licences n'équivaut pas à une pratique anticoncurrentielle. Compte tenu de la vigueur de ces marques, il est compréhensible que les défenderesses aient une attitude protectrice, et cette attitude est licite. Du reste, si elles ne protégeaient pas leurs marques, celles-ci risqueraient de perdre leur caractère distinctif, comme dans l'affaire *Unitel*. C'est une préoccupation réelle, étant donné que les marques de commerce Pages Jaunes ne sont plus enregistrées aux États-Unis.

Les agences de publicité et les consultants indépendants ont beau vouloir utiliser les marques de commerce des défenderesses, il n'existe aucun fondement sur lequel asseoir une ordonnance enjoignant à ces dernières d'octroyer des licences³⁰. Quelque zèle que les

³⁰ _ De fait, ni le directeur ni les défenderesses n'ont cité au Tribunal de jurisprudence où une ordonnance enjoignant à une partie d'octroyer une licence d'utilisation de marque de commerce aurait été rendue.

défenderesses aient pu mettre à protéger leurs marques, tant en refusant d'octroyer des licences à leur égard qu'en menaçant de poursuivre les auteurs d'usurpations, il n'en reste pas moins que les dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* leur confèrent incontestablement le droit de refuser d'accorder des licences, même sélectivement, et que le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* a pour effet d'enlever tout caractère anticoncurrentiel à de tels agissements.

VI. DÉFINITION DU MARCHÉ

La définition du marché pertinent est la première étape obligée de la résolution de la présente affaire. Cette définition, pour les fins de l'article 79, a pour objet de déterminer si Télé-Direct « contrôle[] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », ainsi que le déclare le directeur. Le Tribunal a statué, dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada*³¹, que par les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » on entendait le marché du produit et par le mot « contrôlent », la puissance commerciale. Le reste de la disposition « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » renvoie au marché géographique. Il faut donc, pour que l'article 79 s'applique, que le Tribunal conclue, premièrement, que Télé-Direct exerce une puissance commerciale.

Il convient également de définir le marché pour les fins de l'allégation de ventes liées, formulée en vertu de l'article 77. Il faut, pour qu'il y ait ventes liées aux termes du

³¹ _ (30 août 1995), CT9401/142, Motifs de l'ordonnance, [1995] D.T.C.C. n° 20 (QL). Version anglaise publiée dans (1995), 64 C.P.R. (3^e) 216.

paragraphe 77(2), que le Tribunal conclue que les « ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché [...] auront vraisemblablement » un effet préjudiciable. Si le Tribunal conclut que Télé-Direct exerce une puissance commerciale, cette dernière serait considérée comme un « fournisseur important ».

A. MARCHÉ DU PRODUIT

L'argumentation et la preuve qui ont été présentées au Tribunal relativement au marché pertinent du produit mettent l'accent sur la question de savoir s'il existe de proches substituts pour la publicité-annuaire. Dans la définition du marché pertinent qu'il avance, le directeur inclut la publicité dans les annuaires Pages Jaunes de Télé-Direct et dans les annuaires téléphoniques publiés par des éditeurs indépendants (non affiliés à des compagnies de téléphone).

Les défenderesses reconnaissent que la publicité placée dans les annuaires d'éditeurs indépendants occupe le même marché pertinent que la publicité dans les Pages Jaunes, mais elles considèrent que les annuaires d'éditeurs indépendants et les annuaires Pages Jaunes font partie d'un marché de produit plus large qui comprend tous les médias publicitaires locaux. Dans ce contexte, la « publicité locale » est, selon elles, de la publicité faite à des fins de promotion commerciale dans un endroit donné. Il pourrait s'agir, notamment, de publicité par correspondance, par enseignes extérieures, dans des journaux communautaires, dans des quotidiens, par catalogues, dans des publications spécialisées, par prospectus, par annonces radio

ou télédiffusées -- en fait de tout média publicitaire, dans la mesure où la publicité vise à promouvoir un endroit donné.

Il importe de garder à l'esprit que la définition du marché pertinent, en l'espèce, a pour but de déterminer si d'autres médias publicitaires locaux peuvent opposer une force concurrentielle qui influe sur les décisions de Télé-Direct relatives aux tarifs demandés et à la production des Pages Jaunes³². Le directeur prétend qu'ils ne le peuvent pas, ce que réfutent les défenderesses.

1) Caractère substitutif - Critère fondamental

Les parties conviennent que le critère fondamental permettant de circonscrire le marché pertinent du produit est celui du caractère substitutif, ainsi que l'a systématiquement affirmé le Tribunal dans ses décisions antérieures, dont trois en matière d'abus de position dominante³³. Les produits doivent être de proches substituts pour faire partie du même marché de produit. Les parties conviennent également que la démarche à suivre ou le cadre à adopter pour définir le marché sont décrits dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.*³⁴ Les deux parties citent le même passage de cet arrêt :

³² Ou sur des facteurs subsidiaires comme le service, la qualité, etc.

³³ *NutraSweet*, supra note 4; *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (20 janvier 1992), CT9102/72, Motifs de l'ordonnance, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL) (version anglaise publiée dans (1992), 40 C.P.R. (3^e) 289); *D & B*, supra note 31.

³⁴ [1995] 3 C.F. 557 (C.A.). Dans cette affaire, se posait l'importante question de savoir si deux quotidiens de Pacific Press et divers journaux communautaires appartenant tous à Southam faisaient partie du même marché du produit. Le Tribunal a jugé que non; la Cour d'appel a infirmé sa décision sur ce point; un pourvoi est pendant devant la Cour suprême.

On peut dire que des produits sont sur le même marché s'ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l'un à l'autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c'est-à-dire s'il existe une sensibilité aux prix de la part des acheteurs. La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique, comme les témoignages d'acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d'obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte consiste en certains indices pratiques, comme l'interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l'industrie, qui montrent que des produits sont de proches substituts³⁵. [Renvoi omis.]

Elles admettent aussi que cette démarche ne diffère pas radicalement de celle que le Tribunal a utilisée dans de précédentes affaires.

2) **Décision *Southam***

L'arrêt *Southam* est la première décision où la Cour d'appel fédérale approfondit la définition de marché au sens de la Loi³⁶. L'application aux faits de l'espèce de la démarche générale décrite dans cet arrêt suscite des divergences d'opinion importantes chez les parties comme en attestent la définition large du marché du produit proposée par les défenderesses et la définition étroite soumise par le directeur.

³⁵ *Ibid.* aux pp. 632-33.

³⁶ L'arrêt *Southam* a été suivi dans la décision *R. v. Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 130 D.L.R. (4e) 500 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), (1995) 64 C.P.R. (3e) 289. Le directeur a mentionné cette décision, mais aucune partie n'a présenté d'argumentation détaillée à son sujet, et aucune ne semble l'avoir invoquée.

a) Preuve directe du caractère substitutif

Il est incontestable qu'il faille en premier lieu examiner tout élément de preuve directe du caractère substitutif. Dans l'arrêt *Southam*, la Cour d'appel a déclaré :

Dans la mesure où il est possible de produire une preuve statistique de la forte élasticité de la demande, cette preuve est pratiquement concluante quant au fait que deux produits sont sur le même marché du produit. La preuve de la sensibilité aux prix peut aussi être produite sous forme anecdotique, ce qui est moins concluant, mais demeure un facteur de persuasion tendant à démontrer que des produits sont de proches substituts³⁷.

Le directeur n'a produit aucune preuve statistique. Les défenderesses qualifient les deux rapports « Elliott », études commandées par Télé-Direct au début de 1993 pour d'autres fins que la présente espèce, de « données statistiques » sur la réaction des annonceurs à des augmentations relatives de prix³⁸. Il s'agissait d'enquêtes générales sur la « satisfaction des clients » dans lesquelles il n'était pas question de la sensibilité des annonceurs aux prix pratiqués par différents médias³⁹. Le Tribunal estime que ces rapports eussent-ils abordé la question du prix relatif de différents médias, ils n'en auraient pas pour autant les qualités requises pour constituer le type de preuve statistique directe de l'élasticité croisée de la demande que la Cour d'appel a décrite. Il aurait fallu, pour cela, que les enquêtes soient entreprises afin de déterminer l'élasticité croisée de la demande visant les produits censés appartenir au marché, qu'elles aient été effectuées avec suffisamment de rigueur et qu'elles satisfassent aux critères de signification

³⁷ *Supra* note 34 à la p. 633.

³⁸ Pièce confidentielle CJ-14 (vol. bleu n° 5), onglet 173; pièce confidentielle CJ-19 (vol. bleu n° 10), onglet 285 (Terre-Neuve).

³⁹ Les participants devaient dire s'ils feraient paraître leurs annonces dans un *annuaire* indépendant plutôt que dans un annuaire de Télé-Direct dans l'hypothèse où celle-ci haussait ses prix de 15 p. 100.

statistique. Les rapports Elliott, toutefois, même s'ils ne peuvent servir de preuve statistique de l'élasticité croisée de la demande, seront examinés en tant qu'éléments de la preuve indirecte du caractère substitutif.

Le directeur, qui a cité comme témoins plusieurs acheteurs et annonceurs, ne présente pas ces témoignages comme une « preuve anecdotique » de la sensibilité aux prix, laquelle sensibilité, selon lui, est faible. Il qualifie leurs dépositions de preuve indirecte qu'il classe sous diverses rubriques. De la même façon, les défenderesses considèrent le témoignage des annonceurs comme une preuve indirecte. Le Tribunal ne cherchera donc pas à déterminer si ces témoignages fournissent une preuve directe de l'existence ou non d'une sensibilité aux prix.

La preuve directe de la sensibilité des acheteurs au prix faisant défaut, il faut donc examiner la preuve indirecte ou les « indices pratiques » disponibles et en formuler des inférences au sujet de la sensibilité au prix.

b) Preuve indirecte du caractère substitutif

Le directeur a structuré sa preuve touchant la définition du marché du produit sous des titres analogues à ceux qui figurent dans le document *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi*⁴⁰ : utilisation finale, caractéristiques physiques et techniques, opinions, stratégies, comportement et identité des acheteurs, opinions, stratégies et comportement de la

⁴⁰ _ Consommation et Corporations Canada, Directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, Bulletin d'information n° 5, Approvisionnement et Services Canada, mars 1991.

profession (« concurrence interindustrielle »), relations entre les prix et niveaux relatifs des prix, coûts de substitution. Les défenderesses aussi se sont servies de ces titres pour structurer la présentation de leur preuve, quoiqu'en en modifiant légèrement l'ordre. Les lignes directrices ne constituent pas une oeuvre intouchable, mais puisque les parties conviennent qu'il est possible de s'en inspirer dans l'organisation de leur preuve, le Tribunal considère qu'il s'agit là d'une façon commode et utile de procéder.

Les parties, quoiqu'elles structurent pareillement leur preuve ne s'entendent pas pour autant sur le rôle respectif joué par les divers indices pratiques. Elles diffèrent plus particulièrement d'avis sur la façon d'employer les indices d'« interchangeabilité fonctionnelle » et de « concurrence interindustrielle » pour définir un marché de produit conformément à l'arrêt *Southam* de la Cour d'appel et, naturellement, sur la nature de la preuve et les conclusions en découlant qui doivent être examinées sous chaque titre. Le Tribunal procédera plus loin dans les présents motifs à un examen détaillé de la preuve et des arguments soumis sous chaque titre, mais avant, il doit se pencher sur l'argumentation relative à la façon d'aborder, de manière générale, les indices pratiques ou la preuve indirecte du caractère substitutif.

Le directeur soutient que, dans l'arrêt *Southam*, la Cour d'appel a statué que l'interchangeabilité fonctionnelle constituait une « caractéristique fondamentale » et un « élément indispensable du cadre » de la définition du marché, même si, à elle seule, elle ne suffisait pas à démontrer que deux produits étaient sur le même marché. Il affirme que la Cour d'appel n'a pas déclaré que l'interchangeabilité fonctionnelle et la concurrence interindustrielle étaient les « seuls

» facteurs ou les facteurs « déterminants » de la définition du marché, mais a simplement conclu que le fait de *ne pas tenir compte* de ces facteurs était une erreur de droit.

Dans leur argumentation écrite, les défenderesses reconnaissent que le Tribunal doit examiner la preuve relative à l'interchangeabilité fonctionnelle, qui est fondamentale, mais que celle-ci ne saurait, seule, établir péremptoirement que deux produits appartiennent au même marché pertinent -- d'autres facteurs sont pertinents. Elles soulignent que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Southam*, a considéré un autre facteur comme « très important » : la concurrence interindustrielle. Dans sa plaidoirie orale, leur avocat a défendu la position plus stricte selon laquelle la Cour d'appel a jugé que si l'existence de l'interchangeabilité fonctionnelle et d'une concurrence interindustrielle « générale » est établie, on commet alors une erreur de droit en ne plaçant pas les produits en cause sur le même marché. Si les deux indices mentionnés sont présents, le Tribunal *doit* en conclure qu'il y a sensibilité au prix et, par conséquent, qu'il n'y a qu'un seul marché.

Le Tribunal doit déterminer si la Cour d'appel a fixé le rôle et l'importance juridiques des facteurs ou indices que sont l'« interchangeabilité fonctionnelle » et la « concurrence interindustrielle ». Relativement à l'inclusion du premier facteur dans les indices indirects, la Cour d'appel a déclaré qu'il « n'est pas simplement un critère parmi d'autres à prendre en considération, mais une partie centrale du cadre ». Elle a également confirmé qu'il sera généralement considéré « comme une condition nécessaire, bien qu'insuffisante, qui doit être remplie pour que des produits soient inclus dans le même marché ». Relativement à la

concurrence interindustrielle, la Cour d'appel a jugé que la preuve d'une concurrence « générale », savoir la preuve que deux types de journaux s'efforçaient d'atteindre beaucoup des mêmes annonceurs et que les journaux communautaires remportaient, à cette entreprise, un succès important qui préoccupait Southam et auquel elle réagissait, était suffisante pour démontrer l'existence d'une concurrence « véritable »⁴¹.

Il est nécessaire, comme première étape de l'analyse, de pouvoir conclure que les produits dont on prétend qu'ils appartiennent au même marché servent le même objectif pertinent. Toutefois, le seul fait de conclure qu'il y a interchangeabilité fonctionnelle ne suffit pas pour placer les produits sur le même marché. Comme la Cour l'a affirmé :

... Il existe d'autres facteurs qui peuvent contribuer à renforcer, ou à affaiblir, la conclusion selon laquelle deux produits sont interchangeables⁴².

Quant à la preuve de la concurrence interindustrielle « générale », il ne semble pas au Tribunal que la Cour ait affirmé que la présence de cette preuve, jointe à celle de l'interchangeabilité fonctionnelle, impliquera chaque fois que les produits visés doivent être placés sur le même marché du produit. Si la Cour voulait que seuls ces deux indices pratiques, à l'exclusion de tout autre, comme par exemple celui des opinions, stratégies et comportement des acheteurs, soient pris en considération, elle l'aurait dit expressément. Or, elle n'a rien fait de tel. Dans l'arrêt *Southam*, ses conclusions n'ont porté que sur l'affaire dont elle était saisie :

⁴¹ _ *Supra* note 34 aux pp. 635, 637-38.

⁴² _ *Ibid.* à la p. 637.

Bien que le Tribunal ait été saisi d'une preuve du caractère substitutif constituée par l'interchangeabilité fonctionnelle et la concurrence interindustrielle, il n'en a, en définitive, tenu aucun compte. Par le fait même, il a adopté une approche trop étroite du caractère substitutif étant donné qu'il a rejeté des conceptions « larges » de l'interchangeabilité et de la concurrence interindustrielle. De plus, il a commis une erreur en se concentrant surtout sur la sensibilité aux prix. *Dans la présente espèce, le fait que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires servaient aux mêmes fins et se faisaient concurrence est suffisant pour inclure ces deux produits dans le même marché du produit*⁴³. [Non mis en évidence dans l'original.]

Le Tribunal conclut qu'il est essentiel de tenir compte de l'interchangeabilité fonctionnelle dans l'évaluation de la preuve indirecte de l'appartenance de deux produits ou plus au même marché. Mais les autres éléments de preuve pouvant renforcer ou affaiblir la signification de ce facteur n'en sont pas pour autant exclus.

Le Tribunal ne perdra pas de vue, dans l'examen de l'ensemble de la preuve, la raison pour laquelle, en définitive, on établit la définition du marché. En l'espèce, il s'agit de déterminer si les défenderesses exercent une puissance commerciale (ou sont des « fournisseurs importants »), c'est-à-dire si les prétendus proches substituts, savoir les autres médias publicitaires locaux, opposent une force concurrentielle qui influe sur les décisions de Télé-Direct relatives à la tarification (ou à la qualité) et à la production.

⁴³ *Ibid.* à la p. 640.

3) Interchangeabilité fonctionnelle

Selon le directeur, deux des titres tirés de *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, soit « utilisation finale » et « caractéristiques physiques et techniques », se rapportent à la question de l'interchangeabilité fonctionnelle. D'après lui, les annuaires présentent certaines caractéristiques déterminantes qui en font des documents de référence directifs, quant à l'utilisation finale, et qui limitent, par conséquent, l'interchangeabilité fonctionnelle de la publicité-annuaire et de la publicité directive dans d'autres médias.

Les défenderesses répondent que l'utilisation finale de la publicité locale, quelle qu'elle soit, est toujours la même : accroître le commerce à un endroit particulier. Elles font valoir que les caractéristiques des divers médias ne devraient donc pas faire partie des considérations examinées pour déterminer s'il y a interchangeabilité fonctionnelle.

La Cour d'appel s'est exprimé ainsi sur l'interchangeabilité fonctionnelle, dans l'arrêt *Southam* :

... Toutefois, ce caractère plus local des journaux communautaires ne se rapporte pas à la question de l'interchangeabilité fonctionnelle, mais au comportement des acheteurs quant à leur préférence pour l'étendue géographique. Il ne faudrait pas confondre ce dernier facteur *subjectif* avec le facteur purement *objectif* qu'est l'interchangeabilité fonctionnelle, lequel est axé sur l'utilisation d'un produit ou sur les fins auxquelles il sert⁴⁴. [Non mis en évidence dans l'original.]

⁴⁴ *Ibid.* aux pp. 636-37.

Dans l'évaluation de l'interchangeabilité fonctionnelle, la Cour interdit la prise en considération des opinions des acheteurs parce qu'il s'agit d'un élément « subjectif », et que seuls les facteurs « objectifs » doivent être examinés.

Le document *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi* fait état, pour le critère de l'« utilisation finale » du degré d'« interchangeabilité fonctionnelle de deux produits dans leur utilisation finale ». C'est dans ce sens que l'expression sera employée dans les présents motifs. Les caractéristiques physiques et techniques et d'autres indices servent à déterminer si les produits jugés fonctionnellement interchangeables quant à l'utilisation finale sont des proches substituts. Le Tribunal, plutôt que de faire entrer les caractéristiques physiques et techniques dans la détermination de l'interchangeabilité fonctionnelle, comme le directeur l'y invite, en traitera séparément.

Le directeur et l'un des témoins experts en économie qu'il a cités, Richard Schwindt⁴⁵, ont défini l'utilisation finale de la publicité-annuaire comme celle de média « directif » (les termes anglais « *directional* » et « *directive* » figurent de façon interchangeable dans la documentation déposée devant le Tribunal). Le média directif se distingue par deux éléments : a) les consommateurs le consultent à l'étape du cycle d'achat caractérisée par leur préparation à acheter, b) le média s'emploie comme document de référence. La publicité directive diffère de la publicité créative qui, de l'avis général, est utilisée pour créer ou stimuler la demande. Le directeur reconnaît que d'autres médias publicitaires que les Pages Jaunes peuvent être considérés comme

⁴⁵ Professeur agrégé d'économie et d'administration des affaires à l'Université Simon Fraser.

directifs mais, selon lui, seuls les catalogues, la publicité par correspondance et les annonces classées des journaux peuvent prétendre à la directivité.

Les défenderesses et leur témoin expert en économie, Robert Willig⁴⁶, soutiennent que l'utilisation finale de la publicité « locale »⁴⁷ est toujours la même : attirer les clients à un établissement particulier. La publicité dans les Pages Jaunes et la publicité paraissant dans d'autres médias locaux sont donc fonctionnellement interchangeables. En réponse à l'argument du directeur, elles affirment que l'aspect directif n'est pas généralement considéré comme comprenant l'utilisation comme instrument de référence. Selon elles, en outre, la dichotomie directivité/créativité n'est pas valide, car la publicité faite par les annonceurs locaux ne présenterait pas de distinction aussi tranchée. Pour elles, la directivité signifie seulement que la publicité dirige les consommateurs vers un établissement particulier, ce que tout média peut faire. Selon la définition que les défenderesses donnent de la publicité « locale », toute publicité faite par un annonceur local comporte nécessairement un élément directif. Toute publicité locale, y compris la publicité-annuaire, ayant, selon les défenderesses, pour objet de stimuler localement une demande, il s'ensuit qu'elle comporte également un aspect créatif.

Puisque les défenderesses ont défini la publicité « locale » comme la publicité conçue pour promouvoir l'activité commerciale à un endroit donné, il s'ensuit que le but de toute telle publicité est d'attirer les clients vers une entreprise. Cette définition est très générale. Le

⁴⁶ Professeur d'économie et d'affaires publiques à l'Université Princeton.

⁴⁷ Par opposition à la publicité « nationale » ou la publicité visant la « notoriété d'une marque » qui font la promotion d'un produit sans égard à un *quelconque* lieu.

Tribunal, tout en reconnaissant que l'indice de l'« utilisation finale » ne sert que de « filtre » ou de « première étape » de l'analyse, estime qu'il peut quand même être utile pour les fins de la question qui doit, en définitive, être tranchée : la question de savoir si tous les médias « locaux » sont de *proches* substitués se livrant une concurrence suffisante pour être considérés comme faisant partie du même marché du produit en l'espèce. Le Tribunal est d'avis que les motifs du juge Gibson dans la décision *R. v. J.W. Mills & Sons Ltd.* lesquels, pour citer la Cour d'appel dans l'arrêt *Southam*, « mérite[nt] d'être reproduits », nous éclairent sur ce point :

[TRADUCTION]

La définition du marché pertinent dans une affaire particulière nécessite donc un examen équilibré de plusieurs caractéristiques ou dimensions pour satisfaire aux besoins analytiques de la question à l'étude.

À une extrémité, il y a une description vague de la concurrence, à savoir que chaque service, article ou produit qui lutte pour attirer la clientèle est en concurrence avec tous les autres services, articles ou produits.

À l'autre extrémité, il y a la définition de portée plus restreinte, qui limite le marché aux services, aux articles ou aux produits qui comportent une qualité et un service uniformes.

Dans l'analyse d'une affaire particulière, il convient d'éviter ces extrêmes et d'évaluer plutôt les divers facteurs qui déterminent les degrés de concurrence et les dimensions ou les frontières de la situation concurrentielle. À cet égard, les dimensions ou les frontières d'un marché pertinent doivent être déterminées en tenant compte de l'objet de ce marché. Ainsi, deux produits peuvent être sur le même marché dans un cas et pas dans un autre⁴⁸.

Le critère de l'interchangeabilité fonctionnelle dans l'utilisation finale ne doit pas être abordé si généralement qu'il empêche de procéder à une analyse objective ayant quand même une assise contextuelle. Par exemple, en affirmant que les automobiles et les bicyclettes occupent le même marché de produit parce qu'elles sont toutes deux des moyens de transport, on se

⁴⁸ [1968] 2 R.C. de l'É. 275 aux pp. 305-306.

placerait à un niveau de généralité si élevé qu'il ne pourrait en sortir aucune analyse utile. Une certaine prise en considération du contexte s'impose.

Pour tenir compte du contexte de l'interchangeabilité fonctionnelle dans l'utilisation finale, en l'espèce, il importe d'examiner le cycle d'achat et le genre de médias qui sont généralement considérés comme directifs et qui, par conséquent, sont particulièrement efficaces pour atteindre les consommateurs parvenus à la fin du cycle d'achat, lesquels sont « prêts à acheter », mais doivent décider à quel établissement ils vont s'adresser. Il s'agit de se demander quel type de média attire efficacement l'attention de ces consommateurs sur un établissement particulier, dans ces circonstances.

Les défenderesses ont cité des décisions américaines qui, selon elles, appuient leur conception large de l'utilisation finale. Le Tribunal ne trouve pas que ces décisions soient très utiles. Premièrement, et c'est là le point le plus important, la définition du marché du produit élaborée dans une instance donnée dépend énormément des faits en cause et du contexte entourant l'institution de l'action, c'est-à-dire la prétendue atteinte à la concurrence que le demandeur cherche à faire corriger. Comme le juge Gibson l'a exprimé dans l'extrait précité, « deux produits peuvent être sur le même marché dans un cas et pas dans un autre ». Par conséquent, il n'est pas déterminant en soi qu'un autre tribunal ait pu conclure que la publicité-annuaire appartenait ou non au même marché que des médias locaux. Certaines des décisions citées par les défenderesses ne portaient pas sur des affaires antitrust⁴⁹, et d'autres ne

⁴⁹ Recueil de jurisprudence des défenderesses, vol. 6, onglets A et B.

concernaient pas la publicité-annuaire⁵⁰. De plus, l'avocat du directeur a signalé d'autres décisions américaines dans lesquelles la publicité dans les Pages Jaunes avait, implicitement ou explicitement, servi de marché pertinent⁵¹. Deuxièmement, il est vrai que le raisonnement appliqué pour définir un marché dans une autre affaire peut être utile, mais il faut être relativement certain que le tribunal dont il émane appliquait le même cadre conceptuel ou « critère » que nous. On voit bien la futilité qu'il y a à rechercher une définition de marché simple et claire dans la jurisprudence.

Le Tribunal, en se fondant sur la preuve et, plus particulièrement sur les documents préparés par les défenderesses elles-mêmes hors le contexte de la présente instance, lesquels feront plus loin l'objet d'un examen plus approfondi, convient avec le directeur que, pour déterminer quelle est l'utilisation finale des Pages Jaunes et d'autres médias publicitaires locaux, on peut valablement distinguer entre médias créatifs et médias directifs. L'examen réfléchi de la preuve, dont il sera fait état sous peu, étaye la position selon laquelle la publicité créative fait connaître des biens et des services et suscite la demande au début du cycle d'achat tandis que la publicité directive s'entend de la publicité qui s'adresse aux consommateurs parvenus à la fin de ce cycle et qui les « dirige » vers l'établissement où ils peuvent se procurer les biens ou les services. Cette distinction limite, de fait, le nombre de médias qui peuvent être considérés comme directifs.

⁵⁰ *Ibid.*, vol. 6, onglets C et D; vol. 3, onglet 41.

⁵¹ *Ibid.*, vol. 3, onglets 38, 47; recueil de jurisprudence du directeur présenté en réplique, onglets 6, 7, 9.

Les défenderesses ont plaidé que la publicité directive désigne simplement la publicité (dans tout média y compris ceux qui étaient traditionnellement considérés comme créatifs) faisant connaître le nom, l'adresse ou le numéro de téléphone d'un établissement particulier⁵² pour y « diriger » les clients, mais ce n'est pas l'opinion qu'elles professent en dehors du contexte de la présente affaire. Dans le *Multimedia Training Course* (cours de formation multimédia) que Télé-Direct a mis sur pied à l'intention de ses représentants commerciaux, la publicité directive est ainsi définie :

[TRADUCTION]

Média utilisé par l'annonceur pour dire à l'acheteur où acheter ou utiliser un produit ou un service. Par exemple, les Pages Jaunes, les catalogues, la publicité par correspondance. Les médias directifs complètent et appuient les médias créatifs⁵³.

Les trois exemples énumérés donnent à entendre que les médias directifs présentent, en fait, des caractéristiques très particulières qui vont au-delà de la simple mention d'un nom, d'une adresse ou d'un numéro de téléphone. Il s'agit toujours d'un média imprimé qui n'a aucun contenu rédactionnel ou divertissant. Les raisons pour lesquelles un consommateur consulte ces médias sont exclusivement liées à un achat à effectuer, c'est-à-dire qu'il est à la fin du cycle d'achat.

Les documents de formation décrivent et présentent également, sous forme de tableaux, le rôle des divers médias aux différentes étapes du cycle d'achat : notoriété, intérêt, compréhension, essai, achat, rachat :

⁵² Cela concorde naturellement leur définition de la publicité locale.

⁵³ Pièce confidentielle CJ-16 (vol. bleu n° 7), onglet 215 à la p. 118727.

[TRADUCTION]

... Des médias publicitaires traditionnels comme la télévision, la radio et les revues sont, de par leur nature, conçus pour faire connaître les produits et services. L'influence ou la pénétration de cette publicité suscite l'intérêt à l'égard des produits et services et permet d'en exposer les avantages au consommateur. Cette publicité vise en définitive à susciter un besoin ou un désir dans l'esprit du consommateur.

[...]

Bien que, dans le cycle d'achat, la publicité créative soit essentielle au stade de la notoriété, de l'intérêt et de la compréhension, elle perd de son effet à celui de l'achat comme tel en raison du délai qui s'écoule entre le moment où le consommateur prend connaissance du produit et celui de l'achat⁵⁴.

On considère qu'au stade de l'achat, les journaux, la publicité par correspondance, l'affichage extérieur, la radio et les Pages Jaunes présentent tous certaines forces, mais non la télévision et les revues. Toutefois, seuls les journaux et la publicité par correspondance (et les Pages Jaunes) sont décrits comme « directifs ». La force de l'affichage extérieur réside dans son utilité comme « rappel », celle de la radio, dans le fait qu'elle renseigne sur les prix et suscite un « sentiment d'urgence ». Encore une fois, la documentation afférente au cours de formation appuie la position voulant que la publicité directive fait plus que fournir des noms et des adresses aux consommateurs. La télévision, les journaux, la publicité par correspondance, l'affichage extérieur, la radio et les Pages Jaunes peuvent tous transmettre ces renseignements, pourtant Télé-Direct ne les considère pas tous comme des médias publicitaires directifs.

Une lettre de Télé-Direct adressée au directeur au cours de l'enquête que celui-ci a faite sur l'industrie (ci-après appelée la « lettre de M. Bourke ») va elle aussi dans le sens de cette

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 118801.

interprétation. La lettre dresse un portrait général de l'industrie⁵⁵. On peut y lire le passage suivant :

[TRADUCTION]

Les Pages Jaunes sont habituellement considérées comme un média publicitaire « directif » ou « d'achat réfléchi », qui fournit aux consommateurs des renseignements sur les établissements où ils peuvent se procurer les biens ou les services qu'ils désirent [...] La publicité directive attire davantage les annonceurs locaux, en particulier les détaillants locaux, qui cherchent à motiver les consommateurs à visiter leur établissement ou à avoir recours à leurs services. *Parmi les autres médias directifs, on trouve le marketing direct, les catalogues, les publications spécialisées et les suppléments spécialisés de journaux ou de revues*⁵⁶. [Non mis en évidence dans l'original.]

La lettre ne mentionne nulle part l'affichage extérieur, la télévision ou la radio comme médias directifs. Au cours de son témoignage, le président de Télé-Direct, Thomas Bourke, a confirmé que l'utilité des Pages Jaunes provenait essentiellement du fait qu'elles indiquaient où acheter, ainsi que l'expliquait la lettre. Il inclinait alors, toutefois, à ajouter les annonces classées des quotidiens et des journaux communautaires ainsi que les annuaires spécialisés et autres annuaires systématiques dans la liste des médias directifs.

La lettre se poursuit ainsi :

[TRADUCTION]

En revanche, les autres médias publicitaires importants - l'affichage extérieur, les journaux, la radio, la télévision et les revues - sont classés parmi les médias

⁵⁵ À l'audience, l'avocat des défenderesses a tenté de convaincre le Tribunal d'attribuer à la lettre moins de poids qu'il ne le ferait autrement parce que celle-ci avait été écrite en vitesse sans que son auteur ait eu recours aux services d'un économiste. La lettre a été rédigée par le vice-président au marketing de Télé-Direct avec l'aide d'avocats du cabinet des procureurs de la société, dont l'étendue des connaissances en économie n'a pas été déterminée. Elle était signée par le président de Télé-Direct. Pendant la communication préalable, les défenderesses se sont opposées à ce que la lettre soit produite, plaidant qu'elle était protégée par le privilège applicable aux négociations effectuées en vue d'un règlement. Le Tribunal a statué que ce privilège ne s'appliquait pas et a ordonné la production du document et, pour les fins auxquelles il se reporte à cette lettre, il n'hésite pas à lui attribuer un poids important.

⁵⁶ Pièce J-5 (vol. vert n° 3), onglet 239 à la p. 86008.

« créatifs », ceux qui font connaître les produits et les services et stimulent la demande. La publicité créative est utile aux annonceurs qui essaient de vendre un produit ou un service ou de promouvoir leur nom. Elle attire les grands fabricants ou fournisseurs à qui l'endroit où les consommateurs se procurent leurs produits ou services importe généralement peu⁵⁷.

Puisqu'il est tout aussi facile d'inclure des noms, adresses et numéros de téléphone dans la publicité placée dans les revues ou les journaux eux-mêmes que dans la publicité figurant dans les suppléments spéciaux ou les annonces classées, il faut que les participants dans l'industrie voient quelque chose de plus dans la publicité directive. Comme dans les documents de formation, tous les exemples de médias directifs se caractérisent par l'absence de contenu rédactionnel général. Les suppléments spécialisés et les annonces classées des journaux et des revues, les autres annuaires, les catalogues et la publicité par correspondance ont en commun avec les Pages Jaunes le fait que la publicité qui y paraît n'est efficace que si elle est consultée par des personnes « sur le marché », c'est-à-dire par des gens qui veulent faire un achat. Comme M. Bourke l'a expliqué lorsqu'il a décrit de quelle façon les Pages Jaunes complètent le cycle d'achat, « l'intention d'acheter » doit être là. Les consommateurs ne seront pas exposés sans le vouloir à la publicité du fait qu'ils sont en contact avec un média pour se divertir ou pour d'autres raisons; ils doivent délibérément consulter les Pages Jaunes ou un catalogue, lire la publicité par correspondance, le supplément publicitaire ou les annonces classées. Ce ne sont pas des médias qu'on feuillette distraitemment dans un moment libre.

⁵⁷ *Ibid.*

Les défenderesses soutiennent que toute publicité directive, même les Pages Jaunes, a une composante « créative ». S'il n'en était pas ainsi, font-elles valoir, personne ne paierait pour de la publicité par grande annonce dans les Pages Jaunes, puisque les inscriptions commerciales gratuites peuvent donner un nom, une adresse et un numéro de téléphone. De toute évidence, il entre une part de créativité dans la conception d'une annonce pour les Pages Jaunes capable de capter le regard. Il ne s'agit pas de la créativité (s'entendant de la « création » de la *demande*) que l'industrie oppose à la directivité (qui « dirige » les consommateurs prêts à acheter), tel qu'il appert de la preuve.

M. Bourke, faisant écho aux propos de Raymond Greimel, directeur exécutif de la YPPA, a témoigné que l'industrie commence à considérer les Pages Jaunes comme média directif *et* créatif. Il n'a pu expliquer, toutefois, comment la publicité-annuaire des Pages Jaunes « f[ai]t connaître les produits et les services et stimule[] la demande », pour reprendre les termes de la lettre de M. Bourke, compte tenu du fait, reconnu par lui, que les consommateurs ne consultent pas ce média s'ils n'ont pas déjà besoin d'un produit ou d'un service. Il a seulement pu dire que la publicité-annuaire des Pages Jaunes « renforçait » et « appuyait » la publicité dans les médias créatifs.

La maigre preuve présentée sur cette question ne convainc pas le Tribunal que le caractère directif de la publicité fait du média utilisé un « instrument de référence », ainsi que le soutient le directeur. Si ce point était prouvé, il faudrait, à cette étape, exclure potentiellement

presque tous les médias autres que les annuaires du marché pertinent du produit. Le Tribunal est d'avis que la preuve ne permet pas de restreindre la définition de « directif » à cet égard.

L'interchangeabilité fonctionnelle ne fait qu'agir comme filtre préliminaire permettant d'exclure les produits dont l'utilisation finale n'est manifestement pas la même que la publicité dans les Pages Jaunes. Il est toutefois possible de tirer quelques conclusions. Premièrement, la position des défenderesses selon laquelle toute publicité locale constitue de la publicité directive *peu importe* le média utilisé ne saurait tenir. Dans la propre documentation émanant de Télé-Direct, la télévision, la radio et l'affichage extérieur, en particulier, ne sont clairement pas considérés comme des médias directifs. On y dit que la télévision est peu utile aux derniers stades du cycle d'achat; sa force réside dans sa capacité de donner de la notoriété et de stimuler l'intérêt, au début du cycle seulement. La radio et l'affichage extérieur jouent un rôle aux derniers stades du cycle, mais il ne s'agit pas tant de diriger que de conférer un sentiment d'« urgence » ou de servir de « rappel » d'autres messages publicitaires.

Il ne faut pas en conclure que ces médias *ne peuvent* jamais servir à la publicité directive. La possibilité existe, mais, pour déterminer si divers médias ont la même utilisation finale, il faut tenir compte de l'utilisation habituelle et non de simples possibilités non étayées par des éléments de preuve. Le Tribunal estime qu'à la présente étape de l'analyse, les médias électroniques et l'affichage extérieur peuvent être exclus de la définition du marché, car ce ne sont pas des médias directifs et qu'ils n'ont donc pas la même utilisation finale que les Pages Jaunes. Puisqu'ils ne

satisfont pas à une condition « essentielle » pour leur inclusion dans le marché pertinent du produit, il n'en sera plus question dans les présents motifs.

Deuxièmement, il n'est pas certain que la publicité « régulière » publiée dans les journaux et les revues (par opposition à la publicité paraissant dans les suppléments spéciaux ou les annonces classées) appartient légitimement à la publicité directive. En se fondant sur la liste incluse dans la lettre de M. Bourke, que celui-ci a mise à jour dans son témoignage et qu'il est donc possible de considérer comme aussi complète que Télé-Direct le voudrait, on pourrait l'exclure à cette étape-ci. Le *Multimedia Training Course* (cours de formation multimédia), toutefois, qualifie la publicité dans les « journaux », sans donner plus de précisions à son sujet, de publicité directive. Étant donné la fonction préliminaire des critères d'application de l'interchangeabilité fonctionnelle et le modèle global que les défenderesses ont employé dans leur argumentation, le Tribunal ne clora pas ici l'analyse relative aux journaux. Il ne sera plus question des revues, toutefois, puisque les deux parties en ont très peu traité dans le reste de la preuve et de l'argumentation.

4) Autres indices pertinents

Après avoir déterminé que certains médias locaux, mais non pas tous, satisfont au critère préliminaire de l'interchangeabilité fonctionnelle, nous allons maintenant examiner la preuve et l'argumentation portant sur les indices pratiques restants pour établir si ces médias sont de proches substituts et s'ils appartiennent au même marché du produit que la publicité-annuaire.

a) Caractéristiques physiques et techniques

Les annuaires téléphoniques paraissent chaque année; ils sont exhaustifs tant parce qu'ils énumèrent tous les fournisseurs et que parce qu'ils sont remis à tous les abonnés et ils sont régis par leurs propres règles quant à la teneur de la publicité. Le directeur est d'avis que ces caractéristiques distinguent les Pages Jaunes des autres médias.

Les défenderesses, pour leur part, affirment que chaque média a « ses forces et ses faiblesses » et peut prétendre à l'unicité. Elles font valoir que pour placer deux produits sur des marchés différents, il ne suffit pas de seulement énumérer un « catalogue » de différences. Pour elles, le Tribunal doit se demander si le produit revêt un caractère unique du fait de la présence d'un élément qui limite substantiellement la propension des *acheteurs* (en l'espèce, les annonceurs) à substituer d'autres produits au produit visé. Le Tribunal convient que le fait d'examiner les caractéristiques physiques et techniques séparément de l'opinion et du comportement des acheteurs revêt un caractère quelque peu artificiel. C'est toutefois ainsi que les parties ont choisi de structurer leur argumentation et leur preuve; c'est pourquoi le Tribunal se bornera, dans la présente section de ses motifs, à examiner les points qu'elles ont soulevés sous cette rubrique. L'importance de ce facteur réside principalement en ce qu'il fournit des renseignements généraux utiles pour l'analyse du facteur suivant : l'opinion et le comportement des acheteurs.

i) Intemporalité/permanence

Les annonces qui paraissent dans les Pages Jaunes sont préparées plusieurs mois avant d'être publiées et doivent pouvoir tenir pendant toute l'année qui s'écoule avant la parution du nouvel annuaire. Les Pages Jaunes ne peuvent donc être utilisées pour transmettre des renseignements à caractère temporel. Comme l'a signalé le professeur Schwindt, témoignant pour le directeur, cette caractéristique met les Pages Jaunes à part des autres médias directifs, comme la publicité par correspondance ou les suppléments de revues ou de journaux, auxquels on a tendance à s'adresser pour faire connaître des renseignements à caractère temporel, tels les prix. En fait, les règlements de Télé-Direct interdisaient encore récemment d'inclure des prix dans la publicité-annuaire afin d'éviter des poursuites pour publicité trompeuse. L'interdiction a maintenant été abolie, mais il est permis de douter que, dans un monde où tout change rapidement, le prix puisse constituer un élément important de la publicité-annuaire, les annuaires étant un média imprimé modifié une fois l'an seulement⁵⁸. Les témoignages des annonceurs étayaient amplement la conclusion voulant que les Pages Jaunes ne soient *pas* utilisées pour la publicité à caractère temporel⁵⁹.

⁵⁸ Des expériences auraient cours aux États-Unis. Dans certaines villes, les restaurants auraient le droit de faire paraître des annonces comprenant leur menu. Dans un environnement économique relativement stable, des entreprises de cette industrie peuvent être disposées à prendre le risque de maintenir des prix pour aussi longtemps qu'un an.

⁵⁹ Voir, par ex., le témoignage de Jack Forrester de HOJ Car and Truck Rentals, lequel affirme qu'il ne fait pas appel aux Pages Jaunes pour les spéciaux ou les promotions : transcription, vol. 5 à la p. 778 (11 septembre 1995); le témoignage de Jean-Yves Laberge du Groupe Turpin, oeuvrant dans la vente et la location d'automobiles, selon lequel il annonce les prix et les spéciaux dans les journaux mais non dans les Pages Jaunes : transcription, vol. 13 aux pp. 2406-407 (3 octobre 1995); le témoignage de Steve Kantor de Tiremag Corp., un commerce vendant des roues et des pneus, selon lequel il ne peut utiliser les Pages Jaunes pour annoncer des produits ou des prix saisonniers : transcription, vol.17 aux pp. 3288-89 (11 octobre 1995).

Les défenderesses parlent de l'impossibilité d'utiliser les Pages Jaunes pour faire connaître des renseignements à caractère temporel comme d'une « faiblesse », et voient dans la « permanence » la « force » opposée à cette faiblesse. En s'appuyant sur l'affidavit en réfutation du professeur Willig⁶⁰, elles concluent que l'existence d'une faiblesse dans les Pages Jaunes ne signifie pas que les annonceurs *ne* substitueraient *pas* un autre média aux Pages Jaunes; elle indiquerait probablement qu'ils *procéderaient* à une substitution. Elles voient donc dans toute faiblesse signalée une preuve de la vulnérabilité des Pages Jaunes et non la preuve que les produits auxquels les Pages Jaunes sont comparées peuvent ne pas être de proches substituts.

Le Tribunal ne saurait accepter qu'une « faiblesse » puisse seule établir le caractère substitutif ou même autoriser à penser que celui-ci existe. La substitution n'est pas un processus à sens unique. La conclusion quant à l'existence ou l'absence de proches substituts ne repose pas sur une substitution asymétrique. Certes, il faut déterminer si *d'autres médias* peuvent facilement être substitués *aux* Pages Jaunes, mais il importe également, à l'inverse, d'être convaincu que les *Pages Jaunes* peuvent facilement être substituées à d'autres médias.

Pour la raison même que les annuaires téléphoniques ne conviennent pas aux renseignements à caractère temporel, ils constituent la source unique de publicité directive dont les annonceurs peuvent être à peu près certains qu'elle sera conservée longtemps par les

⁶⁰ Le paragraphe 24 de l'affidavit en réfutation du professeur Willig (pièce R-181) est ainsi conçu :

[TRADUCTION]

... En économie, il est difficile de voir comment des caractéristiques négatives peuvent contribuer à une manifestation de dominance dans un marché pertinent étroit. Ces caractéristiques influent plutôt sur la volonté des acheteurs de choisir un produit de substitution, de sorte que si leur existence plaiderait le moins en faveur de quelque chose, ce serait en faveur d'une définition plus large, et non plus étroite, du marché pertinent.

consommateurs. Exception faite des catalogues, dont la validité peut souvent aller jusqu'à six mois, les renseignements communiqués dans d'autres médias deviennent rapidement périmés et sont vite éliminés. Les catalogues, par contre, donnent généralement des renseignements émanant d'un seul vendeur et ne couvrent pas la vaste gamme de produits et services qu'on trouve dans les Pages Jaunes. La permanence relative des annuaires étaye la position du directeur selon laquelle les Pages Jaunes sont le seul média directif renseignant avec continuité sur tous les fournisseurs existants.

ii) Exhaustivité

Les défenderesses reconnaissent le caractère unique que confère aux annuaires téléphoniques le fait qu'ils renferment une liste exhaustive de fournisseurs. Elles soutiennent toutefois que l'exhaustivité provient des inscriptions gratuites, et que les annuaires continueraient d'être exhaustifs même s'ils ne contenaient aucune publicité par grande annonce. C'est vrai. Elles ajoutent que les annonceurs n'attachent de l'importance à l'exhaustivité *que* s'ils visent des clients qui communiquent avec *tous* les fournisseurs inscrits avant d'effectuer un achat, auquel cas ils n'ont pas besoin d'une grande annonce. Cette dernière affirmation ne tient pas. Les annonceurs qui ont témoigné devant le Tribunal ont dit clairement que l'exhaustivité des Pages Jaunes est un avantage pour eux parce qu'elle fait en sorte que les consommateurs en général utilisent ce média. (Comme le média est directif, il s'agit de consommateurs qui sont prêts à se procurer un bien ou un service et qui cherchent un fournisseur.) Si les consommateurs consultent les Pages Jaunes en raison de leur exhaustivité, les annonceurs estiment qu'il est avantageux d'y placer une

annonce pour faire en sorte que ces consommateurs choisissent leur établissement plutôt que celui d'un autre fournisseur.

Relativement à la distribution, les défenderesses ne contestent pas qu'il n'existe aucun autre média jouissant d'une distribution aussi complète. Tous les abonnés aux services téléphoniques, c'est-à-dire l'immense majorité de la population, reçoivent un annuaire téléphonique. Les défenderesses soutiennent que les personnes qui reçoivent les Pages Jaunes, et qui forment donc le bassin de consommateurs potentiels des entreprises inscrites dans les Pages Jaunes ou annonçant dans celles-ci, sont aussi exposées à d'autres médias qui ne demandent pas un geste concret de leur part, c'est-à-dire la décision de consulter les Pages Jaunes. En fait, cet argument, en ne tenant pas compte du fait que la nature volontaire des Pages Jaunes (les consommateurs doivent décider de les consulter pour être exposés à la publicité) signifie qu'elles ne sont *pas* utilisées pour les mêmes fins que les médias créatifs (où les consommateurs sont involontairement exposés à la publicité parce qu'ils se servent des médias à des fins récréatives ou informatives), n'est qu'une reformulation de la position des défenderesses selon laquelle tous les médias ont la même utilisation finale. Le Tribunal a conclu que les Pages Jaunes sont un média directif. L'exposition aux médias créatifs n'est pas un élément pertinent puisque ces médias servent des fins différentes.

Les défenderesses soulignent également qu'un annuaire donné peut avoir une aire de distribution trop large pour un annonceur particulier, que celui-ci peut vouloir atteindre un territoire géographique limité et pourrait le faire plus économiquement en utilisant des

prospectus. Cette question sera abordée dans la prochaine section, où le Tribunal examinera si les caractéristiques uniques des Pages Jaunes revêtent pour les acheteurs une valeur importante qui limiterait leur choix de médias.

iii) Autres restrictions

Aux règles des Pages Jaunes restreignant la publicité sur les prix, s'ajoutent d'autres règles portant sur la publicité comparative, l'utilisation de coupons et l'emploi de superlatifs. L'effet de ces restrictions n'a pas été prouvé. Toutefois, leur existence indique à tout le moins que les éditeurs d'annuaires téléphoniques souhaitent et souhaitent toujours donner à leur média un encadrement qui le démarque des autres médias. Manifestement, Télé-Direct ne craint pas que ces restrictions fassent perdre des avantages aux Pages Jaunes et que les annonceurs leur substituent un autre média.

En résumé, tous les médias présentent des forces et des faiblesses. Contrairement aux arguments avancés par les défenderesses, toutefois, le Tribunal est d'avis que les « faiblesses » des Pages Jaunes comme média publicitaire ne signifient pas que les annonceurs vont facilement les abandonner pour un autre média. On ne peut conclure que des annonceurs, qui tiennent à donner des renseignements sur les prix et *sont dans l'impossibilité* de recourir aux Pages Jaunes pour le faire à cause des restrictions en vigueur ou parce que les renseignements doivent demeurer constants pendant une longue période, *substituent les journaux aux Pages Jaunes* s'ils décident de placer leur publicité dans ce média. De la même façon, si les journaux ne répondent

pas aux aspirations d'un annonceur d'être annoncé dans un instrument de « référence », sa décision de faire appel aux Pages Jaunes ne peut être considérée comme une *substitution des Pages Jaunes aux journaux*. Autrement dit, les forces et les faiblesses dans des domaines qui importent aux annonceurs sont en réalité des caractéristiques qui tendent à *nier* le caractère substitutif. L'existence de différences importantes (pour les annonceurs) entre les Pages Jaunes et d'autres médias tendrait à indiquer que les autres médias ne sont pas de proches substituts des Pages Jaunes.

b) Opinions, stratégies, comportement et identité des acheteurs

Les deux parties reconnaissent l'importance des opinions, du comportement et de l'identité des acheteurs (en l'espèce les annonceurs des Pages Jaunes). Avant d'aborder le détail de la preuve, il convient de faire état d'abord de ce que pensent le directeur et les défenderesses du caractère substitutif considéré dans la perspective des annonceurs.

Le directeur soutient que les annonceurs ne croient pas qu'il existe de proches substituts de la publicité-annuaire dans les Pages Jaunes. Il fonde cette affirmation sur les témoignages des annonceurs et des représentants d'agence. Ces témoins, même s'ils ne forment pas un échantillon représentatif, ont expliqué leur perception du caractère substitutif de façon convaincante en dépit de la diversité des entreprises visées. Le directeur fait valoir que les annonceurs ne peuvent facilement décider de dépenser ailleurs le budget de publicité qu'ils réservent aux Pages Jaunes, à cause de l'importance qu'ils accordent à certaines caractéristiques uniques de ce média. Il

mentionne à l'appui de cette position la preuve établissant que, pour beaucoup d'annonceurs, les dépenses de publicité dans les Pages Jaunes ne font même pas partie du budget général de « publicité ».

Pour les défenderesses, tous les annonceurs, y compris ceux qui annoncent dans leur média, disposent d'un budget fixe de publicité qu'ils répartissent entre divers médias (l'« ensemble des médias ») en fonction du rendement optimal qu'ils peuvent tirer de ces dépenses. Les décisions d'attribution dépendent des perceptions qu'ils ont de la rentabilité relative de ces dépenses. Les dépenses effectuées auprès des Pages Jaunes sont donc sujettes à réduction (réduction de la taille de l'annonce ou du nombre de couleurs) ou à élimination pour permettre l'augmentation des dépenses auprès d'autres médias locaux perçus comme plus rentables. Les défenderesses mettent l'accent sur la possibilité qu'il se produise d'importantes substitutions entre médias « au seuil critique ».

Les défenderesses prétendent que la preuve démontre ce qui suit (bien qu'elles n'aient pas présenté les différentes affirmations dans le même ordre) :

- 1) les entreprises qui annoncent dans les annuaires de Télé-Direct (les « clients actuels de Télé-Direct ») annoncent également dans divers autres médias;

2) les clients actuels de Télé-Direct considèrent d'autres médias comme des véhicules publicitaires ayant autant ou plus de valeur que les Pages Jaunes et peuvent leur attribuer un ordre de priorité aussi élevé ou même plus élevé dans l'ensemble de médias;

3) des clients actuels de Télé-Direct appartenant au même secteur d'activités commerciales peuvent choisir un ensemble de médias différent et ne pas accorder la même importance à la publicité dans les Pages Jaunes (annonce plus grande ou plus petite, en noir et blanc, en couleur);

4) beaucoup des entreprises qui n'annoncent pas dans les Pages Jaunes (les « non-annonceurs ») annoncent ailleurs;

5) les annonceurs qui ont cessé d'annoncer dans les Pages Jaunes (les « anciens clients de Télé-Direct ») continuent d'annoncer dans d'autres médias;

6) les anciens clients de Télé-Direct ont une opinion négative de la valeur des services de Télé-Direct par rapport à ceux d'autres fournisseurs.

Les défenderesses avancent que ces affirmations appuient leur théorie selon laquelle les annonceurs modifient facilement l'attribution entre médias de leurs dépenses de publicité et que, par conséquent, la publicité dans les Pages Jaunes et la publicité dans les autres médias locaux occupent le même marché du produit. Elles signalent aussi quelques éléments de preuve qui,

selon elles, démontrent un déplacement *réel* des dépenses de publicité des annonceurs vers d'autres médias.

Deux observations préliminaires s'imposent. La première a trait à l'emploi d'une expression comme « au seuil critique », qui invite en fait le Tribunal à ne pas tenir compte du *cellophane fallacy* à cause de son insistance sur les prix courants plutôt que sur le prix concurrentiel⁶¹. Toute entreprise ou tout groupe d'entreprises ayant exploité pleinement sa puissance commerciale peut voir se produire une certaine substitution si le prix relatif de ses produits monte encore. L'incapacité d'une entreprise d'augmenter les prix sans entraîner de substitution « au seuil critique » provient, dans une telle situation, de ce qu'elle a déjà exercé sa puissance commerciale *et non* de ce que la présence de proches substituts l'empêche de l'exercer.

Deuxièmement, l'affirmation selon laquelle les budgets de publicité sont fixes peut s'appuyer sur des éléments de preuve dans le cas de sociétés importantes, mais elle ne se vérifie pas aussi clairement pour les petites sociétés. Le Tribunal reconnaît, cependant, qu'une partie des revenus de Télé-Direct provient probablement d'annonceurs qui disposent de budgets de publicité incluant les Pages Jaunes. Sera donc examinée la question fondamentale de savoir si ces annonceurs, et d'autres, considèrent Télé-Direct et d'autres médias comme de proches

⁶¹ _ Il est établi en économie qu'une entreprise disposant d'une puissance commerciale établira les prix au point d'élasticité de la demande de son produit, c'est-à-dire au point à partir duquel une autre augmentation de prix entraînerait une baisse de revenus attribuable en partie à la décision de consommateurs de se tourner vers d'autres produits qui sont les plus proches substituts *à ce prix*, mais qu'ils ne considéreraient pas comme produits de substitution si l'entreprise jouissant de la puissance commerciale établissait des *prix concurrentiels*. Ce raisonnement dit *cellophane fallacy* (d'après les critiques de la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956)) peut faire conclure à tort qu'une entreprise n'exerce pas de puissance commerciale parce qu'il existe des produits de substitution alors qu'il faudrait tirer la conclusion inverse, savoir que la substitution se produit *à cause* de l'exercice d'une puissance commerciale. En principe, les marchés doivent être définis en fonction de prix concurrentiels.

substituts. Pour ce faire, il pourra s'avérer pratique de procéder à l'examen de la preuve présentée par les parties en s'attachant tour à tour à chaque groupe de clients mentionné dans les affirmations des défenderesses, en commençant par les anciens clients de Télé-Direct, puis en examinant le groupe des non-annonceurs et finalement, celui des clients actuels.

i) Anciens clients de Télé-Direct

Ce groupe est formé des clients de Télé-Direct qui n'annoncent plus *du tout* dans les Pages Jaunes. On s'attendrait par conséquent à ce que leur témoignage accrédite avec le plus de force la théorie des défenderesses au sujet du déplacement facile des dépenses entre médias.

La première constatation qui s'impose, toutefois, est qu'il est impossible d'appliquer à l'ensemble des annonceurs faisant appel aux Pages Jaunes ce qui ressort des témoignages des anciens clients de Télé-Direct. Le *1994 Corporate Post Canvass Analysis Report* (analyse générale des résultats des campagnes de sollicitation préparée en 1994) de Télé-Direct nous apprend que les anciens clients comptaient pour un pourcentage relativement peu important des revenus totaux de Télé-Direct et que le montant qu'ils consacraient individuellement à la publicité dans les Pages Jaunes était de beaucoup inférieur à la moyenne des dépenses annuelles dans ce média. Les revenus qui, en 1993, provenaient d'annonceurs qui avaient cessé complètement d'annoncer dans les Pages Jaunes en 1994 ne représentaient que 1,3 p. 100 des

revenus totaux de Télé-Direct (Publications) Inc. pour 1993. Les dépenses annuelles moyennes de ces annonceurs dans les Pages Jaunes étaient d'environ 700 \$⁶².

Les défenderesses se servent de renseignements sur les anciens clients tirés du rapport Elliott sur la satisfaction des clients⁶³ de janvier 1993, duquel il ressort que les anciens clients considèrent que les produits et services de Télé-Direct, dans l'absolu et comparativement à d'autres fournisseurs, sont de « piètre valeur » et, généralement, de qualité passable à mauvaise.

Comme les anciens clients ont pu répondre à des questions concernant d'autres fournisseurs, les résultats indiquent donc que *certain*s d'entre eux utilisent d'autres médias, mais le rapport n'indique pas le pourcentage d'anciens clients qui, dans les faits, ont eu recours à d'autres médias ni desquels ils se servent. Le *1994 Corporate Post Canvass Analysis Report* (analyse générale des résultats des campagnes de sollicitation préparée en 1994) nous apprend que les anciens annonceurs dépensaient relativement peu pour leurs annonces dans les Pages Jaunes, ce qui tendrait à indiquer que leurs possibilités de se procurer d'autres services publicitaires sur une base annuelle grâce à l'argent ainsi libéré sont en fait assez minces, étant donné le coût de certains médias (en particulier les journaux, la radio et la télévision) présentés comme de proches substituts. L'enquête constate également que le degré de satisfaction des anciens clients à l'égard de Télé-Direct n'est pas élevé, ce qui ne saurait surprendre. Elle ne démontre pas d'une façon convaincante, par ailleurs, qu'un pourcentage important d'anciens

⁶² Pièce confidentielle CJ-28 (vol. noir n° 7), onglet 42 à la p. 129284. Les clients ayant annulé leurs services téléphoniques d'affaires ne sont pas inclus. Il ne s'était pas produit de changement général de prix entre 1993 et 1994, mais quelques systèmes de primes avaient été appliqués.

⁶³ Pièce confidentielle CJ-14 (vol. bleu n° 5), onglet 173.

clients ont reporté *sur d'autres* médias, les dépenses publicitaires qu'ils faisaient dans les Pages Jaunes ni que les Pages Jaunes ont perdu des annonceurs parce qu'elles sont vulnérables à la concurrence des autres médias et non du fait de leurs propres lacunes.

Le directeur, quant à lui, fait état de deux rapports de Télé-Direct exposant les raisons que les clients ont données aux représentants commerciaux de la société pour expliquer le retrait de leurs annonces : le *P.A.R. (Potential Advertiser Retrieval) Summary* (données sur la sollicitation d'annonceurs potentiels (SAP)) et le *Wipe Out Sampling Summary* (donnée de sondage sur les anciens annonceurs)⁶⁴. On peut inférer du fait que les représentants ont pu communiquer avec les clients que ceux-ci ont poursuivi leur entreprise et qu'ils ont conservé une inscription téléphonique commerciale.

Télé-Direct s'est servie des formules *P.A.R. (SAP)* remplies par les clients ayant annulé leur annonce pour tenter de comprendre la raison de cette décision. La formule énumérait, parmi les raisons possibles, l'« essai d'un autre média ». Que cette raison ait figuré sur la formule, c'est-à-dire que Télé-Direct ait été consciente de la possibilité que ses annonceurs s'adressent à d'autres médias, paraît « notable » au professeur Willig. Toutefois, le *P.A.R. Summary* (données sur la SAP), imprimé au mois de septembre 1995, montre que seulement quatre des 203 anciens clients (deux pour cent) interrogés ont affirmé avoir annulé parce qu'ils faisaient l'« essai d'un autre média ». Le professeur Willig a reconnu qu'un chiffre aussi bas serait assez significatif et indiquerait un faible taux de déplacement entre médias si l'étude prétendait à l'exhaustivité.

⁶⁴ Pièce confidentielle CJ-87 (vol. noir n° 14), onglet 111 à la p. 134805; pièce confidentielle CJ-33 (vol. noir n° 12), onglet 85 à la p. 132815.

Pour contrer l'effet de ce faible pourcentage, les défenderesses soutiennent que le dénominateur pertinent est, en réalité, inférieur à 203, dans la mesure où 56 clients allaient probablement se retirer des affaires et auraient dû être exclus. En retranchant ces clients, seulement trois pour cent des anciens clients interrogés ont donné « l'essai d'un autre média » comme raison de l'annulation de leur publicité dans les Pages Jaunes.

Les défenderesses excluraient encore 84 clients ayant donné diverses raisons autres que l'« essai d'un autre média » comme raison de l'annulation (par exemple, « raisons financières », « restructuration », « refus de motiver », « clients recrutés le plus souvent par indication ») pour ramener l'échantillon à 63. Elles incluraient également dans le numérateur, avec les annonceurs ayant choisi la réponse « essai d'un autre média », 47 annonceurs ayant donné diverses autres réponses⁶⁵, soutenant que ces annonceurs utilisaient probablement déjà d'autres médias et qu'ils ne répondraient donc pas qu'il voulaient « en essayer » d'autres pour expliquer qu'ils déplaçaient leurs dépenses vers un média vu comme étant plus efficace. Les défenderesses prétendent qu'ainsi réorganiser, le rapport donne un taux de réponse de 81 p. 100 en faveur du caractère substitutif des médias.

Rien dans le rapport ne sous-tend les changements proposés par les défenderesses. Au mieux, les inclusions et exclusions auxquelles elles procéderaient reposent sur des hypothèses. Exception faite du retrait des clients ayant mis un terme à leur entreprise, le rapport doit être examiné tel qu'il a été préparé. S'il est significatif, ainsi que l'affirme le professeur Willig, que

⁶⁵ « N'y croient pas », « résultats insuffisants » et « n'a pas besoin d'une vaste notoriété ».

Télé-Direct ait voulu savoir si ses anciens clients faisaient l'« essai d'autres médias » et qu'elle leur ait offert cette possibilité de réponse, il l'est aussi qu'ils aient ou non choisi cette réponse. Chaque répondant aurait pu sélectionner cette réponse si elle avait été le principal facteur qui leur avait fait abandonner les Pages Jaunes.

Dans l'ensemble, le *P.A.R. Summary* (données sur la SAP) démontre qu'une poignée de clients seulement auraient remplacé la publicité dans les Pages Jaunes par d'autres véhicules publicitaires et, même dans ce cas, cela nous apprend peu de choses sur le caractère substitutif. Ces clients ont déclaré qu'ils faisaient l'« essai d'autres médias ». Il est impossible de dire, sans vérifier s'ils ont trouvé d'autres véhicules publicitaires qui stimulaient plus efficacement leurs ventes, si, pour eux, d'autres médias constituaient de proches substituts. Du reste, certains de ces clients, peuvent très bien être revenus aux Pages Jaunes parce qu'ils n'ont *pas* trouvé un média répondant à leurs besoins.

De la même façon, le *Wipe Out Sampling Summary* (données de sondage sur les anciens annonceurs) préparé par Télé-Direct indique que seulement deux anciens clients sur les 87 qui étaient visés (environ deux pour cent) ont fait l'« essai d'autres méthodes de publicité ». Les défenderesses tentent de réinterpréter ces résultats comme elles l'ont fait pour le *P.A.R. Summary* (données sur la SAP), c'est-à-dire en réduisant le dénominateur. Encore une fois, le document lui-même ne permet pas une telle réinterprétation, il tend plutôt à confirmer les conclusions tirées du *P.A.R. Summary* (données sur la SAP) selon lesquelles très peu de clients ont abandonné la publicité dans les Pages Jaunes en faveur d'autres véhicules publicitaires.

ii) Non-annonceurs

Le taux global de pénétration de Télé-Direct est d'environ 50 p. 100, ce qui signifie, ainsi que l'affirment les défenderesses, que certaines entreprises n'achètent aucune publicité dans les Pages Jaunes. Il est probablement vrai, également, que la plupart des entreprises annoncent d'une façon ou d'une autre. Que trouve-t-on dans la preuve au sujet de la catégorie des non-annonceurs? Leurs dépenses de publicité sont-elles susceptibles de passer facilement du véhicule utilisé actuellement aux Pages Jaunes (et vice-versa)?

Télé-Direct divise cette catégorie en deux groupes : les entreprises peu susceptibles d'annoncer dans les Pages Jaunes (marché 6)⁶⁶ et les entreprises qui présentent un certain potentiel (marché 7). Les entreprises appartenant au marché 6 ne sont pas contactées au cours des campagnes de sollicitation, et environ 85 p. 100 de celles qui appartiennent au marché 7 le sont. Valerie McIlroy, vice-présidente au marketing de Télé-Direct jusqu'au mois de juillet 1994, et David Giddings, vice-président aux ventes, ont tous deux décrit la façon dont Télé-Direct contacte les entreprises non-clientes comme une « campagne-éclair ». Pendant une campagne de sollicitation, un ou deux jours sont, de temps à autre, désignés comme « jours de campagne-éclair sur les non-annonceurs », et les télé-vendeurs travaillent essentiellement à en appeler autant qu'ils le peuvent chaque jour, soit jusqu'à 20 à 30 appels. Le taux de succès de ces campagnes-éclair est au plus de cinq pour cent.

⁶⁶ Par exemple, les personnes exerçant des professions interdisant la publicité, les magasins à prix modiques, les emplacements en construction.

Si, comme les défenderesses le prétendent, tous les médias sont de proches substituts et les budgets de publicité sont si fluides, on pourrait penser que Télé-Direct aurait de bonnes chances de gagner aux Pages Jaunes les clients des autres médias. Télé-Direct, pourtant, n'a pas remporté beaucoup de succès auprès des non-annonceurs. De plus, la méthode adoptée pour les recruter, savoir les journées de « campagne-éclair » téléphonique, indique peu si Télé-Direct les considère comme des « bons » clients potentiels méritant qu'elle consacre beaucoup de temps et d'argent pour les convertir. On peut présumer que les anciens clients des Pages Jaunes feraient des candidats particulièrement prometteurs, mais même à l'égard de ce groupe, Télé-Direct ne semble pas consacrer d'efforts particuliers.

L'une des études mentionnées par les défenderesses ne comportant pas de renseignements particuliers sur les non-annonceurs est l'étude réalisée en 1990 par Impact Research⁶⁷. L'étude porte sur des entrevues effectuées auprès de 36 personnes des milieux d'affaires de Montréal et de Toronto, dont la moitié était des non-annonceurs⁶⁸. Des indices donnent à penser que certaines de ces personnes avaient probablement recours à un autre média, mais l'étude ne renferme aucune donnée sur leur nombre et sur la nature des autres médias.

Quoi qu'il en soit, les conclusions de l'étude n'appuient pas les prétentions des défenderesses au sujet des possibilités de déplacement des budgets de publicité entre les médias locaux, à la recherche de la solution la plus « rentable ». Dix-sept des 18 non-annonceurs disaient

⁶⁷ Pièce confidentielle CJ-18 (vol. bleu n° 9), onglet 249.

⁶⁸ Contrairement à la définition habituelle de Télé-Direct, ces « non-annonceurs » pouvaient avoir une inscription en caractères gras.

qu'ils n'annonçaient pas [TRADUCTION] « principalement parce qu'ils *ne croyaient pas que leurs clients potentiels consultaient les Pages Jaunes* ». Seize d'entre eux n'avaient pas l'intention d'annoncer dans la prochaine édition des Pages Jaunes parce qu'ils étaient convaincus que cet annuaire [TRADUCTION] « *n'était pas le média qui convenait* à leurs besoins publicitaires »⁶⁹. Deux étaient indécis.

Les opinions exprimées par les non-annonceurs n'appuient pas les prétentions selon lesquelles la substitution entre les Pages Jaunes et tous les autres médias locaux s'opère facilement. La preuve soumise tendrait plutôt à établir le contraire.

iii) Clients actuels de Télé-Direct

Les défenderesses insistent beaucoup sur le fait que les entreprises qui annoncent actuellement dans les Pages Jaunes font appel à un éventail de médias et que beaucoup d'entre elles croient que les autres médias valent autant sinon plus que les Pages Jaunes. Les défenderesses avancent que, parce que bon nombre d'entre elles annoncent dans divers médias, elles peuvent donc transférer entre ceux-ci les sommes qu'elles consacrent à la publicité, en fonction des changements se produisant dans le rendement qu'elles en tirent.

⁶⁹ _ *Supra* note 67 aux pp. 107661 et 107681 [non mis en évidence dans l'original]. L'un des non-annonceurs venait de mettre son entreprise sur pied et n'avait pu préparer une annonce avant la date de tombée.

Les dépositions des témoins annonceurs cités par le directeur ainsi que les enquêtes de Télé-Direct déposées en preuve⁷⁰ confirment que les entreprises annonçant dans les Pages Jaunes ont tendance à ne pas se fier uniquement à ce média. Beaucoup font appel à une gamme de médias. Même à l'intérieur d'une rubrique des Pages Jaunes, certaines entreprises réduisent la taille de leur annonce, renoncent à la couleur ou se contentent de l'inscription gratuite, ce qui peut libérer des fonds susceptibles d'être utilisés pour d'autres médias. Toutefois, ce phénomène pris isolément n'est pas très concluant. Ainsi que l'a reconnu le professeur Willig, l'utilisation de plus d'un média publicitaire ne nous apprend rien sur la question de savoir si les médias en question sont des substituts ou des compléments⁷¹ ou s'ils n'ont aucun lien entre eux. Pour pouvoir tirer des conclusions à propos du caractère substitutif, il faut disposer d'éléments de preuve établissant que, *dans les faits*, les annonceurs se tournent vers différents médias à la suite de mouvements concurrentiels de ces médias.

Les défenderesses s'appuient principalement sur le rapport Elliott de janvier 1993 comme preuve relative aux clients actuels. Ces derniers devaient, comme les clients qui avaient cessé d'annoncer dans les Pages Jaunes, évaluer Télé-Direct sur le plan du rapport qualité-prix et de la qualité générale. Beaucoup des clients actuels croient que les services offerts par les autres médias valent ou dépassent ceux des Pages Jaunes sur ce plan. Trente-cinq pour cent d'entre eux

⁷⁰ Par ex., les rapports Elliott : pièce confidentielle CJ-14 (vol. bleu n° 5), onglet 173 (janvier 1993) et pièce confidentielle CJ-19 (vol. bleu n° 10), onglet 285 (février 1993 - Terre-Neuve); l'enquête *V.I.A. (ATI)* : pièce confidentielle CJ-11 (vol. bleu n° 2), onglet 89; *Yellow Pages Satisfaction Study* (étude sur la satisfaction à l'égard des Pages Jaunes) (Omnifacts Research) : pièce confidentielle CJ-15 (vol. bleu n° 6), onglet 199.

⁷¹ Le terme « complément » est la plupart du temps utilisé ici dans son sens ordinaire et non dans son sens économique strict. Personne n'a affirmé que les différents médias publicitaires étaient complémentaires au sens où une réduction du prix de l'un entraînerait un accroissement du prix de l'autre. Il exprime plutôt l'idée que les Pages Jaunes remplissent un rôle différent des autres médias et sont donc nécessaires pour compléter un programme publicitaire.

sont d'avis que la qualité relative des services des Pages Jaunes est analogue à celle des autres fournisseurs, mais que leur rapport qualité-prix est beaucoup ou quelque peu inférieur. De la même façon, 38 p. 100 des clients estiment que les prix demandés par les Pages Jaunes sont élevés ou très élevés par rapport à ceux des autres fournisseurs. Dans la région de l'Ouest (Ontario), 56 p. 100 des clients importants croient que les prix des Pages Jaunes sont élevés ou très élevés, tandis que seulement cinq pour cent sont d'avis qu'ils sont bas ou très bas. Les défenderesses affirment que ces chiffres démontrent la vulnérabilité des Pages Jaunes à l'adoption d'autres médias par les annonceurs.

Le Tribunal considère plutôt que ces résultats tendent à contredire l'affirmation des défenderesses selon laquelle tous les médias sont de proches substituts et non à l'appuyer. Il est difficile de conclure que des clients qui peuvent recourir à de bons produits de substitution continuent à en acheter un qu'ils estiment trop cher et d'un piètre rapport qualité-prix. Si tous les médias étaient de proches substituts, on s'attendrait plutôt à ce que le média qui paraît offrir une plus grande qualité à meilleur prix soit celui qui attire les clients de préférence aux autres. Pourtant, des clients mécontents de Télé-Direct continuent apparemment à annoncer dans les Pages Jaunes même s'ils pensent que d'autres médias offrent autant ou plus à moindre coût. Le rapport Elliott accrédite davantage l'affirmation selon laquelle Télé-Direct dispose d'une puissance commerciale assez confortable pour lui permettre de conserver ses clients même si un nombre important d'entre eux n'ont pas une haute opinion du service et des prix que l'affirmation voulant que Télé-Direct soit en concurrence avec des fournisseurs de proches produits de substitution.

Les défenderesses font également état d'une étude réalisée à Terre-Neuve en 1994 par Omnifacts Research⁷². L'étude a comporté quatre sessions de groupes de discussion touchant 31 annonceurs ayant recours aux Pages Jaunes, deux sessions auprès de nouveaux annonceurs et deux sessions auprès de clients établis⁷³. Des entrevues en profondeur ont été effectuées avec 16 clients, dont 10 avaient réduit leurs dépenses dans les Pages Jaunes. Beaucoup des clients avaient également recours à d'autres médias, principalement imprimés, savoir à des publications spécialisées, à des prospectus et à la publicité par correspondance pour attirer de nouveaux clients et aux prospectus et à la publicité par correspondance pour s'adresser aux clients établis.

Les participants étaient généralement d'avis qu'ils *devaient* annoncer dans les Pages Jaunes. Ils estimaient communément qu'il était difficile de juger de l'efficacité de la publicité qu'ils faisaient, y compris de celle qui paraissait dans les Pages Jaunes. Ils ont manifesté beaucoup d'incertitude, en particulier, quant à l'efficacité des annonces de grande taille ou en couleur de ce média. Les clients établis [TRADUCTION] « ont tendance à emboîter le pas à leurs concurrents lorsqu'il s'agit de décider du recours aux Pages Jaunes et de la taille des annonces. La plupart d'entre eux sont manifestement incertains de l'efficacité réelle de la publicité dans les Pages Jaunes, mais ils considèrent tous qu'ils doivent y figurer »⁷⁴. Certains se sont dits mécontents du nombre de rubriques, car ils se sentaient obligés d'annoncer sous plusieurs d'entre elles si leurs concurrents le faisaient.

⁷² *Supra* note 70.

⁷³ *Ibid.* Les nouveaux annonceurs étaient généralement de très petites entreprises; les clients établis étaient des entreprises plus importantes

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 116796.

Les résultats des entrevues réalisées auprès de clients qui avaient réduit leurs dépenses dans les Pages Jaunes sont particulièrement significatifs. Le rapport expose ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les sociétés qui ont déclaré avoir réduit leurs dépenses appartiennent à deux groupes principaux : celles qui l'ont fait pour diminuer leurs dépenses et celles qui l'ont fait parce qu'elles ne considèrent pas que les Pages Jaunes leur permettent efficacement de rejoindre les marchés visés.

Les sociétés qui cherchaient à diminuer leurs dépenses estimaient essentiellement que la situation économique actuelle faisait décliner leurs revenus...

Les clients qui avaient réduit leurs dépenses dans les Pages Jaunes parce qu'ils ne les considéraient pas comme un média efficace ont déclaré que leurs marchés appartenaient principalement au secteur industriel ou au secteur des services aux entreprises et que la nature des produits et services qu'ils offraient faisait que les Pages Jaunes n'étaient pas l'instrument approprié pour rejoindre le marché visé⁷⁵.

Dans l'un ou l'autre cas, il n'appert d'aucune façon que les clients ont diminué leurs dépenses de publicité dans les Pages Jaunes pour pouvoir employer ces économies dans d'autres médias⁷⁶.

Par ailleurs, en ce qui a trait à la preuve du directeur, les témoignages d'annonceurs et d'autres participants sur le marché qui représentent les annonceurs appuient fortement la position du directeur selon laquelle les annonceurs ne considèrent pas les Pages Jaunes et les autres médias comme de proches substituts. Bien que les dépenses de plusieurs de ces annonceurs dans

⁷⁵ *Ibid.* aux pp. 116811-12.

⁷⁶ Relativement au déplacement réel d'un média à l'autre, les défenderesses ont mentionné le témoignage d'un serrurier qui a réduit ses dépenses de publicité dans les Pages Jaunes et a fait confectionner des brochures sur le conseil d'un consultant en Pages Jaunes et celui d'un photographe qui a reçu la visite d'un consultant en publicité dans les journaux qui lui a conçu une annonce plus petite pour les Pages Jaunes. Il sera question, dans la prochaine section, des incidences de l'existence et des pratiques des consultants sur le caractère substitutif. Les consultants en matière de publicité dans les journaux et les Pages Jaunes emploient des méthodes similaires : ils tentent de convaincre les annonceurs qu'une annonce plus petite et moins coûteuse sera aussi efficace *dans les Pages Jaunes*. Le directeur a également fourni de nombreux exemples de « non-substitution » où des augmentations ou des réductions de dépenses dans d'autres médias sont restées sans effet sur les dépenses dans les Pages Jaunes.

les Pages Jaunes se situaient près de la moyenne, la plupart d'entre eux figuraient parmi les premiers deux ou trois pour cent en importance des clients de Télé-Direct, c'est-à-dire que leurs dépenses annuelles moyennes allaient de 2 000 \$ à des sommes bien au-dessus de 100 000 \$. Dans la plupart des cas, ces annonceurs consacraient un pourcentage important de leur budget de publicité à d'autres médias, mais un petit nombre de ces témoins dépensaient la presque totalité de leur budget de publicité auprès des Pages Jaunes. Quoi qu'il en soit, les annonceurs qui engagent des sommes importantes pour la publicité dans les Pages Jaunes sont bien placés pour témoigner sur les occasions de substitution entre ce média et d'autres véhicules publicitaires.

Même si la situation des témoins annonceurs ainsi que leur description de leurs stratégies publicitaires diffèrent, aucun d'eux n'a indiqué qu'il était possible de substituer d'autres médias aux Pages Jaunes. Ils ont cependant déclaré qu'ils recouraient à différents médias pour différentes fins. Ils font appel aux Pages Jaunes pour que leur publicité bénéficie des caractéristiques uniques du média, parce qu'il s'agit d'un instrument de référence énumérant tous les fournisseurs disponibles, qui est reçu, conservé et consulté par la plupart des consommateurs. Ils estiment que la publicité dans les Pages Jaunes est rentable à cet égard et suscite un niveau supérieur de réponse de la part des consommateurs.

Certains annonceurs, en particulier ceux qui consacrent des sommes importantes à la publicité, s'adressent à d'autres médias pour « faire connaître ». Les témoins ont recours à d'autres médias pour annoncer des spéciaux, pour mentionner des prix, pour cibler un groupe particulier ou une occasion spéciale. Steve Kantor de Tiremag Corp., une société qui vend des

roues d'aluminium et des pneus, se sert d'autres médias pour ses messages saisonniers, faisant la promotion de l'allure « sportive » au printemps et de la « sécurité » en automne. De la même façon, Kenneth Flinn, qui exploite une entreprise de taxi et de messagerie (Lockerby Taxi Inc.), et confie presque exclusivement sa publicité aux Pages Jaunes, paie des annonces radiophoniques pendant la saison des Fêtes pour inciter à « ne pas conduire après avoir bu ». Les Pages Jaunes ne conviennent pas aux annonces à caractère temporel.

À cet égard, les défenderesses ont tenté de démontrer la vulnérabilité des Pages Jaunes à la substitution, en passant en revue les annonces parues dans des journaux de Toronto, Thornhill, London, Ottawa, Niagara, Sault-Sainte-Marie, St. Catharines et Montréal au cours d'une période de trois semaines. Elles voulaient montrer que des annonceurs avaient recours aux Pages Jaunes et aux journaux et qu'ils pouvaient substituer un média à l'autre⁷⁷. Le professeur Willig signale qu'un [TRADUCTION] « nombre limité » d'annonceurs ont eu recours à des annonces [TRADUCTION] « relativement similaires » dans les journaux et dans les Pages Jaunes. Il ne donne que quatre exemples, dont seulement deux sont identiques; relativement aux deux autres, [TRADUCTION] « l'annonce parue dans le journal renfermait quelques-uns des renseignements figurant dans l'annonce des Pages Jaunes, mais [...] elle comportait aussi des renseignements à

⁷⁷ On a relevé les annonces parues dans les journaux pour le compte d'entreprises relevant des cinq rubriques les plus importantes des annuaires publiés par Télé-Direct dans les régions visées, puis on a vérifié si ces entreprises avaient annoncé dans leur annuaire Pages Jaunes Télé-Direct local. Dans l'ensemble, la recherche a identifié 542 annonceurs appartenant à ces catégories. Trente-neuf pour cent d'entre eux avaient fait paraître de grandes annonces dans le journal examiné et dans l'annuaire Pages Jaunes local, tandis que 61 p. 100 n'avaient pas placé de grande annonce dans leur annuaire Pages Jaunes local. (De ce dernier groupe, 42 p. 100 n'avaient pas de numéro d'affaires dans les Pages Jaunes, et n'y étaient donc inscrits d'aucune façon, 12 p. 100 avaient une inscription en caractères maigres mais pas d'annonce, et un autre six pour cent avaient une inscription en caractères gras mais pas de grande annonce.)

caractère temporel qui ne pouvaient figurer dans de la publicité-annuaire, à cause de la permanence de celle-ci »⁷⁸.

Les défenderesses ont apporté trois autres exemples d'annonces similaires parues dans les journaux et dans les Pages Jaunes⁷⁹. Ce genre d'annonces constitue manifestement un pourcentage très faible de la publicité-annuaire dans les Pages Jaunes. La conclusion que les défenderesses tirent de l'enquête du professeur Willig et des autres exemples revêt également de l'importance. Elles soutiennent que les annonces ne sont qu'« essentiellement » similaires et que, lorsque surviennent des différences, celles-ci découlent souvent du caractère *plus temporel* des journaux. Par exemple, les annonces paraissant dans les journaux mentionnent un prix. Toutefois, elles n'ont soumis aucune preuve permettant de conclure que le prix et d'autres renseignements de nature temporelle présentent une importance négligeable voir nulle pour les annonceurs.

La temporalité que requièrent certains annonceurs ne peut vouloir dire que ceux-ci passeront vraisemblablement *des* Pages Jaunes *aux* journaux et vice-versa. Ils utiliseront plutôt les journaux pour la transmission de messages à caractère temporel parce que ce média remplit bien cette fonction. De la même façon, ils se tourneront vers les Pages Jaunes pour la diffusion de l'information *intemporelle* qui peut profiter des autres caractéristiques des Pages Jaunes.

⁷⁸ Affidavit du témoin expert R. Willig (17 août 1995) : pièce R-180 aux para. 20-22, appendice 2B.

⁷⁹ Pièce R-116. L'une des trois annonces énonçait des prix dans le journal mais non dans l'annuaire.

Des agents spécialisés dans la vente de publicité dans les Pages Jaunes, des agents de publicité générale, un témoin travaillant dans une importante entreprise d'achat de publicité dans les médias et l'ancienne vice-présidente au marketing de Télé-Direct ont également témoigné qu'ils n'avaient pas considéré que d'autres produits pouvaient se substituer aux Pages Jaunes et n'avaient pas relevé une telle opinion chez leurs clients.

Le témoignage du professeur Schwindt appuie l'argument du directeur voulant que des caractéristiques particulières distinguant les Pages Jaunes des autres médias publicitaires déterminent, pour certains types d'entreprises, la décision de recourir ou non à ce média. Ce témoin a montré que les entreprises fournissant des services d'urgence (vitriers, entrepreneurs, plombiers), des services infrequemment employés (avocats, déménageurs, entrepôts, exterminateurs), des services utilisés par les voyageurs (location de voitures), des produits pour lesquels l'utilisation du téléphone est importante (pizza) ou une combinaison de ces produits ou services semblaient utiliser beaucoup les Pages Jaunes. Le professeur Schwindt signale aussi que certains types d'entreprises (épiceries, magasins à rayons, cinémas), qui sont réputées annoncer beaucoup dans d'autres médias comme les journaux et les prospectus, dépensent peu dans les Pages Jaunes.

Par ailleurs, le professeur Willig, témoignant pour les défenderesses, souligne que la question de savoir si Télé-Direct exerce ou non une puissance commerciale, autrement dit la question de savoir si les annonceurs peuvent facilement substituer un autre média au sien, dépend de la demande combinée de tous les annonceurs, y compris ceux qui n'annoncent pas

nécessairement beaucoup dans les Pages Jaunes. Il concède que certains annonceurs ont plus recours que d'autres à la publicité dans les Pages Jaunes et que cela influe sur l'élasticité *moyenne* de la demande et sur la capacité de Télé-Direct d'exercer une puissance commerciale, mais il estime que la présence d'annonceurs prêts à passer à d'autres médias exerce une contrainte sur les prix établis par Télé-Direct. Toutefois, il reconnaît que cette affirmation peut souffrir une exception s'il est démontré que les éditeurs de Pages Jaunes sont en mesure de faire de la discrimination par les prix.

On entend par discrimination par les prix la capacité d'une entreprise disposant d'une puissance commerciale de tirer, lorsqu'elle vend à certains clients, des profits (au sens strict, le prix moins le coût marginal) plus élevés que lorsqu'elle vend à d'autres. Une entreprise qui ne peut se livrer à cette discrimination est soumise à la contrainte qu'exerce sur elle la facilité avec laquelle un certain nombre de ses clients, à tout le moins, peuvent s'adresser à un autre fournisseur si elle augmente ses prix, et elle doit, lorsqu'elle envisage une augmentation de prix, évaluer les gains et les pertes qu'une telle décision entraînera.

Toutefois, lorsqu'une entreprise a trouvé le moyen de faire de la discrimination par les prix, il n'est plus nécessaire qu'elle procède à cette évaluation. Elle continuera de demander aux clients susceptibles de s'adresser ailleurs un prix lui permettant de les conserver, mais elle pourra demander aux clients qui comptent sur ses services, au point qu'ils ne peuvent se tourner vers une autre entreprise, des prix plus élevés qui accroîtront les profits réalisés sur ces ventes. La capacité de se livrer à cette discrimination tend donc à démontrer que l'entreprise n'est pas

menacée par la substitution d'autres produits aux siens, du moins pour ce qui est des clients visés par la discrimination.

Selon l'évaluation de la preuve faite par le Tribunal, Télé-Direct se livre à la discrimination par les prix, mais non entre annonceurs figurant sous des rubriques différentes, c'est-à-dire qu'elle ne demande pas aux plombiers (des entrepreneurs susceptibles de faire beaucoup appel aux Pages Jaunes) des prix plus élevés qu'aux épiciers (susceptibles d'y faire moins appel) pour une annonce similaire. Télé-Direct fait plutôt de la discrimination à l'égard des annonceurs qui dépensent plus dans les Pages Jaunes, en achetant de plus grandes annonces⁸⁰ ou en utilisant de la couleur. Ce qu'il en coûte de plus pour produire de telles annonces et pour fournir les services connexes n'explique pas le surplus de prix demandé aux clients. Les annonceurs plus importants (en termes de dépenses), toutes rubriques confondues, contribuent davantage aux bénéfices réalisés par Télé-Direct que les annonceurs plus modestes. Le professeur Willig reconnaît que si les clients qui demandent de la couleur accordent plus de prix aux Pages Jaunes que ceux qui ne le font pas, le prix de la couleur devient une façon de distinguer entre les clients qui prisent beaucoup les Pages Jaunes et les autres.

Télé-Direct n'a pas à repérer ces entreprises; elles s'identifient elles-mêmes. Les entreprises qui accordent beaucoup de prix aux Pages Jaunes achètent des annonces plus grosses et plus colorées pour que les clients ne soient pas attirés par les annonces de leurs concurrents

⁸⁰ Les annonces dans les Pages Jaunes diffèrent considérablement, sur ce point, des annonces non-classées paraissant dans d'autres médias imprimés (ou même électroniques), du fait que les médias ayant un contenu rédactionnel ou visant à divertir préfèrent habituellement avoir un pourcentage minimal de telles annonces. Ils cherchent à créer un coût de renoncement au recours à de plus grandes annonces, parce que celles-ci enlèvent de l'espace à un autre contenu. Comme les Pages Jaunes n'ont pas ce souci, cela ne devrait pas influencer sur le prix des annonces de plus grande taille.

paraissant sous la même rubrique. C'est ce qu'autorisent à penser les dépenses moyennes importantes par abonné et par annonceur qu'on retrouve sous des rubriques comme « déménagement et entreposage » et cinq autres rubriques prenant les premiers rangs parmi les 25 rubriques principales que le professeur Schwindt a énumérées dans son rapport. L'existence, sous d'autres rubriques, d'annonceurs qui font moins appel aux Pages Jaunes, ne peut influencer sur la capacité de Télé-Direct de tirer des bénéficiaires plus importants des annonceurs se livrant une concurrence serrée sous une rubrique.

En outre, même si les rubriques sont un premier indicateur important de la probabilité qu'une entreprise soit un gros annonceur, il peut y avoir des différences considérables entre annonceurs d'une même rubrique. Un annonceur peut faire paraître une annonce plus grande et plus colorée que ses concurrents de la même rubrique. Le témoignage de Howard Kitchen, dont l'entreprise, Lansing Buildall, une chaîne de magasins de bois de construction, est un annonceur relativement important de l'annuaire de Pages Jaunes de la région de Toronto, illustre ce fait. Interrogé au sujet d'un concurrent important nouvellement arrivé sur le marché qui n'annonçait pas dans les Pages Jaunes, il a signalé que son entreprise encourageait les demandes de renseignements par téléphone, et que son concurrent ne le faisait pas. Les prix demandés par les Pages Jaunes peuvent donc être modulés de façon à tirer profit des plus grands besoins de certains clients au sein d'une même rubrique et entre rubriques. Cette capacité de Télé-Direct de faire de la discrimination par les prix nous amène donc à conclure qu'à tout le moins pour les annonceurs plus importants qui attachent le plus de prix à la publicité dans les Pages Jaunes et

achètent donc de plus grandes annonces ou des annonces en couleur, il n'est pas facile de substituer d'autres médias aux Pages Jaunes.

iv) Conclusion

Il existe peu d'éléments de preuve à l'appui de l'affirmation des défenderesses selon laquelle, pour les annonceurs locaux, tous les médias sont des substituts. La preuve de la substitution d'autres médias aux Pages Jaunes, en particulier, est extrêmement faible. Il n'existe pratiquement aucune preuve que les annonceurs considèrent que les Pages Jaunes servent les mêmes fins que les autres médias ou qu'ils souscrivent à la définition générale avancée par Télé-Direct des buts poursuivis par les Pages Jaunes. La preuve indique certes que les dépenses en matière de publicité ont changé, mais ces changements sont liés aux modifications des conditions économiques ou des stratégies publicitaires plutôt qu'à la substitution de médias en réponse à des mesures prises par ceux-ci.

Bien que, mathématiquement, on puisse affirmer que les déplacements de dépenses au sein d'un budget fixe vont produire des gagnants et des perdants parmi les médias, cette donnée ne nous renseigne aucunement sur la volonté des entreprises de procéder à une réattribution des dépenses *par suite d'actions concurrentielles des médias publicitaires*. Les objectifs, la situation et les besoins des annonceurs peuvent changer. Des différences physiques et techniques entre les médias limitent la façon dont ils peuvent être utilisés pour atteindre un objectif donné, comme l'annonce d'un solde, l'énoncé de prix ou une promotion saisonnière, et font douter de la volonté

des annonceurs de considérer leur budget de publicité comme fluide et facilement déplaçable entre les Pages Jaunes et d'autres médias. Les défenderesses ont probablement raison de dire que les anciens clients des Pages Jaunes et leurs clients actuels ont recours à un éventail de médias publicitaires. Il a également été prouvé qu'un assez large pourcentage de clients, anciens et actuels, n'ont pas une très bonne opinion des Pages Jaunes. Cela n'indique pas s'il existe un nombre suffisamment grand d'entreprises annonçant dans les Pages Jaunes qui sont disposées à dépenser ailleurs leur budget de publicité si les prix des Pages Jaunes excèdent le niveau concurrentiel. Il doit exister des éléments de preuve établissant que des annonceurs répartissent différemment leur budget de publicité en réaction à des mesures concurrentielles prises par différents médias. Il ne suffit pas de prouver que les budgets sont fixes et que les annonceurs en modifient la répartition entre médias. Autrement dit, il doit avoir été établi, d'une façon ou d'une autre, que les annonceurs considèrent d'autres médias publicitaires comme de proches substituts des Pages Jaunes.

Les dépositions des annonceurs cités comme témoins sur les raisons pour lesquelles ils ont recours aux Pages Jaunes et sur l'importance de ce média sont appuyées par les propres études de Télé-Direct. De nombreux annonceurs croient qu'ils *doivent* annoncer dans les Pages Jaunes pour être présents dans un instrument général de référence, en particulier si leurs concurrents le font. Ils estiment qu'ils n'ont pas le choix. Comme l'expose l'étude d'Omnifacts :

TRADUCTION]

... Est revenu de nombreuses fois le commentaire selon lequel les Pages Jaunes, comme les compagnies de téléphone, sont en situation de monopole et que leurs clients sont, dans une certaine mesure, des annonceurs captifs qui n'ont pas vraiment d'autre choix que de faire leur publicité par l'entremise de Télé-Direct⁸¹.

⁸¹ Pièce confidentielle CJ-15 (vol. bleu n° 6), onglet 199 à la p. 116802.

S'ils n'utilisent pas les Pages Jaunes, c'est parce que ce média ne répond pas à leurs objectifs, non parce qu'ils peuvent facilement attribuer à d'autres médias le budget qu'ils consacrent aux Pages Jaunes. Les opinions des annonceurs, par conséquent, ont fortement tendance à étayer la perception selon laquelle les Pages Jaunes et les autres médias locaux ne sont pas de proches substituts.

c) Opinions, stratégies et comportement de la profession (concurrence interindustrielle)

Le directeur affirme qu'il y a peu d'éléments de preuve établissant que Télé-Direct ou d'autres participants sur le marché considèrent que les Pages Jaunes sont en concurrence avec d'autres médias. Quelles qu'aient été les mesures prises par Télé-Direct à l'égard d'autres médias, soutient-il, elles doivent être comparées à sa réaction envers d'autres participants sur le marché qu'elle considérerait manifestement comme des concurrents. Les autres concurrents dont fait état le directeur sont les consultants, les agences vendant de la publicité dans les Pages Jaunes et les éditeurs indépendants d'annuaires téléphoniques.

Les défenderesses, elles, prétendent que, pour diverses raisons, Télé-Direct n'est pas en concurrence avec les consultants ni les agences dans la prestations de *services* aux annonceurs. Elles reconnaissent toutefois que les éditeurs indépendants se trouvent sur le même marché pertinent que Télé-Direct, que ce marché soit limité aux annuaires ou qu'il s'étende à tous les médias locaux. Partant, nous comparerons la façon d'agir de Télé-Direct à l'égard d'autres médias

à sa façon d'agir à l'égard des éditeurs indépendants d'annuaires, aspect au sujet duquel il n'y a pas de désaccord entre les parties.

Les défenderesses ont avancé que les éléments de preuve révèlent une « concurrence générale » ou « concurrence véritable », pour reprendre les termes employés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Southam*, entre Télé-Direct et tous les autres médias locaux. Elles avancent que Télé-Direct considère que les autres médias présentent une concurrence et que la société a pris diverses mesures pour soutenir la concurrence de ces autres médias. Elles affirment que les autres médias considèrent à leur tour Télé-Direct comme un concurrent.

Les défenderesses prétendent que la preuve de « concurrence générale » situe tous les médias locaux sur le même marché du produit. Les défenderesses affirment que la force variable de la réaction à différents « concurrents » ne devrait pas concourir à éliminer certains « concurrents » du marché pertinent. Le Tribunal n'est pas de cet avis. La nature et la force de la prétendue réaction à la concurrence sont des aspects à considérer pour déterminer si les produits se trouvant vraisemblablement sur le même marché sont de proches substituts. Comme il été signalé dans l'affaire *J.W. Mills* précitée, le caractère substitutif est toujours une question de degré. Les différences dans la façon d'agir de Télé-Direct par rapport à des participants qu'elle reconnaît comme des concurrents et par rapport à ses prétendus concurrents peuvent aider le Tribunal à trancher cette question.

i) Opinions et comportement de Télé-Direct

· Aspects généraux

Il ressort sans aucun doute des éléments de preuve que les autres éditeurs d'annuaires sont qualifiés de concurrents par Télé-Direct et les défenderesses conviennent qu'ils le sont. Un certain nombre d'éditeurs indépendants non affiliés à une compagnie de téléphone publient des annuaires sur le territoire de Télé-Direct. Au cours des années, Télé-Direct a recueilli de l'information sur les annuaires publiés par des éditeurs indépendants et elle a aussi obtenu des copies de ces annuaires. À compter de 1994, l'information a été rassemblée en une « base de données sur les concurrents » dans le cadre de l'établissement d'un « *Sensitive Market Intelligence System* » (système de renseignements sur les marchés sensibles). Les représentants commerciaux rassemblent de l'information sur les éditeurs indépendants, laquelle est ensuite analysée par le service de commercialisation dans le cadre du système. Télé-Direct se donne beaucoup de mal pour trouver et rassembler de l'information sur les revenus, sur les prix, sur l'aire de distribution, sur le tirage et sur d'autres caractéristiques des annuaires publiés par des éditeurs indépendants⁸².

De plus, il n'est pas contesté par les parties que, lorsque des annuaires à grande aire de distribution, publiés par des éditeurs indépendants, ont été distribués dans la région de Niagara et

⁸² Voir *Competition Database Binder (1994)* (recueil de la base de données sur les concurrents (1994)) : pièce confidentielle CJ-15 (vol. bleu n° 6), onglet 205; *1994 Sensitive Market Report* (rapport de renseignements sur les marchés sensibles préparé en 1994) : pièce confidentielle CJ-29 (vol. noir n° 8), onglet 51; *Directory Publishers in Tele-Direct Operating Area* (les éditeurs indépendants dans la zone d'exploitation de Télé-Direct) : pièce confidentielle CJ-32 (vol. noir n° 11), onglet 77 aux pp. 132125-45.

à Sault-Sainte-Marie, sur le territoire de Télé-Direct, cette dernière a réagi en s'abstenant de majorer les prix ainsi que par des programmes d'incitation, par des campagnes de promotion et par l'amélioration de ses propres annuaires⁸³.

Dans les pièces produites, Télé-Direct fait état des autres médias qu'elle qualifie de « concurrents » ainsi que « de la concurrence pour attirer des annonceurs », mais elle ne s'est pas efforcée de se tenir au courant des revenus, des prix, des caractéristiques ou du tirage de ces autres médias, de façon aussi étendue et aussi détaillée qu'elle ne l'a fait pour les éditeurs indépendants d'annuaires. Lorsque la base de données sur les concurrents et les renseignements sur les marchés sensibles, mentionnés précédemment, sont comparés aux pièces déposées par les défenderesses pour faire la preuve de la concurrence avec les autres médias, la variabilité de la force de réaction est immédiatement mise en évidence. Dans leur argumentation écrite, par exemple, les défenderesses font état de deux discours prononcés en 1984 et en 1985 dans lesquels il est question de la [TRADUCTION] « concurrence avec tous les autres types de publicité » et de la [TRADUCTION] « lutte constante pour attirer des clients ». Les défenderesses insistent beaucoup aussi sur une pièce de 1993 intitulée *East Office Competition Analysis* (analyse de la concurrence - bureau de l'Est). Le bureau de l'Est est responsable d'une partie seulement du territoire de Télé-Direct, à savoir les régions de Peterborough, d'Orillia et de Barrie. La pièce, qui est le résumé d'une réunion ayant porté sur la concurrence, énumère comme médias concurrents les journaux, les prospectus, les consultants et la télévision et examine divers sujets de discussion. Elle n'identifie pas de concurrents particuliers et ne contient pas de

⁸³ Pour en savoir davantage, voir plus loin les faits exposés dans la section intitulée « C. Marché de l'espace publicitaire - Publication » du chapitre « IX. Abus de position dominante ».

renseignements précis sur les pertes possibles de revenus, sur les prix comparatifs ou sur des caractéristiques telles que le tirage.

Il n'y avait non plus aucun élément de preuve d'une réaction de Télé-Direct à la concurrence exercée par d'autres médias qui soit comparable à sa réaction forte et ciblée à l'égard des éditeurs concurrents d'annuaires. Les défenderesses ont signalé au Tribunal d'autres mesures prises par Télé-Direct qui, soutiennent-elles, sont particulièrement importantes et seront traitées de façon plus détaillée plus loin.

· Efforts en matière de formation

Les efforts déployés par Télé-Direct pour apprendre à ses employés à tenir compte de l'existence de concurrents peut être une preuve de l'inquiétude de Télé-Direct au sujet de la possibilité de perdre des annonceurs au profit d'autres médias. Les éléments de preuve des efforts de formation déployés par Télé-Direct témoignent, au mieux, d'un vague souci de la nécessité de faire concurrence à d'autres médias. Les défenderesses ont recours au *Multimedia Training Course* (cours de formation multimédia) comme principal moyen pour Télé-Direct de concurrencer les autres médias. Le seul élément de preuve clair dont nous disposons, qui provient d'une réponse écrite fournie par les défenderesses à une question posée au cours de l'interrogatoire préalable, est le fait que le cours a été donné une seule fois à tout le « personnel »

de vente sur une période de quatre jours en 1992. Les témoignages à ce sujet sont vagues, ce qui laisse croire que le cours n'était pas une mesure que Télé-Direct jugeait importante⁸⁴.

Si l'on suppose que le cours a été donné une seule fois en 1992 à tous les représentants commerciaux, Télé-Direct a alors investi 1 880 jours-personnes (470 personnes x 4 jours). Compte tenu de la rémunération moyenne d'un représentant commercial sur place, ce cours représente donc pour Télé-Direct une dépense d'*au plus* 500 000 \$⁸⁵. Il s'agissait d'une dépense unique pour la *totalité* du territoire de Télé-Direct, dépense dont les avantages devaient se faire sentir sur un certain nombre d'années. Par contraste, en réaction à l'entrée de DSP sur le marché de Sault-Sainte-Marie, Télé-Direct a dépensé plus de 215 000 \$ en un an (1993) sur un marché d'une taille relativement petite. Les éléments de preuve concernant les efforts de Télé-Direct en matière de formation ne laissent pas croire que la société était très préoccupée par la concurrence exercée par les autres médias.

· Matériel de promotion des ventes

⁸⁴ Le témoignage de M. Giddings à ce sujet est équivoque. À divers moments, il a témoigné que le cours de formation, ou un élément de ce dernier (qui n'a jamais été donné, selon une réponse fournie lors de l'interrogatoire préalable) a été donné aux nouveaux représentants en 1990 environ et que ce cours, ou une partie de ce dernier, a été donné à nouveau à un nombre indéterminé de personnes en 1993 et en 1994. Cependant, il a aussi témoigné qu'aucun nouveau représentant commercial sur place n'a été engagé depuis 1992, ce qui laisse planer le doute sur le nombre de fois que le cours a été donné et sur le nombre de personnes qui ont suivi ce cours.

⁸⁵ L'utilisation de la rémunération moyenne des représentants commerciaux sur place dans le calcul donne lieu à une certaine surestimation. L'autre type de représentant commercial, l'agent des ventes par téléphone, gagne en moyenne seulement 60 p. 100 environ du salaire du représentant sur place. De plus, M. Giddings a affirmé à un moment que ce cours avait été donné à de *nouveaux* représentants dont le salaire était vraisemblablement inférieur à la moyenne de toute manière.

Les défenderesses ont fait état d'un « matériel de promotion des ventes », sous diverses formes, produit par Télé-Direct et dans lequel il est question d'autres médias. Elles soutiennent que les affirmations précises contenues dans ces documents au sujet d'autres médias, en rapport avec les Pages Jaunes, sont sans importance. Elles attribuent plutôt de l'importance au fait que Télé-Direct ait créé pour son personnel de vente un matériel de promotion faisant état d'autres médias. De l'avis des défenderesses, si les Pages Jaunes étaient « uniques », ce type de matériel publicitaire ne serait pas nécessaire.

En se fondant sur l'examen du matériel préparé à l'intention des représentants commerciaux pour les Pages Jaunes, le Tribunal estime qu'il doit déterminer si le contenu de ces documents révèle que les Pages Jaunes sont, pour Télé-Direct, un média publicitaire distinct (position du directeur) ou si ce contenu témoigne de l'exercice d'une concurrence entre Télé-Direct et d'autres médias (position des défenderesses). L'existence d'un matériel de promotion des ventes faisant état d'autres médias ne permet pas, à elle seule, de trancher cette question.

Deux notes de service, de 1983 et de 1985 respectivement, traitent de la publicité par correspondance (prospectus) comme média publicitaire autre que les Pages Jaunes et fournissent des aides visuelles au personnel de vente. La première renferme la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Nous savons tous que toute forme de publicité est avantageuse d'une manière ou d'une autre, mais la publicité par correspondance ne devrait jamais être envisagée comme remplacement possible des Pages Jaunes dans l'analyse du tirage et de la permanence de ces deux médias, ou des économies qui peuvent en découler, comme le montrent ces aides visuelles⁸⁶.

⁸⁶ Pièce J-2 (vol. rouge n° 2), onglet 82 à la p. 8833.

La seconde renferme les propos suivants :

[TRADUCTION]

Incroyable.

Lorsque les économies que permettent de réaliser les Pages Jaunes sont comparées au coût de la publicité par correspondance, il est difficile de concevoir qu'une personne envisage de recourir à la publicité par correspondance plutôt qu'à la publicité dans les Pages Jaunes⁸⁷.

Même si les représentants commerciaux de Télé-Direct peuvent, dans une certaine mesure, avoir eu à faire valoir la supériorité des Pages Jaunes par rapport aux prospectus et, certes, à d'autres médias, les termes utilisés laissent croire qu'il n'y a pas ou qu'il n'y a guère de substitution possible entre les Pages Jaunes et les autres médias. Les auteurs des notes de service semblent trouver incroyable qu'une personne puisse considérer la publicité par correspondance comme une forme de publicité plus économique que les Pages Jaunes.

Le plan d'entreprise stratégique de Télé-Direct pour la période de 1983 à 1988 renferme l'affirmation suivante :

[TRADUCTION]

La publicité-annuaire, qui s'insère dans un vaste secteur rentable mais affichant une croissance lente, est une activité privilégiée du fait qu'elle bénéficie d'un marché captif⁸⁸.

Dans ce plan d'entreprise, Télé-Direct qualifie son propre marché de « captif ». Nous inférons que ce document à l'intention de la haute direction montre la manière dont la direction de Télé-

⁸⁷ *Ibid.*, onglet 81 à la p. 8827.

⁸⁸ Pièce J-2 (vol. rouge n° 2), onglet 116 à la p. 13525.

Direct perçoit la concurrence exercée par d'autres médias. Ce plan permet de situer en contexte les notes de service mentionnées précédemment.

Les défenderesses renvoient également à une série de documents, préparés pour la campagne de sollicitation de 1992, dans lesquels sont comparés les coûts de la publicité dans les Pages Jaunes, dans deux quotidiens et dans trois journaux communautaires dans la région de Toronto. Des renseignements analogues sont fournis dans d'autres documents ayant rapport à d'autres villes. Une autre série semblable où le coût de la publicité dans les Pages Jaunes est comparé à celui de la publicité dans deux quotidiens de Toronto montre la publicité qu'il serait possible d'acheter à la télévision, à la radio ou sous forme de prospectus, de calendrier, de porte-clés et de stylos, avec les sommes affectées à la publicité dans les Pages Jaunes.

L'examen du contenu de ces documents nous amène à constater que, comme dans l'exemple de la comparaison à la publicité par correspondance, l'accent est mis sur l'*absence* de comparabilité des coûts de la publicité dans les Pages Jaunes et dans les autres médias. S'agissant de la comparaison des coûts de la publicité dans les journaux, un document (de 1992), par exemple, présente une comparaison du coût d'une annonce d'un quart de page durant 30 jours dans les Pages Jaunes de Toronto (tirage de plus de 1,3 million d'exemplaires), soit 677 \$, à celui d'un encart d'un quart de page paraissant une seule fois dans *The Globe and Mail* (tirage d'environ 325 000) qui s'élève à plus de 7 000 \$. M. Giddings a expliqué que ce type d'argument de vente représente un recours à la comparaison pour faire ressortir le fait que la publicité dans les Pages Jaunes et celle des journaux ne sont justement *pas* comparables. La publicité dans les

journaux coûte tellement plus cher que celle dans les Pages Jaunes qu'il n'y a pas de commune mesure. Dans un autre document, ayant plus ou moins le même ton, la comparaison porte surtout sur les journaux, mais on y signale aussi *combien peu* de publicité un annonceur peut acheter pour ce qu'il en coûte dans les Pages Jaunes (tirage de plus de 900 000 exemplaires) s'il choisit comme média la télévision (« deux messages de 60 secondes en dehors des heures de grande écoute »), la radio (« deux messages d'une minute »), les prospectus (15 600), les calendriers (709), les porte-clés (1 213) ou les stylos (1 365).

Télé-Direct, contrairement à ce qui se fait dans les autres médias imprimés, n'utilise pas un CPM (unité de mesure du coût par millier) pour faire la promotion de ses produits auprès des annonceurs. Un CPM, servant à calculer ce qu'il en coûte d'atteindre mille personnes par un média donné, peut être appliqué au nombre d'exemplaires vendus (en supposant un lecteur par exemplaire) ou lus (si le nombre est connu) d'une revue ou d'un journal, notamment. Le CPM permet de comparer le coût des différents médias imprimés. Télé-Direct a étudié la possibilité d'établir un CPM pour ses annuaires vers la fin des années 1980. Un sondage auprès d'agences de publicité générales ou spécialisées a révélé que ces dernières estimaient qu'une telle unité de mesure :

[TRADUCTION]

... est tout à fait inutile puisque [Télé-Direct] est seule dans ce domaine et qu'il n'y a pas de point de comparaison possible (les agences n'envisageraient même pas de comparer notre média à d'autres « médias »).

[...]

Si une vive concurrence venait à s'exercer, tous conviennent qu'une telle unité de mesure serait utile.

Toutefois, deux des plus grandes agences reconnaissent déjà l'utilité de cette unité de mesure et proposent qu'elle soit définie pour mieux faire connaître les Pages Jaunes à l'échelle « nationale » et pour que la société puisse s'établir chef de file incontestable dans le secteur⁸⁹.

Il a effectivement été conclu dans une étude ultérieure qu'il y aurait lieu de définir, pour les Pages Jaunes, une unité de mesure CPM, qui serait comparable dans une certaine mesure à celle utilisée pour d'autres médias, afin de « favoriser la création d'une image dans le secteur pour les annuaires Pages Jaunes, et qui créerait un obstacle à la concurrence possible », mais aucune telle unité de mesure n'a été définie. Télé-Direct utilise, à l'interne, une formule de type CPM pour le calcul des prix pour faire en sorte que les prix de la publicité dans ses annuaires au tirage semblable soient comparables, mais elle n'utilise pas le CPM comme moyen de commercialisation.

Pour savoir comment Télé-Direct considère ses produits en rapport avec d'autres médias, il importe tout autant d'examiner le volume considérable de matériel de promotion mis au point par Télé-Direct pour faire valoir auprès des annonceurs les avantages de faire paraître une publicité plus accrocheuse sous une rubrique des Pages Jaunes. Les avantages de la dimension et de l'utilisation de la couleur sont attestés dans des lettres et dans d'autres imprimés publicitaires. L'étude *YPROI* (étude du rendement des investissements dans les Pages Jaunes), que les défenderesses prétendent être le principal instrument utilisé par leur personnel de vente pour « faire valoir le média », présente, au début, une analyse comparative des médias ayant influencé

⁸⁹ Pièce confidentielle CJ-10 (vol. bleu n° 1), onglet 17 aux pp. 106527-28.

les personnes qui avaient récemment fait un achat⁹⁰, et renferme une page faisant valoir l'importance de la dimension, de la couleur et de l'« effet » d'une annonce dans les Pages Jaunes, lorsqu'il s'agit d'influer sur le choix d'une entreprise par un acheteur ayant consulté les Pages Jaunes.

L'avantage de « se démarquer » dont on tente de convaincre les clients est celui du démarquage par rapport aux annonces d'entreprises concurrentes figurant *dans les Pages Jaunes* et non pas par rapport à celles qui paraissent dans d'autres médias. Comme le signalait l'un des experts en économie appelés à témoigner par le directeur, Margaret Slade⁹¹, l'importance de la publicité que fait une entreprise dans les Pages Jaunes dépend de celle que font paraître ses concurrents. Lorsqu'un représentant commercial pour les Pages Jaunes convainc un client d'accroître ses dépenses en publicité dans les Pages Jaunes, il en résulte des pressions à faire de même pour les concurrents (phénomène qualifié de « dilemme du prisonnier »). Ce phénomène a été mis en évidence dans les observations formulées par les clients établis ayant participé à l'étude effectuée par Omnifacts Research à Terre-Neuve, lesquels participants ont affirmé que, de façon générale, ils se fondent sur ce qu'ont fait leurs concurrents lorsqu'ils décident du placement et de la dimension d'une annonce dans les Pages Jaunes. Les pressions que subissent les annonceurs les incitant à savoir et, dans une certaine mesure, à suivre ce que font leurs concurrents dans les Pages Jaunes montrent que les Pages Jaunes sont un média distinct dans lequel les entreprises tentent de se démarquer.

⁹⁰ La radio, 4 p. 100; la télévision, 6 p. 100; autres, 11 p. 100; journaux, 19 p. 100; Pages Jaunes, 60 p. 100 : pièce confidentielle CJ-18 (vol. bleu n° 9), onglet 243 à la p. 107177 et s.

⁹¹ Professeur d'économie à l'Université de Colombie-Britannique.

Les défenderesses insistent sur le fait que, dans la concurrence pour attirer des annonceurs, ce qui importe ce n'est pas tant que les entreprises fassent paraître des annonces dans les Pages Jaunes, mais *l'ampleur* de cette publicité, surtout le fait qu'elles achètent de la publicité en couleur et de grande dimension. Le nombre de rubriques sous lesquelles paraît une annonce est un autre facteur qui détermine les dépenses en publicité des clients. Il y a lieu de signaler que, pour convaincre les annonceurs de faire paraître une annonce en couleur et de plus grande dimension, Télé-Direct se fonde sur des comparaisons aux annonces en noir et blanc ou à des annonces de plus petite dimension figurant *dans* les Pages Jaunes⁹². Par conséquent, la réussite ou l'échec des représentants de Télé-Direct, lorsqu'il s'agit d'inciter les annonceurs à dépenser davantage, dépend de la mesure dans laquelle ils peuvent convaincre les clients de la nécessité d'améliorer leurs annonces *pour mieux rivaliser avec leurs concurrents* dans les Pages Jaunes. Il est difficile de croire à une concurrence « entre les médias ».

· Établissement des prix - Politique générale

Un autre aspect pertinent des opinions et du comportement des entreprises représentant différents médias est l'incidence, le cas échéant, des prix d'autres médias sur la politique d'établissement des prix de Télé-Direct. De façon générale, Télé-Direct établit ses prix entre un an et demi et deux ans à l'avance, de sorte que, par exemple, les prix pour les annuaires de 1995 ont été fixés vers la fin de 1993.

⁹² _ S'il est vrai que Télé-Direct a recours à des comparaisons au prix de la publicité dans les journaux, notamment en fonction d'annonces de différentes dimensions et d'annonces en rouge, ces comparaisons servent à faire valoir qu'il est moins coûteux de faire paraître une annonce dans les Pages Jaunes, quelle que soit la dimension ou la couleur de cette annonce.

Les pièces ayant rapport à la politique d'établissement des prix qui ont été déposées au dossier révèlent que Télé-Direct tient compte de divers éléments. Par exemple, dans la politique d'établissement des prix de 1993 élaborée en octobre 1991⁹³, ces éléments comprennent la politique d'harmonisation des prix et du tirage⁹⁴, les récentes hausses de prix (1988-1992) effectuées par Télé-Direct, l'indice des prix à la consommation (« IPC ») (1991-1993), l'indice des prix dans le secteur du papier et des produits connexes (1990-1992), la variation annuelle en pourcentage du nombre d'annuaires publiés par Télé-Direct (1991-1993), les hausses estimatives des prix dans d'autres médias en 1992 et le taux d'inflation propre à Télé-Direct (1991-1993). Étant donné les périodes retenues, les données sont estimées en bonne partie. La politique d'établissement des prix de 1994 figure sur deux pages seulement puisqu'il n'y a eu aucune hausse des prix pour les annuaires de 1994. Dans le bref énoncé de la politique, il est question des aspects suivants : rapports avec les clients, incidence sur la rentabilité, facteurs économiques prédominants, limitation des coûts (notamment un contrat favorable d'imprimerie conclu récemment) et taux d'inflation ou IPC. Dans la politique d'établissement des prix de 1995, le seul changement apporté par rapport à celle de 1993 est le remplacement du poste de « l'indice des prix dans le secteur du papier et des produits connexes » par celui des « annuaires mis au rebut »⁹⁵. Dans la politique d'établissement des prix de 1996, deux éléments ont été ajoutés, à savoir le

⁹³ Les prix pour 1993 ont été revus en février 1992. Les défenderesses se fondent beaucoup sur l'information relative à cette période qui est examinée en détail plus loin.

⁹⁴ Uniformisation du coût par millier d'exemplaires pour tous les annuaires.

⁹⁵ M^{me} McIlroy a expliqué que les « annuaires mis au rebut » sont ceux qui n'ont jamais été distribués. Télé-Direct a utilisé le nombre d'annuaires mis au rebut pour prévoir le nombre d'exemplaires à faire imprimer et pour garantir une estimation réaliste. Si le nombre d'exemplaires publiés mais non distribués est élevé, il en résulte une surestimation du tirage de Télé-Direct.

produit intérieur brut et le revenu disponible personnel, et l'indice des prix dans le secteur du papier et des produits connexes (hausse du coût du papier) qui avait été utilisé en 1993 est repris.

Dans toutes ces politiques, les données sur les hausses prévues des prix dans les autres médias proviennent de différentes agences de publicité générales, habituellement au nombre de deux ou trois, et sont exprimées sous forme de fourchettes. Les médias en question sont la télévision, les quotidiens, les revues, l'affichage extérieur et la radio. L'élément « *business papers* » (publications d'affaires) est apparu une année et l'élément « *transit* » (transports en commun) figurait dans la politique d'une autre année.

Pour comprendre comment l'information sur d'autres médias a été prise en considération dans les décisions concernant l'établissement des prix, nous avons examiné le témoignage de M^{me} McIlroy qui a joué un grand rôle dans ces décisions. D'après M^{me} McIlroy, les « facteurs déterminants » dans l'établissement des prix étaient, par ordre d'importance, le rapport avec le coût, l'harmonisation des prix et du tirage, le flux de revenu généré par le personnel de vente et des considérations locales, et la présence, ou la crainte d'entrée, sur le marché d'un annuaire concurrent. Elle a affirmé qu'il n'y avait pas de rapport direct entre les prix fixés par d'autres médias et les prix de Télé-Direct. Elle se fondait sur sa propre expérience et sur un examen de tous les documents sur l'établissement des prix produits en preuve et portant sur la période du début des années 1980 à la politique d'établissement des prix de 1995. En contre-interrogatoire, M^{me} McIlroy n'a pas changé d'avis sur le fait que les prix fixés par d'autres médias étaient

relativement sans importance dans le processus d'établissement des prix de la publicité dans les Pages Jaunes.

Douglas Renwicke, premier vice-président dont M^{me} McIlroy a relevé de 1991 à 1994, était responsable des ventes ou de la commercialisation depuis 1988. De façon générale, il était d'accord avec la description du processus d'établissement des prix faite par M^{me} McIlroy. Il était en désaccord avec elle sur certains détails non pertinents dans cet examen. Ce qui importe davantage, cependant, c'est qu'il était en désaccord avec M^{me} McIlroy au sujet de la pertinence des prix fixés par d'autres médias dans le processus d'établissement des prix de Télé-Direct.

M. Renwicke a affirmé que les « trois » principaux facteurs déterminants dans le processus d'établissement des prix durant les années 1990 étaient l'IPC, les hausses de prix par les autres médias et l'information sur le marché local. Au nombre des facteurs déterminants d'« importance secondaire » étaient la croissance et le tirage, le produit intérieur brut et le taux d'inflation interne (coûts) de Télé-Direct. Il faisait une distinction entre le processus d'établissement des prix durant les années 1980, dans lequel les facteurs déterminants étaient le tirage et les coûts internes, et celui de 1987 à 1990, dans lequel le facteur déterminant était l'harmonisation des prix et du tirage.

Du moins en ce qui concerne les années 1980, période durant laquelle Télé-Direct a enregistré une croissance exceptionnelle, M. Renwicke est d'accord avec M^{me} McIlroy que les facteurs comme le taux d'inflation propre à Télé-Direct et la croissance du tirage étaient les

principaux facteurs déterminants dans le processus d'établissement des prix de Télé-Direct. Il a également admis que, vers la fin des années 1980, les écarts de tarif par millier pour les différents annuaires sont devenus une importante préoccupation dans les considérations relatives au marché local. Les efforts d'uniformisation des prix sur tous les marchés ont été abandonnés durant environ deux années suivant la récession, mais ils semblent redevenir un important facteur. En conséquence de l'examen des témoignages de M^{me} McIlroy et de M. Renwicke, nous concluons que les prix fixés par les autres médias n'étaient pas des « facteurs déterminants » durant les années 1980.

Pour M. Renwicke, les années 1990 sont une période très distincte et c'est à ce sujet qu'il semble être en désaccord avec M^{me} McIlroy. Nous procéderons donc à un examen plus approfondi de l'information dont disposaient les cadres supérieurs dans le processus d'établissement des prix en 1991, 1993 et 1994 (pour les années 1993, 1995 et 1996)⁹⁶.

Le document sur la politique d'établissement des prix de 1993 fait état des hausses prévues suivantes de divers facteurs en 1993 :

Hausse de l'IPC en Ontario : 3,6 p. 100

Hausse de l'IPC au Québec : 3,7 p. 100

Taux d'inflation (coûts internes) de Télé-Direct : 5 p. 100

Hausse du coût d'imprimerie : 4,7 p. 100

Augmentation du nombre d'exemplaires publiés : 2,9 p. 100

⁹⁶ Le processus d'établissement des prix ayant eu lieu en 1992 (pour 1994) n'est pas retenu parce qu'il n'y a pas eu d'accroissement des prix.

(mesure de remplacement exprimant l'augmentation du tirage)

Les fourchettes des hausses prévues des prix fixés par les autres médias, en pourcentage, qui figurent dans le document ont été fournies par Claude Phaneuf, directeur des études de marché, qui les a obtenues de deux agences de publicité générales et d'une entreprise achetant de la publicité dans les médias⁹⁷. Les hausses prévues se rapportent à 1992 *seulement* :

Télévision : 0 - 10 p. 100
Quotidiens : 3 - 7 p. 100
Publications d'affaires : 5 - 8 p. 100
Revue : 3 - 7 p. 100
Affichage extérieur : 3 - 5 p. 100
Radio : 4 - 7 p. 100

Selon MM. Phaneuf et Renwicke, les variations prévues des prix pour 1992 étaient jugées pertinentes même si Télé-Direct envisageait de majorer ses prix pour 1993 parce que la campagne de sollicitation pour les annuaires de 1993 a été effectuée en 1992. Toutefois, M. Phaneuf ne pouvait expliquer pourquoi les variations prévues des valeurs d'autres facteurs tels que l'IPC avaient rapport à 1993.

Deux notes sont annexées à l'information sur les hausses des prix des autres médias. Elles s'intitulent « *Demand Driven Market* » (marché défini par la demande) et « *Anybody's Crystal Ball* » (difficile à deviner). Selon M. Phaneuf, la seconde note est une mise en garde contre les variations dans l'information reçue de différentes sources (comme l'indiquent les importants écarts dans les variations prévues des prix des médias, la télévision, par exemple). Prise au pied

⁹⁷ Les renseignements sur la publicité dans les publications d'affaires et sur l'affichage extérieur proviennent d'une seule source.

de la lettre, la première note donne à penser que les prix devant être en vigueur en 1992 dépendraient de l'état de la demande à ce moment-là.

La hausse de prix moyenne établie en octobre 1991 pour 1993 par Télé-Direct était de cinq pour cent, dans une fourchette variant d'un minimum de 3,5 p. 100 à un maximum de 5,9 p. 100 pour des annuaires donnés. Cette hausse de prix moyenne de cinq pour cent pour 1993 se situe dans la fourchette des hausses de prix des autres médias (ce qui n'est pas difficile étant donné le très grand écart des valeurs des fourchettes), mais cette hausse moyenne aurait tout aussi bien pu être calculée sans rapport avec les prix des autres médias. Cette remarque convient également pour les documents utilisés en 1993 et 1994 dans l'établissement des prix pour 1995 et 1996.

L'examen de l'information utilisée par M. Renwicke et d'autres cadres supérieurs fait aussi ressortir plusieurs autres points. M. Renwicke a affirmé que la hausse des prix de la publicité dans les journaux communautaires et dans les quotidiens était une préoccupation, mais l'information recueillie portait uniquement sur les majorations prévues pour les quotidiens. S'il est vrai que les agences de publicité générales ayant fourni l'information à M. Phaneuf étaient susceptibles d'être beaucoup mieux renseignées sur les quotidiens que sur les journaux communautaires, il est néanmoins révélateur de constater qu'aucun élément de preuve ne montre que Télé-Direct ait fait un effort pour se renseigner sur les prix fixés par ses autres prétendus concurrents, les journaux communautaires.

De plus, les documents ne renferment aucune information ayant rapport aux prospectus ou à la publicité par correspondance. Dans d'autres documents de Télé-Direct, les prospectus et les Pages Jaunes font partie d'une même catégorie, celle des médias directifs, ce qui laisse croire que les prix de la publicité sous forme de prospectus seraient certes pertinents et le seraient peut-être plus encore que les prix prévus pour la publicité dans les médias électroniques, dans les publications d'affaires et dans les revues. Nous constatons également que l'information fournie par M. Phaneuf au sujet de la publicité à la télévision ne précise pas s'il s'agit des prix de la publicité télévisée par une station locale, par un réseau ou par les deux. Interrogé à ce sujet, M. Renwicke n'a pu répondre avec certitude, mais, à son avis, il s'agissait des variations prévues des prix de la publicité télévisée par une station locale.

Le Tribunal tient donc pour fondé le témoignage de M^{me} McIlroy suivant laquelle les prix de la publicité dans les autres médias occupaient peu de place, voire aucune, dans la politique d'établissement des prix de Télé-Direct durant les années 1990. L'utilisation de l'expression « facteurs déterminants » par M. Renwicke pour désigner les prix de la publicité dans les autres médias est trompeuse. Cette désignation n'est pas justifiée par la preuve documentaire, ni d'ailleurs par le témoignage même de M. Renwicke. Par l'expression « facteurs déterminants », il semblait vouloir désigner la relation très ténue entre les hausses de prix de Télé-Direct et celles des autres médias. Il a témoigné que, dans le processus d'établissement des prix, Télé-Direct tenait compte des prix fixés par d'autres médias de la manière suivante :

[TRADUCTION]

... Nous n'accordons pas une attention aussi étroite aux prix de la publicité télévisée sur un réseau qu'à celle qui paraît dans les journaux communautaires ou dans les quotidiens, mais nous y accordons une grande importance parce que

nous ne voulons pas que nos prix s'écartent trop des prix pour la publicité dans les journaux ou dans d'autres médias comparables que les annonceurs qui sont nos clients envisageraient, à notre avis, d'utiliser pour stimuler les ventes de leur entreprise.

... À notre avis, si l'écart est trop grand et si nous n'y veillons pas, il pourrait, avec le temps, y avoir une certaine substitution à un seuil critique.

Je crois qu'il s'agit là d'un sujet d'inquiétude véritable au cours de la récession.
[...]

Q. Vous avez affirmé que vous seriez préoccupé par un trop grand écart de prix. Qu'entendez-vous par « trop grand écart »?

R. Franchement, surtout par rapport aux prix de la publicité dans les journaux, j'estime que tout écart de cinq pour cent ou plus serait nettement trop grand⁹⁸.

La crainte de perdre *certain*s revenus publicitaires au profit d'autres médias, s'il venait à y avoir un écart *relativement important* entre les *hausse*s de prix durant une période prolongée (et durant la récession), ne sert qu'à confirmer que les prix de la publicité dans les journaux ou dans d'autres médias influent peu, voire pas du tout, sur le processus d'établissement des prix de Télé-Direct. Télé-Direct n'a pas ignoré les prix des autres médias; ces derniers faisaient partie des conditions économiques générales. Toutefois, compte tenu des types de médias en question et des conclusions approximatives que Télé-Direct pouvait tirer de l'information, nous ne pouvons conclure qu'elle éprouvait les inquiétudes d'une société craignant que des proches concurrents ne se substituent à elle.

· Établissement des prix - Rajustement en 1992 des prix pour 1993

⁹⁸ Transcription, vol. 44 aux pp. 9285-86 et 9290 (22 novembre 1995).

Les défenderesses insistent fortement sur le fait qu'en février 1992 et pour la première fois, Télé-Direct a rajusté ses prix pour 1993 au cours de la campagne de sollicitation pour les annuaires de 1993, lorsqu'elle a constaté une réticence de la part des annonceurs en raison de la conjoncture économique difficile. Pour les annuaires n'ayant pas encore fait l'objet d'une campagne de sollicitation, la hausse moyenne de prix a été abaissée de cinq pour cent à 3,2 p. 100.

Les défenderesses signalent un bref énoncé dans le procès-verbal d'une réunion des directeurs des ventes et de la commercialisation ayant eu lieu en février 1992, lequel énoncé, à leur avis, fournit les raisons du rajustement à la baisse des prix. Cet énoncé est le suivant :

[TRADUCTION]

Les tarifs appliqués pour 1993 ont été rajustés à la baisse en raison de la réaction de nos clients aux prix de 1992, *des prix de la publicité dans d'autres médias* et du taux d'inflation prévu en Ontario et au Québec⁹⁹. [Non mis en évidence dans l'original.]

Elles font également état du document *Standby Statement for 1993 Pricing* (énoncé provisoire sur le rajustement des prix pour 1993) qui a été distribué à la réunion et semble avoir été accepté par tous. Cet énoncé est le suivant :

[TRADUCTION]

Les prix pour les Pages Jaunes et les pages blanches de 1993 énoncés dans la politique ont été rajustés à la baisse pour tenir compte des conditions économiques existant en 1992.

Cette politique tient compte d'une tendance à la baisse générale des prix en 1992. Elle concorde également avec les prix en vigueur dans le secteur publicitaire où les taux appliqués pour les médias en 1992 se situeront vraisemblablement entre trois pour cent et cinq pour cent pour les quotidiens, les revues et l'affichage extérieur (panneaux publicitaires, etc.). Quant à la publicité

⁹⁹ Pièce confidentielle CJ-12 (vol. bleu n° 3), onglet 115 à la p. 109881.

à la radio et à la télévision, les hausses des prix devraient varier entre zéro pour cent et cinq pour cent, avec un maximum de 10 p. 100 pour la publicité télévisée, en raison de la forte demande créée par les achats de dernière minute.

Les taux appliqués dans tous les médias seront vraisemblablement majorés vers la fin de 1992, à mesure que reprendra l'activité économique. D'après les prévisions pour 1993 et 1994, les prix augmenteront de 10 p. 100 et plus, et il est clair que les Pages Jaunes seront un des médias publicitaires dont la hausse des prix sera la plus faible durant la période.

Enfin, notre structure de prix doit aussi tenir compte de l'accroissement de nos propres coûts qui ont été maintenus au plus bas niveau possible pour 1992, ce qui nous a permis de restreindre fortement la hausse des prix¹⁰⁰.

M. Renwicke et M^{me} McIlroy ont tous les deux assisté à la réunion durant laquelle les prix ont été rajustés. M^{me} McIlroy considérait que l'énoncé provisoire était sans importance comme document témoignant de la politique d'établissement des prix, le considérant plutôt comme un simple document préparé à des fins de relations publiques. M. Renwicke n'a pas non plus mentionné de prix d'autres médias lorsqu'il a exposé les raisons du rajustement des prix pour 1993. Il a insisté sur les conditions économiques générales, en ces termes :

[TRADUCTION]

En 1991, nous n'avions évidemment pas prévu la baisse de l'IPC ou la récession [...] En février 1992, nous avons effectivement rajusté les prix pour les annuaires de 1993 qui restaient à mener à bonne fin; je pense en particulier à ceux des marchés frontaliers tels que Niagara Falls, Sarnia et Windsor où les achats outre-frontière avaient des conséquences dévastatrices pour nous.

Nous avons abaissé tous les taux d'un point de pourcentage. Ainsi, nous avons fait de notre mieux pour faire en sorte que le rajustement de nos prix concorde davantage avec l'IPC, parce que nos clients pouvaient lire chaque jour dans les journaux que le taux d'inflation à Toronto se rapprochait de zéro, ce qui les amenait à se demander pourquoi nous haussions nos taux de quatre, cinq ou six pour cent. Cette situation était initialement attribuable, en partie, au décalage dans l'établissement de nos prix et au fait que nous n'avions pas prévu le ralentissement qui s'est produit dans l'activité économique¹⁰¹.

¹⁰⁰ Pièce confidentielle CJ-32 (vol. noir n° 11), onglet 76 aux pp. 132008-9 (publiques) (incluant une note de service).

¹⁰¹ Transcription, vol 44 aux pp. 9283-84 (22 novembre 1995).

Ni les documents examinés ni les témoignages de deux des cadres supérieurs ayant joué un rôle dans le rajustement des prix pour 1993 ne nous amènent à modifier notre conclusion, à savoir que les prix de la publicité figurant dans d'autres médias ne sont pas des « facteurs déterminants » dans le processus d'établissement des prix de Télé-Direct.

· Nouveaux produits

Les défenderesses signalent le lancement de quatre nouveaux produits qui, à leur avis, montre l'existence d'une concurrence entre Télé-Direct et les autres médias, du simple fait de leur introduction. Ces quatre produits étaient les coupons dans les annuaires, la publicité-annuaire créative (*AdSpot* et *BrandSell*), l'utilisation de la couleur et la participation au programme « *Marketing the Medium* » (promotion du média) qui visait à montrer la valeur des Pages Jaunes.

La preuve renferme peu de renseignements sur la nature et le coût de ces produits et de ce programme, sur les raisons de leur lancement, sur les médias dont la concurrence était suffisamment importante pour entraîner leur lancement, sur leurs résultats sous forme de gain ou de perte de revenus réalisés par Télé-Direct et sur leur abandon éventuel et les raisons de ce dernier. Contrairement à ce qu'ont avancé les défenderesses, la simple existence de ces prétendus nouveaux produits ne nous permet pas de tirer de conclusion. La simple existence de ces produits n'est pas une indication du caractère substitutif des Pages Jaunes et de tout autre média publicitaire.

ii) Journaux

· Consultants en matière de publicité dans les journaux

Les défenderesses invoquent les activités des consultants en matière de publicité dans les journaux pour faire la preuve de la réaction de Télé-Direct à un « concurrent » (les quotidiens) et de la tentative par un autre média de concurrencer les Pages Jaunes. Les consultants en matière de publicité dans les journaux tentent de convaincre ceux qui font paraître des annonces dans les Pages Jaunes qu'ils dépensent trop pour la publicité dans les Pages Jaunes. Lorsque ces consultants parviennent à convaincre ces annonceurs de réduire leurs dépenses en publicité dans les Pages Jaunes, ils tentent ensuite de convaincre ces annonceurs de dépenser une part des « économies » ainsi réalisées pour faire paraître des annonces dans les journaux.

Les consultants en publicité dans les journaux, qui existaient déjà aux États-Unis, ont fait leur apparition au Canada en 1987. Une des façons de procéder de ces consultants consiste à donner des séminaires, parrainés par les journaux ayant engagé les consultants en question, auxquels sont invités à assister ceux qui font paraître des annonces dans les Pages Jaunes. Une seconde méthode, apparemment adoptée beaucoup plus couramment ces dernières années, consiste à repérer de bons « clients éventuels » parmi ceux qui font paraître des annonces dans les Pages Jaunes (en particulier les clients y faisant paraître des annonces de grande dimension ou en couleur) et à leur rendre visite.

Les activités des consultants en publicité dans les journaux ne sont pas une preuve convaincante du fait que les journaux et les Pages Jaunes sont de proches substituts. Si les Pages Jaunes et les journaux étaient de proches substituts, le représentant commercial des journaux serait parfaitement au courant des Pages Jaunes en leur qualité de concurrent sur le marché. Si les deux médias étaient de proches substituts, il ne serait pas nécessaire pour les journaux d'engager des « consultants » externes de façon ponctuelle ou périodique. De plus, il y aurait lieu de croire que la réduction des prix serait, pour les journaux, un moyen plus puissant que ne l'est l'approche plutôt indirecte du recours à des consultants pour reprendre ou s'attirer une part des revenus que réalisent les Pages Jaunes. Pour réussir, les consultants en publicité dans les journaux doivent trouver des clients insatisfaits des services de Télé-Direct. Il semble incontestable que les clients en question ne considèrent pas les autres médias comme de proches substituts des Pages Jaunes, sinon ils auraient déjà cessé de faire paraître des annonces ou réduit leurs dépenses en publicité dans les Pages Jaunes.

En outre, le consultant en publicité dans les journaux qui connaît du succès est celui qui convainc l'annonceur qu'une publicité ou une série d'annonces de type Pages Jaunes qui serait différente et moins coûteuse produirait *les mêmes résultats* que la publicité paraissant actuellement dans les Pages Jaunes. En d'autres termes, la question est de savoir combien l'annonceur doit véritablement dépenser pour une annonce efficace *dans les Pages Jaunes*. C'est ce que confirme le fait que la façon de procéder des consultants comporte deux étapes. Premièrement, il faut convaincre la personne qui fait paraître une annonce dans les Pages Jaunes qu'elle peut réduire ses dépenses en publicité dans les Pages Jaunes sans que décroissent les

résultats de cette publicité. Ensuite, le consultant en matière de publicité dans les journaux doit tenter de convaincre l'annonceur de dépenser ailleurs l'argent économisé. Cette dernière étape vient clairement en second lieu, ce que reconnaît même Télé-Direct dans un document faisant état des consultants en publicité dans les journaux :

[TRADUCTION]

les représentants commerciaux pour les journaux recommandent la réduction des dépenses en publicité dans les Pages Jaunes et ne parlent pas de la publicité dans les journaux (ils y reviendront probablement plus tard au cours d'une visite)¹⁰².

Bien sûr, l'annonceur peut décider simplement de ne pas dépenser l'argent économisé. Le processus décrit ne témoigne pas d'un déplacement des dépenses en publicité d'un média concurrent vers un autre. Le fait que, dans un premier temps, les consultants en publicité dans les journaux s'en tiennent aux Pages Jaunes est d'une importance critique pour la définition du marché pertinent. Cet aspect révèle qu'il s'agit non pas de la répartition entre les journaux et les Pages Jaunes des dépenses globales en publicité des annonceurs, mais plutôt de la possibilité d'économiser de l'argent en réduisant les dépenses en publicité dans les Pages Jaunes, sans égard aux autres médias.

Dans l'ensemble, les consultants en publicité dans les journaux ont joué un rôle sporadique, parfois sur un marché local, parfois sur un autre. Ils n'ont jamais joué un rôle constant sur un marché local donné. S'agissant du succès réel de ces consultants, M^{me} McIlroy a témoigné que [TRADUCTION] « leurs activités n'ont jamais été réellement dommageables, du moins d'après ce que nous avons pu observer. Je n'ai jamais constaté de conséquences négatives

¹⁰² *East Office Competition Analysis* (analyse de la concurrence - bureau de l'Est) : pièce confidentielle CJ-13 (vol. bleu n° 4), onglet 158 à la p. 115094.

d'importance »¹⁰³. M. Giddings a aussi témoigné qu'il lui était impossible de mesurer les répercussions des activités des consultants¹⁰⁴. Il s'agit là de preuves convaincantes de la réaction de Télé-Direct à la prétendue « concurrence ». Le succès des consultants en publicité dans les journaux est facile à établir. Ils rendent visite à chaque annonceur pour tenter de le convaincre d'approuver un plan publicitaire donné. S'ils y parviennent, les représentants commerciaux de Télé-Direct peuvent clairement conclure pourquoi un client apporte des changements à sa publicité. Télé-Direct n'a recueilli aucune donnée sur l'incidence des activités des consultants en publicité dans les journaux, ce qui aurait été vraisemblable si Télé-Direct avait considéré utile cette collecte d'information. Or, il semble que cela n'ait pas été le cas.

· Journaux communautaires

Les défenderesses ont appelé un témoin représentant les journaux communautaires. Ginette Allard-Villeneuve, de Québecor, a témoigné qu'à son avis, les journaux communautaires et les Pages Jaunes cherchent tous les deux à s'attirer des annonceurs et que les annonces paraissant dans chaque média sont « relativement interchangeables ». Comme M^{me} Allard-Villeneuve semblait ne pas connaître beaucoup les Pages Jaunes, il est clair qu'elle fait état d'une forme de « concurrence » très atténuée entre les deux médias. En fait, les défenderesses ne semblent soutenir rien de plus.

¹⁰³ Transcription, vol. 20 à la p. 3827 (16 octobre 1995).

¹⁰⁴ Transcription, vol. 39 aux pp. 8077-78 (15 novembre 1995).

iii) Conclusion

La preuve au sujet des opinions et du comportement des entreprises révèle l'existence d'une certaine concurrence limitée entre les Pages Jaunes et d'autres médias, en particulier les journaux. Lorsque la forme de cette concurrence et la réaction de Télé-Direct sont comparées à la concurrence directe qui s'est exercée à Sault-Sainte-Marie et à Niagara Falls, marchés sur lesquels sont entrés des annuaires téléphoniques concurrents à grande aire de distribution, il en ressort de grandes divergences dans la force de la réaction de Télé-Direct¹⁰⁵. Une réaction tout aussi divergente est mise en évidence par le fait que Télé-Direct n'a pas veillé à surveiller sa réussite ou son échec par rapport aux autres médias, mais qu'elle a déployé des efforts soutenus pour surveiller le chiffre d'affaires des éditeurs indépendants qu'elle considérait comme des concurrents. Télé-Direct s'est effectivement renseignée sur les prix prévus dans d'autres médias pour établir ses propres prix. Toutefois, il s'agissait d'estimations approximatives, tenant également compte des prix de la publicité dans les médias électroniques pour lesquels il n'existe pratiquement aucun élément de preuve d'une concurrence directe avec les Pages Jaunes. Étaient exclus, en revanche, les médias pouvant être des substituts relativement plus proches (contrairement à de « proches » substituts), comme les journaux communautaires et les prospectus. Il est difficile de conclure que les variations prévues des prix de la publicité dans d'autres médias sont un élément important du processus d'établissement des prix de Télé-Direct. Bref, la preuve relative à la concurrence inter-médias étaye la position du directeur, à savoir que les Pages Jaunes et les autres médias ne sont pas de proches substituts.

¹⁰⁵ Comme il a déjà été signalé, Télé-Direct a réagi en s'abstenant de majorer les prix ainsi que par des programmes d'incitation, par des campagnes de promotion et par l'amélioration de ses propres annuaires.

d) Relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix

Il y a peu d'éléments de preuve à examiner à ce sujet. Il n'existe pas, pour les annuaires téléphoniques et les autres médias, d'unité de mesure commune qui permettrait une comparaison valable des prix. Des études comparatives des prix ont été effectuées à l'intention des représentants commerciaux de Télé-Direct, mais elles visaient à montrer qu'il n'y avait pratiquement pas de comparaison possible entre la publicité dans les Pages Jaunes et celle qui paraissait dans les autres médias (surtout les journaux). De toute manière, aucune commune mesure n'a été utilisée.

Les défenderesses ont fait état de deux documents qui sont censés présenter une analyse comparative de l'évolution de moyennes pondérées des hausses annuelles de prix de la publicité dans les autres médias et dans les Pages Jaunes durant une décennie environ, ainsi que du taux global de l'inflation¹⁰⁶. Il n'y a pas eu d'analyse rigoureuse, dans les documents internes de Télé-Direct ou par des experts, qui permettrait de tirer une conclusion quelle qu'elle soit à partir de ces seuls documents. Étant donné que les prix évoluent sous l'effet de forces économiques communes, même dans des secteurs très différents les uns des autres, il serait raisonnable de s'attendre à une certaine corrélation dans l'évolution générale des prix. Une faible corrélation dans l'évolution des prix ne donne pas à penser qu'il s'agit de proches substituts. Même une forte corrélation de deux séries de prix n'est qu'une condition *nécessaire* pour considérer que deux

¹⁰⁶ *Pricing Policy - CPI & Media Price Evolution (1984-1994)* (politique d'établissement des prix - IPC et évolution des prix de la publicité dans les médias (1984-1994)): pièce confidentielle CR-158 à la p. 111314; *Tele-Direct Price Up vs. Canada Inflation Rate and Other Media* (comparaison entre l'augmentation des prix de Télé-Direct et le taux d'inflation au Canada ainsi que le prix de la publicité dans d'autres médias): pièce confidentielle, CJ-29 (vol. noir n° 8), onglet 48 à la p. 129708.

produits se trouvent sur le même marché. Toutefois, il ne s'agit pas d'une condition *suffisante* pour prouver que deux produits se trouvent sur le même marché, puisque la corrélation peut être attribuable à des facteurs autres que le caractère substitutif.

e) Coûts de substitution

Il y a accord sur le fait que les coûts de substitution d'un média à un autre sont relativement faibles.

5) Conclusions au sujet du caractère substitutif

Chacun des indices mène à la même conclusion. Le Tribunal peut conclure sans difficulté que la publicité-annuaire est un média distinct, sans proche substitut. La publicité-annuaire est un média directif jouant un rôle distinct de celui de la publicité créative paraissant dans les autres médias. Dans la catégorie des médias directifs, l'examen des éléments de preuve concernant les caractéristiques physiques et techniques, les perceptions et le comportement des annonceurs, la concurrence interindustrielle et la relation entre les prix nous amène à conclure que la publicité-annuaire constitue le marché pertinent du produit.

B. MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

Il y a accord entre les parties sur le fait que, dans une perspective géographique, le marché est de nature locale et qu'il correspond approximativement à l'aire de distribution de chaque annuaire de Télé-Direct.

VII. CONTRÔLE : PUISSANCE COMMERCIALE

La définition du marché pertinent ne représente qu'une étape du processus devant permettre de répondre à la question cruciale qui est de déterminer si Télé-Direct exerce un « contrôle » ou une puissance commerciale sur le marché ainsi défini. Comme l'a affirmé le Tribunal dans des décisions antérieures, la puissance commerciale désigne habituellement la capacité pour une entreprise de fixer ses prix à un niveau supérieur à ceux qui existeraient en régime de concurrence et à les maintenir ainsi durant une longue période, sans que ne lui nuise l'entrée de nouveaux arrivants sur le marché ou l'expansion des entreprises existantes. Dans ces décisions, le Tribunal a aussi reconnu que, lorsque les éléments de preuve soumis ne permettent pas de déterminer directement l'existence d'une puissance commerciale, il est nécessaire d'examiner des indicateurs de puissance commerciale, par exemple, la part de marché et les entraves à l'accès¹⁰⁷.

Toutefois, le Tribunal n'a jamais écarté la possibilité que des indicateurs directs de puissance commerciale ne soient soumis dans les éléments de preuve ayant rapport à une affaire.

¹⁰⁷ *NutraSweet*, supra note 4; *Laidlaw*, supra note 33; *D & B*, supra note 31.

Les indicateurs directs de la puissance commerciale ont rapport aux résultats obtenus par l'entreprise ou les entreprises en question ou à leur comportement. De façon générale, il s'agit d'établir si les résultats (par exemple, les bénéfices) ou le comportement (par exemple, la politique d'établissement des prix) observés sont ceux qui caractérisent plus vraisemblablement l'entreprise ou les entreprises qui sont en concurrence ou celles qui exercent une puissance commerciale. S'il est difficile d'utiliser des indicateurs directs de la puissance commerciale, cette façon de procéder ne doit pas être écartée lorsqu'existent les éléments de preuve nécessaires. Dans la présente affaire, les parties ont abordé la question de la puissance commerciale à la fois de manière indirecte ou structurelle (part de marché et entraves à l'accès) et de manière plus directe, par « d'autres éléments de preuve » de l'exercice d'une puissance commerciale. Le Tribunal procédera de la même manière et dans le même ordre.

A. MANI RE INDIRECTE : STRUCTURE DU MARCHÉ

Comme il a été établi que les marchés pertinents correspondent aux régions locales couvertes par la publicité-annuaire, il reste à établir la part des marchés occupée par Télé-Direct et les conditions d'accès à ces marchés. En l'absence d'autres facteurs atténuants, le plus courant étant la facilité d'accès, il pourrait être conclu, dans un premier temps, que l'entreprise qui occupe une importante part de marché exerce vraisemblablement une puissance commerciale¹⁰⁸.

¹⁰⁸ *Laidlaw, ibid.* à la p. 77; *D & B, ibid.* aux pp. 70-71.

Nous traiterons de la question de la puissance commerciale dans la fourniture de la publicité-annuaire, comprenant tant les services de publication que les services publicitaires. Les questions ayant rapport à la « subdivision » possible du marché en deux segments (ou peut-être plus) seront analysées plus loin dans ces motifs.

1) Part de marché

Selon les estimations de revenus préparées en novembre 1995 par Télé-Direct concernant les éditeurs indépendants qui se trouvent sur ses marchés et selon les informations qu'elle a déposées au dossier concernant les revenus qu'elle a réalisés en 1994 en Ontario et au Québec et qui ont été rendus publics, Télé-Direct (Publications) Inc. retire environ 96 p. 100 des revenus de la publicité-annuaire en Ontario et au Québec¹⁰⁹. Il est révélateur de noter que, dans un document de 1992, Télé-Direct estimait à 32 millions de dollars la valeur totale *possible* des ventes des éditeurs indépendants en Ontario et au Québec¹¹⁰. Ces données laissent entendre que la limite maximale du potentiel de croissance des revenus des éditeurs indépendants se situerait à

¹⁰⁹ _ *Overview of Other Publishers in Tele-Direct Markets* (aperçu des revenus d'autres éditeurs sur les marchés de Télé-Direct) : pièce confidentielle CR-170; *Télé-Direct (Publications) Inc. - Profitability Study for 1994* (étude de rentabilité pour 1994 - Télé-Direct (Publications) Inc.) : pièce confidentielle CR-185. Les revenus publiés de Télé-Direct pour 1994 étaient les données accessibles les plus récentes au moment de l'audience. La pièce CR-170 déposée par les défenderesses présente, selon elles, les renseignements les plus à jour dont elles disposaient concernant les revenus des éditeurs indépendants; pour cette raison, le Tribunal s'en tiendra à cette pièce, excluant les divers autres chiffres et documents dont a fait état M. Renwicke durant son témoignage. La pièce CR-170 fournit deux totaux différents pour le nombre d'annuaires indépendants et pour les revenus. La différence est attribuable à la cessation des activités d'un éditeur de dix annuaires ayant des revenus de 1,5 million de dollars. Les totaux utilisés sont ceux qui tiennent compte de l'éditeur en question et de ses revenus.

¹¹⁰ _ *Telephone Directory Competition in Ontario/Quebec* (la concurrence dans la publicité-annuaire en Ontario et au Québec) : pièce confidentielle CJ-13 (vol. bleu n° 4), onglet 164; témoignage de M. Renwicke : transcription, vol. 46 aux pp. 9679-80 (27 novembre 1995). Ce chiffre a été estimé en fonction d'une étude effectuée aux États-Unis dans laquelle il était établi que les éditeurs indépendants réalisaient globalement 5,9 p. 100 des revenus tirés des annuaires par les compagnies de téléphone. Selon les résultats de l'étude réalisée en 1993 par Simba/Communications Trends, les éditeurs indépendants perçoivent moins de sept pour cent de la totalité des revenus à l'échelle nationale : pièce confidentielle CJ-14 (vol. bleu n° 5), onglet 174.

nettement moins de 10 p. 100 des revenus de Télé-Direct. La même année, Télé-Direct a estimé que les ventes *réelles* des éditeurs indépendants correspondaient à moins du tiers du montant « possible ». Selon les estimations de novembre 1995, les revenus totaux des éditeurs indépendants représentaient un peu plus de la moitié du montant considéré comme leur chiffre d'affaires possible en 1992. Même dans le scénario le plus pessimiste défini par Télé-Direct en ce qui concerne le potentiel de croissance des revenus des éditeurs indépendants, Télé-Direct conserve toujours une part de marché de 90 p. 100.

Il n'y a pas d'important désaccord entre les parties au sujet de la nature locale des marchés, lesquels couvrent généralement l'aire de distribution d'un annuaire donné de Télé-Direct, mais l'information rassemblée par cette dernière sur les autres éditeurs a été diffusée aux fins des ventes sur l'ensemble du territoire de Télé-Direct (Publications) Inc., soit en Ontario et au Québec. Aucune information sur les marchés locaux n'a été déposée au dossier, à l'exception de données sur les revenus de White et de DSP dans les régions de Niagara et de Sault-Sainte-Marie. Comme Télé-Direct, White publie un annuaire respectif pour Niagara Falls, pour St. Catharines et pour Fort-Érié. DSP publie un annuaire couvrant la région délimitée par Sault-Sainte-Marie, Elliot Lake et Wawa au Canada, tandis que Télé-Direct publie trois annuaires distincts pour cette région. Si l'on pose que les grands éditeurs indépendants et Télé-Direct sont les seuls intervenants importants sur chacun de ces deux marchés locaux, d'après les revenus de 1994, la part de marché occupée par Télé-Direct est d'environ 85 p. 100 dans la région de Niagara et d'environ 80 p. 100 dans la région de Sault-Sainte-Marie¹¹¹.

¹¹¹ _ D'après la carte des défenderesses se rapportant aux autres éditeurs (pièce R-159), DSP et Télé-Direct sont les seuls éditeurs à Sault-Sainte-Marie, à Elliot Lake et à Wawa, tandis que White et Télé-Direct sont les seuls éditeurs à St. Catharines et

Ainsi, même sur les deux marchés où la concurrence à Télé-Direct est la plus importante, cette dernière détient encore une part de marché supérieure à 80 p. 100. En l'absence de renseignements plus détaillés sur les parts de marchés locaux, qu'apparemment Télé-Direct ne compile pas, ce fait, ajouté à la proportion écrasante des ventes que l'entreprise réalise dans l'ensemble de son territoire, amène le Tribunal à conclure qu'elle domine les marchés de la publicité-annuaire de l'Ontario et du Québec. À première vue, le Tribunal est d'avis qu'en l'absence d'éléments de preuve convaincants de la facilité d'accès au marché de la fourniture de la publicité-annuaire, Télé-Direct exerce une puissance commerciale fondée sur l'importance de la part du marché pertinent qu'elle détient.

2) Entraves l'acc s

En l'absence d'entraves à l'accès, même un fournisseur unique ne peut pas exercer de puissance commerciale. Toute tentative par l'entreprise en place de fixer ses prix à un niveau supérieur au niveau concurrentiel provoquera immédiatement l'entrée sur le marché de fournisseurs concurrents. Le Tribunal a conclu que Télé-Direct occupe une part importante du

à Niagara Falls. Il existe deux annuaires (*Locator* et *Easy to Read*) à Fort-Érié, mais aucune donnée sur les revenus locaux n'a été déposée au dossier. Ces revenus ne sont sans doute pas élevés, si l'on se fonde sur les moyennes tirées de *Overview of Other Publishers in Tele-Direct Markets* (aperçu des revenus d'autres éditeurs sur les marchés de Télé-Direct) (pièce confidentielle CR-170). Calculs pour la région de Niagara : revenus publiés réalisés en 1994 par Télé-Direct à Niagara Falls, à St. Catharines et à Fort-Érié, tirés du *1994 Corporate Post Canvass Analysis Report* (analyse générale des résultats des campagnes de sollicitation préparée en 1994) de Télé-Direct (pièce confidentielle CJ-28 (vol. noir n° 7), onglet 42 à la p. 128980); les revenus de White en 1994, selon le témoignage de Richard Lewis, correspondaient à 17 p. 100 de ceux de Télé-Direct (transcription, vol. 22 aux pp. 4363-64 (18 octobre 1995)). Calculs pour la région de Sault-Sainte-Marie : revenus publiés réalisés en 1994 par Télé-Direct à Sault-Sainte-Marie, à Elliot Lake et à Wawa, tirés du *1994 Corporate Post Canvass Analysis Report* (analyse générale des résultats des campagnes de sollicitation préparée en 1994) de Télé-Direct (pièce confidentielle CJ-28 (vol. noir n° 7), onglet 42 à la p. 128983); revenus de DSP pour 1994 (deuxième année) tirés de *DSP - Sault Ste. Marie Directory - Gross Revenue from 1993-1995* (annuaire publié par DSP dans la région de Sault-Sainte-Marie - revenus bruts 1993-1995) (pièce confidentielle CA-109).

marché pertinent. Des preuves de facilité d'accès infirmeraient la conclusion initiale relative à l'exercice d'une puissance commerciale par Télé-Direct dans la fourniture de la publicité-annuaire.

Les parties ont organisé leur argumentation sur les entraves à l'accès en fonction de trois rubriques : a) Entrées et sorties observées, b) Coûts irrécupérables, c) Avantages de l'entreprise en place. Nous procéderons de la même manière.

a) Entrées et sorties observées

Les entrées observées sur un marché peuvent fournir une indication de l'existence ou de l'absence d'entraves à l'accès et de leur nature. Il y a accord sur le fait que l'entrée dans le secteur de la publication d'annuaires de « créneau » semble relativement facile. Le directeur a reconnu ce fait, compte tenu du grand nombre d'annuaires de créneau et d'entrées et sorties qui a été observé.

Le directeur soutient que les annuaires à petite aire de distribution n'occupent qu'une part « minuscule » du marché et que ce fait, auquel s'ajoute l'absence de réaction concurrentielle à leur présence de la part de Télé-Direct, confirme que ces annuaires n'ont presque aucun effet sur l'exercice par Télé-Direct de sa puissance commerciale. De plus, l'expérience de White et de DSP confirme l'existence d'entraves importantes à l'accès au marché d'un annuaire à grande aire de distribution.

Les défenderesses affirment qu'il n'est pas nécessaire pour un éditeur souhaitant entrer sur le marché de publier un annuaire à grande échelle et que de nombreux éditeurs indépendants sont entrés sur le marché en publiant un annuaire à faible distribution et ont progressivement accru leurs activités, de sorte qu'ils ont évité de susciter une réaction de la part de Télé-Direct. Il est sous-entendu, mais non pas affirmé ouvertement, que les éditeurs ayant choisi cette stratégie sont devenus des concurrents non négligeables sur le marché. Les défenderesses soulignent également que White et DSP sont la preuve que des éditeurs d'annuaires à grande aire de distribution sont parvenus à s'établir sur le marché, à y rester et à y réussir.

i) Annuaires de créneau ou petite aire de distribution

La facilité relative d'accès au marché des annuaires de créneau n'est pas particulièrement utile pour l'évaluation de la puissance commerciale de Télé-Direct, puisqu'il ressort clairement de la preuve que la concurrence opposée à Télé-Direct par ces annuaires, du fait de leur présence sur le marché, a été et demeure négligeable. Il n'y a aucune preuve d'une réaction par Télé-Direct à la présence ou à l'entrée sur le marché d'un annuaire de créneau. Il n'y a certainement aucun élément de preuve donnant à penser qu'à l'heure actuelle, la présence d'annuaires de créneau a pour effet de gêner Télé-Direct dans l'établissement de ses prix ou de l'inciter à fournir un meilleur service.

Presque tous les annuaires publiés par des éditeurs indépendants, sauf ceux de White et de DSP, ont une aire de distribution plus petite que celles des annuaires de Télé-Direct. Le

directeur a raison d'affirmer que ces annuaires à petite aire de distribution ne représentent qu'une part minime du marché global (correspondant à moins de trois pour cent des revenus). De plus, le niveau d'activité individuel des éditeurs indépendants d'annuaires à petite aire de distribution montre que chacun d'eux ne représente pas une menace sérieuse pour Télé-Direct. Lorsque sont exclus les annuaires de DSP et de White, il existe 279 autres annuaires publiés par des éditeurs indépendants réalisant chacun des ventes moyennes estimées d'un peu plus de 51 000 \$ par année. De ce nombre, les 30 annuaires *Locator* ont rapporté, de loin, les plus importants revenus estimés correspondant à des ventes annuelles moyennes de l'ordre de 200 000 \$ par annuaire. De l'avis de M. Renwicke, les ventes associées au plus important annuaire *Locator* « pouvaient » procurer des revenus de près d'un million de dollars, si bien que les revenus moyens des annuaires restants seraient encore moins élevés. Selon les estimations, les ventes annuelles moyennes associées à chacun des 249 annuaires restants s'élevaient à environ 33 000 \$. En 1995, par contraste, l'annuaire à grande aire de distribution publié par DSP lui a rapporté des revenus annuels estimés à plus d'un million de dollars, tandis que chacun des trois annuaires à grande aire de distribution de White lui a rapporté des revenus de 500 000 \$ en moyenne.

Les défenderesses ont posé plusieurs questions à M. Renwicke au sujet des annuaires publiés par trois éditeurs indépendants pour étayer leur position, c'est-à-dire pour montrer qu'au lieu de livrer une « concurrence directe » à Télé-Direct, les éditeurs indépendants pouvaient s'implanter sur le marché à une petite échelle et y étendre progressivement leurs activités de manière à demeurer des concurrents efficaces sur les marchés locaux. En particulier, les défenderesses ont fait état de différents types d'annuaires, dont l'annuaire *Easy to Read*, les

annuaires *Locator* et l'annuaire *Other Book*. Il existe des annuaires *Easy to Read* dans environ une douzaine de collectivités ontariennes qui sont de petite taille pour la plupart, ainsi qu'environ 30 annuaires *Locator* dans diverses petites et moyennes villes de l'Ontario. Il existait dix annuaires *Other Book*, tous sur le marché d'Ottawa, mais ce type d'annuaire n'est plus publié¹¹².

L'argumentation est axée sur l'annuaire *Easy to Read* à Stratford, en Ontario. Dans l'argumentation, cet annuaire est qualifié de « remarquable ». Néanmoins, cet annuaire est d'importance négligeable. Les revenus totaux que procurent les annuaires *Easy to Read* ne sont même pas indiqués séparément dans le document *Overview of Other Publishers in Tele-Direct Markets* (aperçu des revenus d'autres éditeurs sur les marchés de Télé-Direct). Ces chiffres sont vraisemblablement inclus sous la rubrique des revenus d'autres éditeurs de la catégorie « *Other Publishers in Ontario (geographic)* » (revenus d'autres éditeurs en Ontario (marché géographique)) dont les ventes totales moyennes s'élèvent à environ 31 000 \$. En 1994, Télé-Direct a enregistré à Stratford des revenus correspondant à plus de 40 fois ce montant¹¹³.

M. Renwicke a signalé, en des termes favorables, les caractéristiques de l'annuaire *Locator* déposé en preuve qui renferme notamment les codes postaux, le service audiotex¹¹⁴ et des pages d'information communautaire. Il a également qualifié d'« annuaire bien conçu »

¹¹² *Overview of Other Publishers in Tele-Direct Markets* (aperçu des revenus d'autres éditeurs sur les marchés de Télé-Direct) : pièce confidentielle CR-170.

¹¹³ *1994 Corporate Post Canvass Analysis Report* (analyse générale des campagnes de sollicitation préparée en 1994) de Télé-Direct : pièce confidentielle CJ-28 (vol. noir n° 7), onglet 42 à la p. 128982.

¹¹⁴ Service permettant d'accéder, par téléphone, à divers types de renseignements, depuis les informations à jour sur l'actualité, la météo et les sports jusqu'à des renseignements de nature médicale et l'horoscope de la journée.

l'annuaire *Other Book* où figurent notamment les codes postaux, des tableaux d'amortissement et un guide pour gardiennes d'enfants.

Pourtant, en dépit de l'apparente qualité de ces annuaires, dont certains présentent des caractéristiques que n'ont pas les annuaires de Télé-Direct, les défenderesses ne nous ont fourni aucun élément de preuve de la réaction de Télé-Direct à la présence de ces autres annuaires qui nous laisserait croire à une inquiétude réelle à l'égard de la concurrence exercée par eux, dans la mesure où ils auraient une influence déterminante sur la qualité des services de Télé-Direct et sur l'établissement de ses prix. Il n'y a aucun doute que Télé-Direct est au courant de l'existence de ces éditeurs indépendants et qu'elle surveille leur progrès dans une certaine mesure. À notre avis, il ne s'agit pas d'une preuve de l'effet de concurrence de ces annuaires sur le marché. Le dossier présenté au Tribunal ne fait état d'aucun élément de preuve d'une réaction de la part de Télé-Direct qui soit semblable à celle provoquée par l'entrée de DSP et de White sur le marché. Outre l'existence d'une base de données sur les concurrents et le témoignage de M. Renwicke, le seul autre élément de preuve dont les défenderesses ont fait état a été un exposé fait au conseil de Télé-Direct par M. Renwicke et dans lequel il a fourni des renseignements sur les éditeurs indépendants et nommé White, DSP et *Locator*.

Par ailleurs, même s'il y avait un élément de preuve d'une réaction de Télé-Direct à la concurrence exercée par les annuaires de créneau, cet élément de preuve ne serait guère suffisant à lui seul pour nous amener à conclure que Télé-Direct n'exerce pas une puissance commerciale, compte tenu de sa part de marché considérable. Les annuaires de créneau ou à petite aire de

distribution ont, par nature, une envergure et une influence limitées. Partant, si l'accès au marché leur est facile (jusqu'à un certain point puisque chaque nouvel arrivant doit trouver un nouveau « créneau » et que le nombre de ces créneaux est limité), l'entrée sur le marché d'annuaires de petite envergure ne limite pas la puissance commerciale de Télé-Direct.

ii) Annuaires indépendants grande aire de distribution

Les conditions d'entrée sur le marché d'un annuaire publié par un éditeur indépendant et dont la grande aire de distribution est semblable à celle d'un annuaire de Télé-Direct, si bien qu'il y a concurrence directe entre les deux annuaires, sont des facteurs d'une grande importance pour l'évaluation de la puissance commerciale. La réaction de Télé-Direct à l'entrée d'annuaires à grande aire de distribution sur le marché des régions de Niagara et de Sault-Sainte-Marie révèle que seule cette forme de concurrence directe est susceptible de procurer pour les consommateurs les avantages dont on s'attend de la concurrence, à savoir la diminution des prix et l'amélioration des produits et services.

Les éditeurs d'annuaires à grande aire de distribution ont-ils assez facilement accès au marché pour empêcher Télé-Direct de profiter de l'avantage que lui procure sa part de marché considérable? De plus, si un seul éditeur concurrent devait entrer sur le marché, est-il certain que Télé-Direct perdrait sa puissance commerciale en raison de l'intensité de la concurrence ou de la facilité d'accès d'autres éditeurs? Les défenderesses nous incitent à conclure du fait que White et DSP aient réussi à s'implanter sur des marchés donnés et à y poursuivre des activités, que les

entraves à l'accès sont suffisamment faibles pour empêcher Télé-Direct d'exercer une puissance commerciale. Le Tribunal refuse d'accorder tant d'importance à deux exemples isolés d'accès pour répondre aux deux questions énoncées précédemment. Pour répondre convenablement à ces deux questions, il nous faut examiner en détail l'argumentation sur les conditions d'accès aux marchés par des annuaires à grande aire de distribution.

b) Coûts irrécupérables

Le directeur soutient que les coûts irrécupérables sont une entrave à l'accès dans la mesure où les nouveaux arrivants éventuels les considéreront tels s'ils ne réussissent pas à s'implanter sur un marché donné. Les défenderesses, elles, affirment que, suivant la décision du Tribunal dans l'affaire *Southam*, les coûts irrécupérables ne constituent pas à eux seuls un obstacle suffisant. Dans la décision *Southam*, le Tribunal a conclu que ni les coûts irrécupérables ni les économies d'échelle ne pouvaient, séparément, constituer une entrave à l'accès, mais que la combinaison de ces deux facteurs créait un tel obstacle¹¹⁵. Les défenderesses font valoir qu'un autre facteur pouvant constituer un obstacle à l'entrée dans cette affaire, de l'avis du directeur, à savoir les avantages des entreprises en place, n'est pas comparable aux économies d'échelle et que ce facteur ne s'ajoute pas aux coûts irrécupérables existants pour créer une entrave à l'accès au sens défini dans la décision *Southam*.

¹¹⁵ *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.* (2 juin 1992), CT9001/229, Motifs et ordonnance aux pp. 267-68, [1992] D.T.C.C. n° 7 (QL). (Version anglaise publiée dans (1992), 43 C.P.R. (3^e) 161 aux pp. 281-82.)

Nous reconnaissons qu'il a été conclu, dans la décision *Southam*, que les coûts irrécupérables ou les économies d'échelle, considérés séparément, ne créent pas un obstacle à l'entrée suffisant. Toutefois, il ne faut pas inférer de cette décision que les coûts irrécupérables peuvent concourir à entraver l'accès uniquement s'ils sont combinés à des économies d'échelle. Ce qu'il importe de déterminer c'est si le marché en question présente des caractéristiques telles qu'un nouvel arrivant éventuel aurait à composer avec des conditions moins favorables après son entrée qu'elles ne l'étaient avant en raison de la réaction probable de l'entreprise en place. Dans l'affaire *Southam*, où existaient à la fois des coûts irrécupérables et des économies d'échelle, il y avait lieu de croire au danger que l'entreprise en place puisse maintenir sa production en dépit de l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises, même si cela devait faire tomber les prix en les rapprochant des coûts¹¹⁶. Cette menace créait un effet de dissuasion.

Dans la présente affaire, il faudra donc déterminer d'abord si la publication d'annuaires suppose des coûts irrécupérables et, ensuite, si les conditions sur le marché sont telles qu'il existe vraisemblablement, pour des nouveaux arrivants éventuels, une menace que l'entreprise en place réagisse de manière à rendre l'entrée sur le marché non rentable en raison de l'existence de coûts irrécupérables.

Les coûts irrécupérables désignent la part du montant à investir pour entrer sur le marché qui ne peut être récupérée en cas d'échec. Les éléments d'actif n'ayant de valeur que pour une entreprise donnée sont irrécupérables, tandis que ceux qui ont une valeur pour d'autres

¹¹⁶ La même observation est formulée par P.S. Crampton dans *Mergers and the Competition Act*, Toronto, Carswell, 1990 aux pp. 435-37.

entreprises représentent des coûts qui sont récupérables en totalité ou en partie. Le directeur prétend que l'entrée sur le marché des annuaires téléphoniques est assortie d'importants coûts irrécupérables; en effet, il faut engager des dépenses pour rassembler l'information sur des abonnés et en dresser la liste, pour préparer les annonces devant figurer dans l'annuaire publié, pour trouver des clients acceptant de faire paraître une annonce, pour publier l'annuaire (et pour les améliorations), pour former le personnel de vente et pour faire la promotion de l'annuaire. Les défenderesses reconnaissent que la publication d'un annuaire pour la première fois suppose « certains » coûts irrécupérables, mais elles sont d'avis que le directeur a exagéré l'importance de ce facteur. Elles affirment qu'en fait, les coûts irrécupérables ne sont pas importants. Toutefois, le témoignage des employés de White et de DSP, lequel n'a pas été réfuté, laisse largement entendre que les activités énumérées précédemment sont nécessaires à la publication d'un annuaire et que les coûts occasionnés sont importants.

Les éditeurs DSP et White sont tous les deux entrés sur le marché par la publication d'un annuaire « prototype ». Lors de la publication d'un prototype, l'éditeur offre d'y faire paraître des annonces sans frais. Le prototype est ensuite distribué aux consommateurs et l'éditeur peut alors faire valoir qu'il est utilisé pour promouvoir la vente d'annonces dans le prochain annuaire. Les défenderesses soutiennent que les coûts irrécupérables croissent considérablement lorsqu'un éditeur indépendant choisit d'entrer sur le marché en publiant un prototype, parce que la publicité qui y figure ne rapporte pas de revenus permettant de compenser les coûts. Elles affirment que le nouvel arrivant a le pouvoir de restreindre les coûts irrécupérables s'il adopte une stratégie d'entrée différente occasionnant des coûts irrécupérables moins élevés.

Pour un éditeur d'annuaire, démontrer l'utilisation et vendre des annonces sont des fonctions indissociables. Comme en faisait état l'étude réalisée en 1993 par Simba/Communications Trends, amener les annonceurs locaux à avoir foi en l'annuaire est l'un des plus grands obstacles qu'un éditeur ait à surmonter¹¹⁷. C'est précisément pour inspirer confiance aux annonceurs que DSP et White ont choisi de procéder d'abord par la publication d'un annuaire prototype. La publication d'un nouvel annuaire dans lequel les annonces ont été payées ne fournit pas de solution au problème de confiance et, pour obtenir cette confiance par quelque moyen que ce soit, il faut engager des dépenses. Aucun élément de preuve ne nous permet de conclure, comme nous y incitent les défenderesses, qu'il en aurait coûté moins cher à White et à DSP, dans l'ensemble, d'entrer sur le marché en publiant un annuaire dans lequel la publicité était payée par les annonceurs.

Les défenderesses soutiennent aussi qu'un nouvel arrivant qui choisirait d'entrer sur le marché en publiant un annuaire dans lequel la publicité est payée par l'annonceur pourrait éviter d'avoir à engager des dépenses pour la publication, si la sollicitation révélait que le volume de ventes est insuffisant et qu'il faut renoncer à entrer sur le marché. Nous convenons que l'abandon du projet est le seul moyen d'éviter les coûts de production d'un annuaire, mais nous ne croyons pas que les nouveaux arrivants éventuels peuvent y recourir impunément. La simple possibilité qu'une telle stratégie soit envisagée par un nouvel arrivant éventuel rend la confiance encore plus difficile à obtenir et, l'adoption d'une telle stratégie entraverait tous les efforts déployés par l'entreprise en question ou toute autre entreprise pour s'implanter sur un autre marché.

¹¹⁷ *Lessons of Yellow Pages Competition* (leçons tirées de la concurrence dans l'industrie des Pages Jaunes) : pièce confidentielle CJ-14 (vol. bleu n° 5), onglet 174 à la p. 115924.

Comme l'entrée dans le domaine de la publication d'annuaires suppose des coûts irrécupérables, ces derniers représentent-ils une importante entrave à l'accès? Nous sommes d'avis que ces coûts irrécupérables sont effectivement un obstacle à l'entrée d'un éditeur d'annuaire à grande aire de distribution parce que ce nouvel éditeur entre en « concurrence directe » avec la compagnie de téléphone. Dans ces circonstances, l'entreprise en place va réagir et les conditions qui existeront après l'entrée seront moins favorables pour l'arrivant éventuel qu'elles ne l'étaient avant. Comme le signalait l'étude Simba/Communications Trends, sous la rubrique « *Disadvantages of Large, Head-to-Head Directories* » (désavantages des annuaires à grande aire de distribution qui sont en concurrence directe), [TRADUCTION] « les entreprises de services publics sont prêtes à "prendre les grands moyens" pour protéger les importants marchés qui sont essentiels à leur survie »¹¹⁸. Il n'est pas contesté que, lorsque White et DSP ont lancé leurs annuaires à grande aire de distribution sur les marchés de Télé-Direct, cette dernière a réagi par un gel des prix, des programmes d'incitation, des améliorations et des campagnes de promotion. Ainsi, la combinaison des coûts irrécupérables et de la réaction vraisemblable de l'entreprise en place crée une entrave importante, si bien que de nouveaux arrivants n'entreront pas nécessairement sur le marché, même si Télé-Direct fixe ses prix à des niveaux supérieurs aux prix qui existeraient en régime de concurrence.

c) Avantages de l'entreprise en place

i) Renseignements sur les abonnés

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 115982.

Les nouveaux arrivants éventuels sur le marché des annuaires n'ont pas accès aux listes d'abonnés des compagnies de téléphone aux mêmes conditions que Télé-Direct. L'accès des éditeurs indépendants aux listes d'abonnés a suscité une controverse et la question a été soumise au CRTC à plusieurs reprises. En 1992, le CRTC a ordonné à Bell Canada d'étendre l'accès aux listes d'abonnés. En raison du prix des renseignements et d'autres conditions établies pour leur diffusion, la décision du CRTC n'a pas rendu abordable l'accès à ces renseignements. Les témoins de White et de DSP ont déclaré que ces entreprises devaient attendre la publication de l'annuaire de Télé-Direct pour ensuite refaire la saisie par clavier, vérifier et mettre à jour les inscriptions dans leurs propres annuaires, ce qui représente un processus à la fois long et coûteux.

En mars 1995, le CRTC a examiné la question à nouveau, à la demande de White, et a ordonné l'assouplissement de l'accès aux renseignements sur les abonnés, incluant la réduction du prix fixé par Bell Canada pour ces renseignements. Les témoins de White et de DSP qui ont témoigné devant le Tribunal n'ont signalé aucune difficulté suivant la décision rendue en 1995 par le CRTC au sujet du prix et de l'accès. En fait, Richard Lewis, vice-président et directeur général de White, a affirmé que l'entreprise était très satisfaite de la décision à cet égard.

Toutefois, le CRTC a ajouté une importante réserve, lorsqu'il a conclu que les consommateurs qui le souhaitaient pouvaient refuser que les inscriptions ayant rapport à eux soient vendues à des « tiers », ce qui a causé des difficultés pour les éditeurs indépendants d'annuaires, parce que le CRTC n'a pas établi de distinction entre les types de « tiers ». Par

conséquent, les éditeurs indépendants ont été regroupés, par exemple, avec les entreprises de télémarketing à qui de nombreux consommateurs ne veulent pas que soient diffusés de renseignements les concernant. La décision rendue en 1995 a été suspendue en attente des résultats d'un appel interjeté devant le Cabinet, lequel a annulé cet aspect de la décision du CRTC, à la fin de juin 1996.

Étant donné la décision du Cabinet, laquelle a été rendue après la conclusion de l'audience dans cette affaire, le Tribunal a invité les parties à lui soumettre des arguments supplémentaires exposant les effets de cette décision sur la position de chacune. Les défenderesses prétendent que la décision du Cabinet a éliminé l'unique obstacle à l'entrée sur le marché de la publication d'annuaires. Elles rappellent le témoignage de M. Lewis selon lequel White projetait de publier d'autres annuaires dans la région de Toronto et Niagara si le Cabinet devait rendre une décision favorable. Le directeur reconnaît que la décision du Cabinet éliminera vraisemblablement *un des* obstacles à l'entrée dans la publication d'annuaires, mais il soutient qu'il restera d'autres obstacles importants. Le directeur fait état de la situation aux États-Unis où les éditeurs indépendants, même s'ils ont accès aux renseignements sur les abonnés depuis plusieurs années, retirent moins de sept pour cent de la totalité des revenus réalisés dans le secteur.

Les seuls éléments de preuve dont nous disposons montrent que les questions jugées importantes par les éditeurs indépendants, à savoir l'accès aux renseignements, leur prix et la possibilité que l'abonné refuse la divulgation à des tiers, ont été réglées à leur satisfaction. Nous

sommes donc amenés à conclure, pour l'instant, que les renseignements sur les abonnés ne peuvent être considérés comme un obstacle majeur à l'entrée sur le marché.

ii) Réputation/affiliation une compagnie de téléphone

Un nouvel arrivant dans le domaine de la publication d'annuaires a pour double tâche de convaincre les utilisateurs de la valeur de son annuaire et de convaincre les annonceurs qu'il s'agit d'un bon moyen de se faire connaître. L'annuaire ne sera largement utilisé que s'il renferme une masse critique de publicité. Si un nouvel annuaire n'est pas largement utilisé, peu d'entreprises accepteront d'y faire paraître une annonce et, s'il ne renferme pas aussi des annonces de ses concurrents, un client éventuel ne sera guère incité à faire paraître une annonce dans le nouvel annuaire. Télé-Direct n'a jamais eu de difficulté à cet égard, en raison de sa présence de longue date (ou celle de Bell Canada) sur le marché, offrant le seul annuaire. De plus, Télé-Direct est avantagée par son affiliation à une importante compagnie de téléphone établie, ce qui lui confère une certaine fiabilité.

Pour persuader les annonceurs d'abandonner leur préférence pour l'annuaire de l'entreprise en place, un nouvel arrivant doit engager des dépenses relativement plus importantes en publicité et promotion et il doit offrir des prix moins élevés. Les chiffres fournis pour étayer les désavantages des nouveaux arrivants *par rapport* à l'entreprise en place ont uniquement trait à la diminution des prix. D'après l'étude de Simba/Communications Trends dans le domaine des annuaires aux États-Unis, sur les dix principaux marchés concurrentiels, le tarif moyen fixé par

la compagnie de téléphone (entreprise de service public) pour une moitié de colonne double dépassait de 53 p. 100 le prix fixé par les éditeurs indépendants en concurrence directe avec cette entreprise sur les marchés en question. Le prix moyen d'une annonce dans les annuaires de l'entreprise de service public, par mille exemplaires distribués, dépassait de 46 p. 100 celui que fixaient les éditeurs indépendants¹¹⁹.

M. Lewis, de l'entreprise White, a affirmé que cette dernière a l'habitude de fixer ses prix à un niveau inférieur de 40 p. 100 environ à ceux des annonces dans l'annuaire de la compagnie de téléphone en place sur le marché sur lequel White se propose d'entrer. Gary Campbell, directeur général de DSP, a témoigné que les prix de cette entreprise étaient, en moyenne, 30 p. 100 moins élevés que ceux de Télé-Direct. Une comparaison des prix publiés de Télé-Direct et de ceux fixés par White et DSP pour leurs premiers annuaires confirme ces affirmations générales, mais il y a une forte divergence des prix selon le type d'annonce¹²⁰.

Sur les deux marchés, les nouveaux arrivants ont investi pour offrir dans leurs annuaires des possibilités nouvelles (améliorations) que n'offrait pas Télé-Direct. Par exemple, dans les annuaires de la région de Niagara, White offrait aux annonceurs les possibilités suivantes que n'avait jamais offertes Télé-Direct, à savoir : un exemplaire gratuit de plus petite dimension (un «

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 115984.

¹²⁰ En 1994, les prix fixés par White correspondaient généralement à environ 25 p. 100 de moins que ceux de Télé-Direct pour une annonce en encadré, à environ 40 p. 100 de moins pour une grande annonce et à environ 55 p. 100 de moins pour une annonce ayant la couleur rouge : pièce A-103. White a publié son premier annuaire à Niagara en 1993, soit un prototype dans lequel les annonceurs pouvaient faire paraître de la publicité sans frais. Les prix fournis pour 1994 sont ceux du premier annuaire ayant procuré des « revenus » à White, c'est-à-dire l'annuaire dans lequel la publicité a été payée par les annonceurs. De même, à Sault-Sainte-Marie, les prix fixés par DSP représentaient une réduction importante par rapport à ceux de Télé-Direct, les grandes annonces et les grandes annonces en couleur bénéficiant, plus que les autres types, des réductions les plus importantes : *YPPA Rates and Data Information for the Period 1992-95* (tarifs et données de la YPPA pour la période 1992-1995) : pièce A-111.

mini-annuaire ») en plus de l'annuaire de dimension habituelle, le service audiotex, de nombreuses pages d'information communautaire d'intérêt régional ou local¹²¹, l'impression en gros caractères, une présentation sur trois colonnes au lieu de quatre, les codes postaux dans les pages blanches, la possibilité d'utiliser plus de couleur dans l'annonce. DSP a aussi offert bon nombre des mêmes possibilités nouvelles dans ses annuaires, ainsi que d'autres possibilités uniques¹²². Ainsi, tout avantage dont bénéficiait Télé-Direct découlait clairement du fait qu'elle était l'entreprise en place et qu'elle était affiliée à Bell Canada, et non pas de la supériorité de son produit.

D'après l'expérience de White aux États-Unis, il semble que l'écart entre les prix des éditeurs indépendants et ceux de la compagnie de téléphone diminue avec le temps, mais demeure important. M. Lewis a témoigné qu'à Buffalo (New York), où White publie des annuaires depuis 27 ans, les prix de l'entreprise demeurent entre 25 et 33 p. 100 inférieurs à ceux des annonces dans l'annuaire de la compagnie de téléphone.

Dans l'enquête ayant abouti à la publication du rapport Elliott en janvier 1993, les clients de Télé-Direct ont été invités à préciser s'ils accepteraient de faire paraître une annonce dans un annuaire concurrent si l'éditeur de ce dernier leur offrait de réduire de 15 p. 100 le prix de cette publicité. Seulement 36 p. 100 des clients auraient accepté de faire paraître une annonce dans un

¹²¹ Par exemple, horaires des équipes sportives locales, plans des sièges des théâtres et des arénas, liste des terrains de golf locaux, renseignements sur l'accès aux autoroutes et sur les sites historiques, calendrier d'événements, cartes, répertoire des services pour personnes âgées, répertoire des services sociaux, pages pour enfants, itinéraires d'autobus, renseignements sur la douane et sur la taxe sur les produits et services.

¹²² Par exemple, il offre un annuaire « recto-verso » où figurent les villes canadiennes d'un côté et les villes américaines voisines de l'autre. L'annuaire renferme aussi une partie « annuaire par numéro » dans lequel les numéros des abonnés figurent en premier.

nouvel annuaire et à peine huit pour cent cesseraient de faire paraître une annonce dans l'annuaire de Télé-Direct¹²³. Comme le révèlent les données pour les États-Unis et l'expérience de White et de DSP, un nouvel arrivant aurait vraisemblablement à offrir des rabais se rapprochant de 50 p. 100 plutôt que de 15 p. 100 pour attirer un nombre important d'annonceurs.

D'après ce qu'ont connu les entreprises White et DSP lorsqu'elles sont entrées sur les marchés de Télé-Direct et d'après les éléments de preuve plus généraux sur la situation aux États-Unis, le Tribunal conclut que la « réputation » de l'éditeur en place d'un annuaire ou son affiliation à une compagnie de téléphone crée un important obstacle à l'entrée sur le marché par un éditeur concurrent d'annuaire à grande aire de distribution. Une dimension importante de cet obstacle est l'avantage dont bénéficie l'éditeur en place du fait que son annuaire renferme déjà les annonces des concurrents d'une entreprise donnée, ce que doit surmonter un nouvel arrivant qui cherche à persuader une entreprise de faire paraître une annonce dans son nouvel annuaire. Les nouveaux arrivants doivent offrir d'importants rabais, même lorsqu'ils publient un annuaire offrant des possibilités que n'a pas l'annuaire de l'entreprise en place.

iii) Marque de commerce « Pages Jaunes »

Les expressions « Yellow Pages » et « Pages Jaunes » et le logo des « doigts qui marchent » sont des marques de commerce déposées de Télé-Direct au Canada, et celle-ci ne les

¹²³ Pièce confidentielle CJ-14 (vol. bleu n° 5), onglet 73 aux pp. 115416-18.

attribue sous licence qu'à des éditeurs affiliés à d'autres compagnies de téléphone. Aux États-Unis, ces expressions et le logo sont du domaine public.

Comme a témoigné M. Lewis, il aurait probablement été plus facile pour White (et DSP ou tout autre nouvel arrivant) de montrer la nature du produit qu'il souhaitait lancer sur le marché canadien si elle avait pu utiliser les marques de commerce qui sont très bien connues du public, comme elle peut le faire aux États-Unis. En fait, M. Lewis aurait été disposé à payer une somme « importante » pour obtenir le droit d'utiliser ces marques de commerce au Canada. Les marques de commerce semblent fournir à Télé-Direct un avantage du point de vue de la commercialisation, ce qui renforce les autres obstacles déjà mentionnés.

iv) Comportement stratégique

Sous cette rubrique, le directeur mentionne d'abord les prétendus agissements anticoncurrentiels dont il est question plus loin dans l'argumentation au sujet des autres éditeurs. Au paragraphe 120, il affirme :

[TRADUCTION]

... Télé-Direct avait pour objectif de « rendre la concurrence coûteuse » et de « hausser la barre » pour l'accès au marché, et elle a réussi.

La seule façon pour le Tribunal de déterminer si le comportement stratégique en question constitue une entrave à l'accès est d'évaluer les effets de ce comportement sur le marché. Le directeur n'a pas fourni d'éléments de preuve des effets en ce qui concerne la question de la

puissance commerciale. Les prétendus agissements anticoncurrentiels à l'égard des éditeurs seront évidemment examinés au moment opportun.

Le directeur soutient également que les prétendus agissements anticoncurrentiels touchant les services ont rapport aux conditions d'entrée dans le secteur de la publication. Il est affirmé que l'un des objectifs de Télé-Direct visait la réduction de la puissance des agences spécialisées, pour qu'il soit plus difficile pour les nouveaux arrivants de se tailler une place sur le marché de la publication. Si la preuve avait montré qu'une politique ou une mesure de Télé-Direct à l'endroit des agences avait effectivement nui aux nouveaux arrivants dans le domaine de la publication, il faudrait en tenir compte dans notre examen des entraves à l'accès. Toutefois, nous sommes d'avis que le peu d'éléments de preuve fournis à ce sujet n'établit pas l'existence d'effets nuisibles.

3) Conclusion

À notre avis, même en présence de conditions raisonnables d'accès des éditeurs indépendants aux listes d'abonnés, il reste d'importantes entraves à l'accès sous forme de la réputation de l'entreprise en place et des coûts irrécupérables dont nous avons traité précédemment. La facilité d'accès, condition nécessaire pour réfuter la présomption de puissance commerciale conférée à Télé-Direct en raison de sa part extrêmement grande du marché, n'est pas établie.

B. MANI RE DIRECTE : AUTRES PREUVES DE PUISSANCE COMMERCIALE

En guise d'autres éléments de preuve de l'exercice d'une puissance commerciale, le directeur invoque le fait que Télé-Direct a réalisé des bénéfices élevés, qu'elle ne répond pas aux besoins des clients et qu'elle accuse un retard par rapport aux autres médias pour ce qui est de soutenir les agents, de promouvoir le produit et d'utiliser la technologie pour traiter les annonces provenant d'agents. Nous sommes d'avis que l'insuffisance des éléments déposés en preuve et le manque de profondeur de l'examen de la question ne nous permettent pas de tirer de conclusion au sujet du retard de Télé-Direct par rapport aux autres médias. Toutefois, la preuve ayant rapport aux profits et au mécontentement des clients est abondante.

1) Bénéfices

Les défenderesses reconnaissent au paragraphe 41 de leur réponse que les bénéfices comptables de Télé-Direct sont considérables. Elles ne contestent pas non plus le fait que Télé-Direct verse 40 p. 100 des revenus qu'elle perçoit directement à Bell Canada et un pourcentage semblable à d'autres compagnies de téléphone avec lesquelles elle s'engage à publier un annuaire. Elle affirme que ces paiements sont effectués en contrepartie de l'accès aux listes d'abonnés et de services rendus. La preuve a révélé que le seul service rendu par les compagnies de téléphone est celui de la facturation.

Les défenderesses et l'expert qu'elles ont appelé à témoigner, le professeur Willig, ne partagent pas l'avis du directeur au sujet de l'importance de la rentabilité déclarée de Télé-Direct

comme indicateur de puissance commerciale. Dans leur argumentation, les défenderesses font d'abord valoir les préoccupations bien connues que suscite la conversion des bénéfices comptables en bénéfices économiques. Nous reconnaissons la validité de ces préoccupations générales, mais nous n'estimons pas qu'elles s'appliquent avec beaucoup de force au très convaincant élément de preuve de la rentabilité qu'est le paiement par Télé-Direct à Bell Canada. Ce paiement représente un pourcentage défini des revenus réalisés. Il ne s'agit pas de « bénéfices » comptables, c'est-à-dire d'un montant résultant de l'application des principes, méthodes et règles comptables. Par conséquent, nous sommes d'avis qu'il ne faut pas tenir compte de ces principes, méthodes et règles comptables dans l'examen du paiement à Bell Canada et de sa signification possible quant à la puissance commerciale. L'existence d'un paiement de ce genre indique que Télé-Direct réalise des revenus dépassant d'au moins 40 p. 100 les coûts enregistrés.

Le professeur Willig était d'avis que les bénéfices dont se sert Télé-Direct pour effectuer le paiement à Bell Canada représentent le rendement d'actifs incorporels devant nécessairement être investis pour générer des bénéfices. Dans son affidavit en réfutation, il a affirmé :

[TRADUCTION]

46. ... Il est bien connu qu'il existe de nombreuses raisons pour lesquelles, à l'occasion ou de manière systématique, les bénéfices, établis par méthodes comptables, ne sont pas un indicateur des bénéfices économiques au sens théorique. Une des raisons du manque de concordance systématique est pertinente dans le cas des entreprises ayant des actifs incorporels importants. Dans ce cas, la valeur des actifs incorporels ne figure pas dans les livres comptables. Ainsi, lorsque les marges d'exploitation sont exprimées en pourcentage de la valeur comptable des actifs, ce pourcentage est systématiquement trop élevé, par rapport à celui qui concorderait avec le concept économique, du simple fait que les livres comptables ne tiennent pas compte des actifs incorporels. Le manque de concordance est appelé à être particulièrement grand, lorsque les marques de commerce, les marques de distributeur, la réputation des produits ou des services, la technologie exclusive et le capital organisationnel sont d'importants facteurs pour l'entreprise.

47. En effet, les secteurs de services comptent habituellement des exemples majeurs d'entreprises ayant d'importants actifs incorporels. Par exemple, dans le cas d'une revue, son succès repose vraisemblablement non pas sur d'importants actifs corporels, mais plutôt sur des actifs incorporels comprenant le nom et la conception de la revue et peut-être sur le capital organisationnel que représentent les équipes de rédaction et de vente. Le taux de rendement des actifs corporels enregistré par une telle entreprise variera selon que l'entreprise est propriétaire des bureaux qu'elle occupe et d'un parc de camions ou de véhicules et que leur valeur figure dans les livres comptables ou selon qu'elle loue ces actifs. De toute manière, la valeur des actifs qui déterminent réellement le succès d'une entreprise ne figure pas dans les livres, si bien que le taux de rendement des actifs ne fournira aucune indication de la rentabilité économique de l'entreprise, ni bien sûr de sa puissance commerciale.

48. Il va sans dire que le secteur de la publication d'annuaires est un exemple par excellence des effets dont je viens de traiter. Pour toutes les raisons habituelles signalées, le taux de rendement des actifs ou toute autre mesure comptable des bénéfices ne fournit pas une indication fiable de la puissance commerciale [...] ¹²⁴.

En d'autres termes, les bénéfices que réalise Télé-Direct représentent uniquement le rendement des actifs incorporels qu'il lui faut pour rester en affaires et non pas une forme quelconque de rente économique. Dans son témoignage, le professeur Willig reprend l'exemple d'une revue et des actifs incorporels qui servent à fidéliser les lecteurs. Il nous est difficile de concevoir l'application de ce même phénomène à un annuaire qui, contrairement à une revue, ne contient pas de partie rédactionnelle. Un annuaire peut avoir été conçu avec une certaine créativité, de manière à le rendre le plus utile possible pour les consommateurs, mais les éléments de preuve montrent que Télé-Direct est moins innovatrice à cet égard que ne le sont les nouveaux arrivants, dont White et DSP.

Interrogé précisément au sujet des actifs incorporels ou des activités de Télé-Direct, le professeur Willig a répondu ainsi :

¹²⁴ Affidavit en réfutation du témoin expert R. Willig (30 août 1995) : pièce R-181 à la p. 13.

[TRADUCTION]

De toute évidence, [...] le fait de jouer ou d'avoir joué le rôle de « service public » dans un domaine donné a une certaine valeur. Lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est cette valeur aujourd'hui ou ce qu'elle sera l'an prochain, le mot clé est « réputation » et la réputation est un facteur important pour les annonceurs aussi bien que pour les consommateurs qui ont à décider s'ils doivent consulter un annuaire et, le cas échéant, lequel annuaire consulter. D'une certaine manière, l'annuaire acquiert la réputation de l'entreprise en raison de son histoire, de ses antécédents, bien sûr, et aussi du fait qu'on l'associe à la compagnie de téléphone actuelle.

[...]

Je reconnais [...] qu'il est difficile de tenter d'acquérir une telle réputation. La publication d'annuaires est une activité telle que l'annonceur, à qui on demande de payer pour faire paraître une annonce, avant la publication de l'annuaire et avant qu'il n'ait de preuve de la manière dont cet annuaire sera utilisé par les consommateurs, doit, en sa qualité d'annonceur, se faire une idée de la valeur future de cet annuaire.

L'annonceur doit se faire une idée avant de s'engager à faire paraître une annonce; il doit se demander si tous utiliseront l'annuaire et si les autres annonceurs y feront paraître une annonce. Sinon, les consommateurs ne consulteront pas l'annuaire et, dans ce cas, l'annonce pour laquelle l'annonceur a à payer avant la publication ne sera pas vue autant qu'elle le devrait.

Pour l'annonceur, ce qui détermine la valeur sous-jacente c'est l'espoir que, dans 18 ou 12 mois, l'annuaire aura été publié, qu'il sera bien fait et qu'il sera bien utilisé.

Il est étrange de ne pouvoir évaluer vraiment ce que l'on achète qu'une fois l'affaire conclue et qu'après plusieurs mois...¹²⁵.

Cette hypothèse pose plusieurs difficultés. Premièrement, sur le plan des faits, des éléments de preuve montrent que les entreprises annonçant dans les annuaires de Télé-Direct (sauf celles, peu nombreuses, qui ont recours à des agences) ne paient pas 12 à 18 mois à l'avance pour faire paraître une annonce. La facturation mensuelle commence une fois l'annuaire publié. Les annonceurs paient en versements (sans intérêts) après la publication.

¹²⁵ Transcription, vol. 56 aux pp. 11663, 11667-68 (23 janvier 1996).

Deuxièmement, le professeur Willig insiste sur le fait que la valeur de l'élément d'actif qu'est la réputation de Télé-Direct tient aux attentes des annonceurs à l'égard de l'annuaire, à savoir qu'il sera publié, qu'il sera « bien » fait et qu'il sera effectivement utilisé. Sans doute tous les médias locaux, que les défenderesses qualifient de proches substituts dans le domaine de la publicité-annuaire, ont à surmonter les mêmes difficultés lorsqu'ils cherchent à vendre du temps ou un espace publicitaire à des annonceurs. Au lieu de payer à Télé-Direct des prix qui lui permettent de réaliser des bénéfices représentant un supplément de 40 p. 100, les annonceurs ne choisiraient-ils pas simplement de faire affaire avec un des prétendus proches substituts? Dans ce scénario, le supplément perçu par Télé-Direct disparaîtrait rapidement.

En revanche, si la publicité-annuaire a un certain caractère unique en raison du rapport étroit entre la masse critique de la publicité dans l'annuaire et l'utilisation de l'annuaire par les consommateurs, ce caractère unique milite contre la possibilité que les autres médias soient des substituts suffisamment proches pour que la concurrence qu'ils exercent ait une influence. La capacité qu'a Télé-Direct d'exploiter son association à une compagnie de téléphone pour réaliser des revenus nettement supérieurs à ses coûts laisse donc croire à l'existence d'une puissance commerciale sur le marché de la publicité-annuaire. Ce scénario concorde davantage avec les autres éléments déposés en preuve, lesquels montrent que, s'agissant de l'annuaire d'une compagnie de téléphone et des *annuaires* publiés par d'autres éditeurs, l'association à une compagnie de téléphone introduit une différence importante. Comme nous l'avons déjà affirmé, le supplément perçu par Télé-Direct ne peut pas être attribué à la « supériorité de son produit » par rapport à celui d'autres éditeurs d'annuaires téléphoniques du point de vue des

caractéristiques de l'annuaire. Si le produit de Télé-Direct était supérieur, elle ne se préoccuperait pas des annuaires concurrents, comme elle le fait, et la seule preuve dont nous disposions nous amène à penser que les annuaires des nouveaux arrivants White et DSP étaient supérieurs, jusqu'à ce que Télé-Direct réagisse aux améliorations offertes par ces derniers.

En outre, la thèse avancée par le professeur Willig au sujet des bénéfiques, suivant laquelle ils représentent le rendement d'actifs incorporels, est incompatible avec l'argumentation des défenderesses qui soutiennent que les bénéfiques de Télé-Direct servent à l'interfinancement du service téléphonique local de Bell Canada, comme elles le font valoir dans leur deuxième réponse modifiée :

[TRADUCTION]

20. ... Ce qui, à l'origine, était un aspect essentiel mais coûteux du service téléphonique est devenu une importante source de revenus pour les compagnies de téléphone...

21. En Ontario, par exemple, T.-D. (Publ.) paie à chaque compagnie de téléphone indépendante avec laquelle elle fait affaire 43 p. 100 des revenus bruts perçus des abonnés de la compagnie de téléphone qui font paraître une annonce dans des annuaires téléphoniques. Dans le cas de T.-D. (Publ.), les revenus provenant de cette source ainsi que la totalité des revenus nets de T.-D. (Publ.) sont inclus par le CRTC dans les revenus de Bell Canada pour abaisser le coût du service local. En Ontario et au Québec, chaque abonné résidentiel d'une compagnie de téléphone bénéficie d'une subvention de plus de 2 \$ par mois en conséquence de la perception de revenus par voie de la publicité dans les annuaires téléphoniques.

Bernard Courtois, vice-président aux affaires juridiques et questions de réglementation de Bell Canada, propose cette explication :

[TRADUCTION]

... Ainsi, les revenus sous forme de commissions versées par Télé-Direct [40 p. 100] et la totalité des revenus nets de Télé-Direct, représentant un montant de 284 millions de dollars, ont été ajoutés aux revenus de Bell Canada

en 1994, conformément au règlement. Lorsque ce montant est divisé par le nombre d'abonnés résidentiels, il en résulte une subvention de 3,38 \$ par mois pour un abonné résidentiel moyen.

Je dois préciser que le montant facturé en moyenne à un abonné résidentiel de Bell Canada pour le service téléphonique de base avec appareil à boutons est d'environ 12,75 \$. En l'absence des subventions provenant des activités de Télé-Direct, le montant de la facture passe à plus de 16,00 \$. Bien sûr, si Télé-Direct était une entreprise sans aucun lien de dépendance, Bell Canada recevrait néanmoins une part des revenus de commissions.

[...]

Q. Il me semble que vous avez signalé que toute compagnie de téléphone perçoit toujours une part des bénéfices par voie du paiement de 40 p. 100. En d'autres termes, toute compagnie de téléphone semble percevoir ce paiement, de sorte que chacune est ainsi subventionnée par les éditeurs. Est-ce bien cela?

R. C'est exact, et j'ajouterai qu'il s'agit d'une part très importante des bénéfices. J'estime que les revenus de commissions peuvent représenter les deux tiers de la subvention tandis que le revenu net en constitue le tiers...¹²⁶.

George Anderson, qui a travaillé précédemment pour NYNEX, a décrit des conditions semblables aux États-Unis. D'après son témoignage, l'éditeur de l'annuaire de l'entreprise de service public doit « réserver » une part importante de ses revenus, en sus de ce qu'il lui en coûte pour obtenir les renseignements sur les abonnés qui sont généralement accessibles depuis un certain temps aux États-Unis, et verser cette part à la compagnie de téléphone pour abaisser le coût du service téléphonique. Selon lui :

[TRADUCTION]

En conséquence des ordonnances de consentement [rendues à l'égard d'AT&T], un segment non réglementé, les Pages Jaunes, a été, à la onzième heure, relié au segment réglementé de l'entreprise pour servir de vache à lait (ce ne sont pas mes mots), de source de fonds pour aider à financer, à répartir, à retenir le taux de rendement et à restreindre le coût du service téléphonique¹²⁷.

¹²⁶ Transcription, vol. 32 aux pp. 6559-61 (3 novembre 1995)

¹²⁷ Transcription, vol. 41 aux pp. 8556-57 (17 novembre 1995).

James Logan, président actuel de la YPPA et anciennement de US West, a confirmé cette observation.

Nous constatons que, si Télé-Direct et d'autres éditeurs d'annuaires de compagnies de téléphone réalisaient uniquement un rendement compétitif pour tous les actifs, dont les actifs incorporels, les compagnies de téléphone n'auraient pas de « bénéfices » pouvant servir à des fins toutes autres, notamment à l'interfinancement du service téléphonique local. À moins de servir de *deus ex machina* permettant de justifier les bénéfices économiques élevés, les actifs incorporels doivent être définissables, comme doivent l'être aussi les activités qui sont à leur origine. Sinon, on pourrait toujours éviter que les bénéfices élevés servent à montrer l'existence d'une puissance commerciale en invoquant simplement les « actifs incorporels » . Nous ne pouvons accepter une façon de procéder aboutissant à cette conclusion. Les actifs incorporels pouvant expliquer des bénéfices économiques *apparemment* élevés sont le résultat d'activités connaissant un succès extraordinaire, comme celles de la création de nouveaux produits ou de l'adoption de manières de faire supérieures à d'autres. Contrairement à ce que laisse entendre l'exemple fourni par le professeur Willig au sujet des revues connaissant du succès, aucun élément de preuve n'indique qu'il en soit de même pour Télé-Direct ou les autres éditeurs de Pages Jaunes. De plus, l'interfinancement si généralisé des services téléphoniques par les éditeurs de Pages Jaunes associés à des compagnies de téléphone donne à penser que la source des fonds servant à cet interfinancement ne représente pas un effort exceptionnel de la part des éditeurs individuels.

Le directeur soutient également que la rentabilité éventuelle qu'espèrent les nouveaux arrivants sur le marché, même en dépit des fortes réductions qu'ils sont appelés à consentir sur les prix de Télé-Direct et des autres dépenses qu'ils doivent engager pour devenir eux-mêmes dignes de foi ou pour acquérir une réputation, fournit une mesure objective de la rentabilité de Télé-Direct. Nous convenons que les participants sur le marché sont motivés par les bénéfices économiques et non pas par les bénéfices comptables.

Par conséquent, nous concluons que les sommes payées par Télé-Direct aux compagnies de téléphone représentent une forme de « rente économique » dont la valeur dépend du surplus de gains que peut procurer la publication d'annuaires en association avec une compagnie de téléphone. Il en coûte peu aux compagnies de téléphone de fournir les listes d'abonnés et d'effectuer la facturation. Les listes sont un sous-produit de la prestation d'un service téléphonique et le montant à payer pour les annonces publicitaires peut être incorporé à la facture mensuelle de service téléphonique d'un abonné. Certes, il serait plus coûteux pour Télé-Direct de se charger de la facturation, mais il est peu probable que le coût ne dépasse, au plus, un faible pourcentage des revenus¹²⁸.

Si les autres médias exerçaient une concurrence, le montant que Télé-Direct pourrait se permettre de payer et que les compagnies de téléphone pourraient demander serait beaucoup moins élevé. Si la concurrence était suffisamment vive, les paiements aux compagnies de téléphone disparaîtraient entièrement. Même si Télé-Direct ne retire de ses activités aucun

¹²⁸ Télé-Direct se charge déjà de la vérification des contrats et du règlement des plaintes. Bell Canada s'occupe uniquement des opérations mécaniques d'établissement des factures et de mise à la poste.

bénéfice économique en sus de ce qu'elle paie à Bell Canada, la marge de son coût moyen sur son prix est extrêmement forte. Aucune mesure pouvant servir de repère n'a été déposée en preuve, mais, dans les lignes directrices en matière de fusionnement appliquées tant aux États-Unis qu'au Canada, les produits appartiennent à des marchés distincts lorsque leur existence n'empêcherait pas un monopoleur hypothétique d'accroître les prix de cinq pour cent, après un fusionnement. Si les coûts d'expédition par la poste étaient de deux pour cent, la marge serait encore de 38 p. 100. À notre avis, la preuve de l'existence d'une rente économique fournit une indication directe de la puissance commerciale de Télé-Direct.

2) Clients insatisfaits

Le directeur affirme que la manière dont les défenderesses ont agi à l'endroit de leurs clients, les annonceurs, est le fait d'une puissance commerciale. Il fait allusion à l'obligation imposée par Télé-Direct aux annonceurs de renoncer au droit d'auteur à l'égard de leur annonce, aux restrictions qu'elle imposait à la publicité collective et à des indications de faible satisfaction générale des clients. Il existe des éléments de preuve, dont des études comme les rapports Elliott et l'existence de consultants, donnant à penser qu'une importante proportion des clients de Télé-Direct sont insatisfaits des services fournis par celle-ci. Nous avons examiné la preuve à cet égard dans la section relative à la définition du marché, où nous avons analysé l'argumentation des défenderesses au sujet de la faible satisfaction des clients. Toutefois, nous hésitons à utiliser l'insatisfaction des clients comme indicateur direct d'une puissance commerciale, parce qu'il serait difficile, dans la pratique, d'appliquer un critère aussi subjectif.

3) Autres facteurs : les politiques d'établissement des prix

Aux éléments de preuve présentés par le directeur concernant la rentabilité de Télé-Direct s'ajoute sa façon de rétablir les prix qui, de l'avis du Tribunal, mène aussi à conclure que Télé-Direct se comporte davantage comme une entreprise ayant une bonne latitude pour exercer une puissance commerciale que comme une entreprise devant soutenir la concurrence de proches substituts. Nous reconnaissons, comme le signalait le professeur Willig, que la preuve de discrimination par les prix, considérée séparément, n'est pas une indication sûre de puissance commerciale. Toutefois, combinée à d'autres éléments de preuve, elle est convaincante. Deux aspects de la politique d'établissement des prix de Télé-Direct sont déterminants : les prix plus élevés fixés pour les annonces en couleur et les annonces de grande dimension (discrimination par les prix) et l'effort d'uniformisation des prix par millier d'annuaires sur les marchés géographiques (harmonisation du tirage).

a) Discrimination par les prix

Comme nous l'avons vu à la section sur la définition du marché, la couleur et la grande dimension revêtent une plus grande importance pour les annonceurs qui comptent beaucoup sur la publicité dans les Pages Jaunes. De façon générale, il s'agit d'annonceurs offrant des services auxquels les consommateurs n'ont pas souvent recours ou des services d'urgence (par exemple, les services de plombiers, d'exterminateurs, de déménageurs, de mécaniciens d'automobiles ou d'avocats), des biens durables coûteux et achetés peu souvent pour lesquels les consommateurs

se livrent vraisemblablement à des comparaisons de prix (par exemple, automobiles, gros appareils électro-ménagers), des services pour voyageurs (par exemple, location d'automobiles), ou encore de fournisseurs qui favorisent les commandes par téléphone (par exemple, pizzerias, vendeurs de bois offrant un service de commandes par téléphone). Ces annonceurs veulent que l'attention des consommateurs soit attirée par leur propre annonce dans les Pages Jaunes plutôt que par celles de leurs concurrents. De l'avis du Tribunal, Télé-Direct pratique systématiquement la discrimination par les prix à l'égard des annonceurs qui comptent beaucoup sur les Pages Jaunes, par voie des prix qu'elle fixe pour la couleur et la dimension, et sa capacité d'agir de la sorte est une preuve directe qu'elle exerce une puissance commerciale.

Télé-Direct majore de 50 p. 100 les prix d'une annonce lorsqu'est ajoutée la couleur rouge. Ce supplément est sans rapport avec le coût de production. Le représentant de l'un des éditeurs indépendants a témoigné que l'éditeur qui majore un prix de 50 p. 100 réalise une marge bénéficiaire très élevée. En d'autres termes, les coûts supplémentaires d'impression et de production restent nettement inférieurs au prix demandé.

M^{me} McIlroy a expliqué que Télé-Direct demande un prix plus élevé pour la couleur afin d'en restreindre l'utilisation et pour faire en sorte qu'elle apparaisse assez peu souvent pour faire « ressortir » les annonces en couleur sur la page. Le prix est fixé à un niveau suffisamment élevé pour éviter que la couleur paraisse dans toutes les annonces. De même, Télé-Direct a offert la possibilité d'utiliser plusieurs couleurs sur les marchés où de très nombreux annonceurs utilisaient la couleur rouge dans les annuaires pour permettre à des annonceurs de « se distinguer

». Il ne s'agit pas d'une politique d'établissement des prix que peut adopter une entreprise subissant une forte concurrence, parce que les entreprises concurrentes auraient simplement à offrir un prix moins élevé pour exploiter la possibilité de réaliser des bénéfices et feraient disparaître le supplément.

En outre, le supplément imposé pour l'utilisation de la couleur rouge est généralement le même sur tous les marchés locaux. Il est difficile de concevoir comment les prix pourraient être à ce point uniformes, vu la « concurrence » exercée par les autres médias locaux qui serait vraisemblablement variable d'un marché local à un autre. Le prix fixé par Télé-Direct pour l'utilisation du rouge peut difficilement être considéré comme une réaction à cette concurrence et témoigne plutôt d'une entreprise préoccupée seulement par son propre milieu unique.

D'après les éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous observons une uniformité semblable et une absence de rapport aux coûts dans la politique de Télé-Direct concernant l'établissement des prix des annonces de grande dimension. Les éléments déposés en preuve ne comprennent pas de carte de tous les tarifs de Télé-Direct. Sur les 33 marchés locaux traités dans les tarifs de la YPPA déposés en preuve, le prix est majoré d'environ 90 p. 100 chaque fois que la dimension de l'annonce double d'un quart de colonne (un seizième de page) au quart de colonne double (un huitième de page) et d'un quart de colonne double à une moitié de colonne double (un quart de page)¹²⁹. Comme pour la couleur, les éléments de preuve montrent que le coût additionnel de production d'une annonce de plus grande dimension ne justifie pas la majoration

¹²⁹ *YPPA Rates and Data Information for the period 1992-95* (tarifs et données de la YPPA pour la période 1992-1995) : pièce A-111 à la p. 9.

de prix. Vu les coûts, il y aurait lieu de s'attendre à une réduction de plus de 10 p. 100 sur le prix d'une annonce deux fois plus grande.

Les défenderesses ne contestent pas le fait que les coûts supplémentaires occasionnés ne justifient pas la majoration par Télé-Direct des prix demandés pour l'utilisation du rouge et pour des annonces de plus grande dimension. L'avocat a reconnu qu'il en était ainsi, mais il a fait valoir que Télé-Direct se livrait à « l'établissement des prix en fonction de la valeur ». Il a avancé, par hypothèse, qu'un annonceur achetant une annonce de plus grande dimension pourrait obtenir des résultats dix fois meilleurs que n'aurait produit une petite annonce, de sorte qu'il lui serait en fait avantageux de payer deux fois plus pour une plus grande annonce. Suivant ce raisonnement, l'annonceur qui fait paraître une annonce de plus grande dimension retire une plus grande valeur du média. L'établissement des prix en fonction de la valeur n'est pas une pratique couramment associée à un marché concurrentiel, dont le caractère par excellence est l'établissement des prix en fonction des coûts¹³⁰. L'établissement des prix en fonction de la valeur caractérise plus vraisemblablement un monopoleur réglementé et témoigne plutôt de l'existence que de l'absence d'une puissance commerciale.

La capacité de discrimination par les prix qu'a Télé-Direct à l'endroit des clients qui paient *davantage* pour des annonces de plus grande dimension ou en couleur est un facteur particulièrement important lorsqu'il s'agit de déterminer si Télé-Direct est dépourvue de puissance commerciale *parce que* les autres médias locaux sont de proches substituts des Pages

¹³⁰ Abstraction faite des branches d'activité dynamiques et stimulées par l'innovation, auxquelles n'appartient pas la publication d'annuaires téléphoniques.

Jaunes, comme le soutiennent les défenderesses. Les annonceurs faisant paraître de grandes annonces dans les Pages Jaunes ont un plus grand choix parmi les prétendus médias concurrents puisque, par définition, ils dépensent pour de la publicité dans les Pages Jaunes un plus gros montant qu'ils peuvent détourner vers un autre média. Les annonceurs faisant paraître de petites annonces sont vraisemblablement moins en mesure de se permettre toutes les possibilités offertes par les autres médias. Il est peut-être vrai, comme le signale le professeur Willig, que certains médias, comme les journaux communautaires ou les feuillets d'églises, peuvent être plus abordables pour les petits annonceurs, mais il est certain qu'en raison de leur budget plus important, ceux qui font paraître des annonces de plus grande dimension ont un plus grand choix. Ainsi, l'élasticité de la demande devrait être plus grande pour les annonceurs faisant paraître une publicité de grande dimension dans les Pages Jaunes s'il est vrai, comme le prétendent les défenderesses, qu'il existe de proches substituts des Pages Jaunes. L'accroissement de la marge bénéficiaire de Télé-Direct, en dépit d'une augmentation des dépenses pour l'utilisation de la couleur et la grande dimension, témoigne d'un phénomène contraire. L'étrange capacité de discrimination par les prix qu'a Télé-Direct à l'égard d'annonceurs qui, à première vue, semblent avoir le plus grand choix, met en relief sa puissance commerciale.

Deux éditeurs indépendants d'annuaires à grande aire de distribution, White et DSP, majorent également les prix demandés pour l'utilisation de la couleur ou pour une annonce de grande dimension, mais cette majoration n'est ni aussi forte ni aussi uniforme que celle de Télé-Direct¹³¹. Certes, personne n'a avancé que White et DSP jouissaient d'une puissance

¹³¹ À Sault-Sainte-Marie, DSP demande entre 36 et 50 p. 100 de plus pour l'utilisation du rouge dans une annonce pleine page, d'une demi-page, d'une moitié de colonne double (un quart de page), d'un quart de colonne double (un huitième de page) et d'un

commerciale. Pourtant, M. Campbell a invoqué la même raison que M^{me} McIlroy, par exemple, pour expliquer la majoration des prix par DSP pour l'utilisation de la couleur rouge, à savoir que le prix demandé est supérieur aux coûts supplémentaires de production pour que la couleur rouge ne soit pas trop utilisée dans les annonces. Si les éditeurs indépendants majorent également leurs prix pour les annonces en couleur ou de grande dimension, faut-il conclure que Télé-Direct n'a pas de puissance commerciale? Nous croyons que non. L'existence de deux éditeurs, à Sault-Sainte-Marie et à Niagara, n'est pas la preuve d'un marché « concurrentiel ».

En dépit des éléments de preuve ayant rapport aux éditeurs indépendants, nous restons d'avis que la capacité qu'a Télé-Direct de faire de la discrimination par les prix est synonyme de puissance commerciale. Les éditeurs indépendants peuvent, dans une mesure beaucoup moins grande, adopter une politique d'établissement des prix semblable à certains égards à celle de Télé-Direct, mais cela n'a rien d'étonnant. Les prix fixés par Télé-Direct sur chaque marché local créent un « cadre » dans lequel les nouveaux arrivants peuvent s'intégrer, ce qui fait ressortir le fait que Télé-Direct a une puissance commerciale suffisante pour créer un tel cadre.

b) Harmonisation du tirage

Depuis 1987 (ou dans le cadre de l'établissement des prix pour 1989 et les années suivantes), Télé-Direct a activement appliqué une politique d'« harmonisation du tirage » dans le

quart de colonne (un seizième de page). Cependant, chaque fois que double la dimension de l'annonce, DSP accroît le prix d'un taux variant entre 56 et 76 p. 100, majoration nettement moins forte que ne l'est celle de Télé-Direct pour une plus grande annonce. À Niagara Falls, White ne demande qu'entre huit à neuf pour cent de plus pour l'utilisation du rouge, sauf dans une annonce d'un quart de colonne, pour laquelle le prix est majoré de 28 p. 100. Chaque fois que double la dimension de l'annonce, White majore le prix demandé d'un taux variant entre 74 et 91 p. 100.

calcul des majorations annuelles. La seule année ayant fait exception est celle de 1992 (prix pour 1994) durant laquelle il n'y a eu aucune majoration des prix en raison de la mauvaise conjoncture économique. Cette politique visait l'uniformisation entre les différents annuaires du coût par millier (CPM). Le tirage de certains annuaires s'était fortement accru, mais, comme les prix de la publicité y figurant avaient été majorés du même pourcentage que les prix applicables aux annuaires dont le tirage n'avait pas augmenté autant, le CPM (ou rapport entre le prix et le tirage) de ces annuaires était nettement moins élevé. M^{me} McIlroy cite l'exemple de l'annuaire de Mississauga pour lequel les prix de la publicité étaient jugés trop faibles, compte tenu du tirage de cet annuaire. L'entreprise a donc pris des mesures pour uniformiser les CPM sur tous les marchés, sur un certain nombre d'années, par une plus grande majoration des prix (mais aucune diminution) sur des marchés locaux donnés.

La politique d'harmonisation a été ou est appliquée sans tenir compte de divergences dans le degré de concurrence exercée par les autres médias sur chaque marché local. Le processus peut être qualifié de très bureaucratique, ce à quoi on ne s'attendrait certainement pas si Télé-Direct était obligée de soutenir une concurrence d'une intensité variable sur les nombreux (environ 100) marchés locaux où elle se trouve.

Le professeur Willig a convenu que cette approche « bureaucratique » à l'établissement des prix et l'apparente indifférence à l'égard des conditions sur les marchés locaux étaient étranges, mais il a postulé que cette manière d'agir pouvait être attribuable à la relation entre Télé-Direct et une entreprise de service public. Une entreprise de service public évolue dans une

culture de réglementation qui n'est pas favorable à la souplesse des prix. De plus, si des vendeurs pouvaient individuellement offrir des rabais à différents clients, il en résulterait un désordre complet dans une grande entreprise comme Télé-Direct.

L'établissement des prix en fonction des différents clients dépasse largement la question de la réaction à la concurrence exercée par d'autres médias sur un marché local et est donc sans rapport direct avec cette question. Les entreprises de service public évoluent indéniablement dans une « culture » de réglementation. Ce qu'il importe davantage de savoir c'est comment Télé-Direct peut parvenir à maintenir une telle culture dans sa politique d'établissement des prix en présence de prétendus proches substituts. Si le caractère bureaucratique du processus d'établissement des prix amenait Télé-Direct à fixer un prix trop élevé sur un marché donné, elle perdrait sans doute une part gigantesque de revenu au profit d'autres médias et modifierait rapidement sa façon de faire. Nous n'avons aucune preuve qu'elle ait agi de la sorte.

4) Conclusion

Les autres éléments de preuve directs de l'existence d'une puissance commerciale qu'avance le directeur et qui s'ajoutent aux politiques d'établissement des prix adoptées par Télé-Direct confirment la conclusion que nous avons tirée précédemment par voie indirecte, à savoir que Télé-Direct exerce une puissance commerciale dans le domaine de la publicité-annuaire.

INCLUDE subdoc2.wpd

VIII. VENTES LIÉES

A. INTRODUCTION

Les « ventes liées » sont traitées à l'article 77 de *Loi sur la concurrence*. Les dispositions pertinentes de cet article sont les suivantes :

(1) ... « ventes liées »

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :

(i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,

(ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que [...] les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou tr s répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché;

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur le marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché;

c) soit sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais [...] les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

Les ventes liées consistent à fournir un produit à *la condition* que l'acheteur acquière un second produit *ou* suivant des conditions qui *incitent* l'acheteur à se procurer également le second produit. Un tel arrangement peut-être prohibé par le Tribunal en vertu de l'article 77 lorsque dans

cet arrangement sont aussi réunies toutes les conditions énoncées à l'article, à savoir que les ventes liées sont pratiquées par un important fournisseur et entraînent une réduction sensible de la concurrence. Le Tribunal ayant conclu précédemment à l'exercice d'une puissance commerciale par Télé-Direct dans le domaine de la publicité-annuaire, la condition d'important fournisseur est remplie. Il reste maintenant à déterminer si les autres conditions sont réunies.

Le directeur prétend que les défenderesses se sont livrées à la pratique consistant à obliger ou à inciter les acheteurs d'espace publicitaire dans les annuaires téléphoniques (le produit clef) à acheter d'elles un autre produit, les services de publicité-annuaire (le produit lié). Le directeur soutient aussi que la pratique des ventes liées a fait obstacle à l'entrée ou au développement d'entreprises sur le marché, entraînant une réduction sensible de la concurrence.

D'après le paragraphe 9 de la demande, l'entreprise d'espace publicitaire ou de publication comprend ce qui suit :

[TRADUCTION]

... tous les éléments liés à la fourniture d'espace publicitaire dans un annuaire téléphonique, dont l'accès à une base de données d'abonnés (y compris les données relatives aux nouveaux abonnés) formant le contenu de l'annuaire, la compilation, la création de copies papier, l'impression, la promotion et la distribution.

L'entreprise de services publicitaires comprend ce qui suit :

[TRADUCTION]

... la fourniture de services liés à la vente d'espace publicitaire dans un annuaire téléphonique, dont la sollicitation de nouveau clients, le maintien en contact avec ceux-ci et la fourniture de conseils, de renseignements ou d'autres services ayant trait à la conception graphique, aux coûts, au contenu, à l'emplacement, à la création et au placement d'annonces.

En outre, le directeur affirme que l'acheteur d'une annonce dans un annuaire téléphonique obtient deux produits afférents aux deux entreprises : un espace publicitaire et des services publicitaires.

B. FAITS

Avant d'aller plus loin, nous devons examiner certains faits ayant rapport à la prestation de services publicitaires aux entreprises annonçant dans les Pages Jaunes.

1) Personnel de vente de Télé-Direct

Télé-Direct vend de la publicité-annuaire par l'intermédiaire de son personnel de vente. Ce groupe, l'équipe générale de vente ou EGV, se compose de deux sous-groupes : les représentants commerciaux qui effectuent les ventes par téléphone (les « télé-vendeurs ») et les représentants qui se rendent chez les clients (les « représentants commerciaux sur place »). Les représentants commerciaux sur place se rendent chez différents clients durant l'année pour solliciter les annonceurs dans une zone donnée ou pour un annuaire particulier durant une période déterminée. En 1994, les ventes sur place étaient à l'origine d'environ 60 p. 100 des revenus réalisés par le personnel de vente de Télé-Direct, tandis que 30 p. 100 des revenus étaient attribuables à la vente par téléphone.

Un autre groupe, parfois assimilé par Télé-Direct à l'EGV et parfois considéré comme distinct, est celui des « gestionnaires ou représentants de comptes nationaux » (« GCN » ou « RCN ») qui ont réalisé les quelques 10 p. 100 de revenus qui restent.

Il n'y a pas de règle qui définisse rigoureusement les comptes devant relever des GCN ou RCN plutôt que des autres représentants commerciaux composant l'EGV. Certains comptes importants sont attribués à l'EGV. Les témoins de Télé-Direct ont affirmé que, de façon générale, les comptes supposant un niveau de service élevé, par exemple des visites multiples chaque année, sont vraisemblablement confiés au groupe des GCN ou RCN. En raison de la méthode de vente par sollicitation utilisée par l'EGV, les membres de cette équipe sont souvent occupés à solliciter des clients dans une autre zone et sont incapables d'assurer le suivi d'un compte particulier. Les GCN et RCN, qui se trouvent dans certains centres et y travaillent durant toute l'année, sont mieux en mesure de s'occuper des comptes ou clients nécessitant un niveau de service élevé. Un autre facteur est la complexité des annonces de ces clients, en raison notamment du nombre de rubriques, du nombre de marchés et de l'importance des changements à apporter chaque année. S'il faut beaucoup d'attention pour veiller à l'exactitude (par exemple, pour ne pas oublier de faire paraître l'annonce dans tous les annuaires voulus) et s'il faut beaucoup de soutien administratif, un client deviendra un compte national. La preuve montre aussi que les comptes dont le potentiel de croissance future est faible ou qui ont simplement soulevé beaucoup de problèmes dans le passé soient confiés au groupe des GCN ou RCN.

Le marché de Télé-Direct (Publications) Inc. est divisé en deux régions géographiques, celles de l'Est et de l'Ouest. La région de l'Est comprend la province de Québec et des zones de l'Ontario, dont Ottawa, Kingston, Sault-Sainte-Marie et Sudbury. La région de l'Ouest correspond au reste de l'Ontario. La structure et l'organisation de l'entreprise sont généralement comparables dans les deux régions, mais la région de l'Est est de plus petite taille du point de vue tant des revenus réalisés que du nombre de représentants commerciaux.

Les faits concernant a) la rémunération et b) l'évaluation de rendement du personnel de vente de Télé-Direct ainsi que c) les comptes qui leur sont attribués et le suivi qu'il en assure sont pertinents parce que, selon le directeur, Télé-Direct est incitée à pratiquer les prétendues ventes liées parce qu'elle peut pousser plus efficacement son personnel de vente que les agents à vendre davantage de publicité dans les Pages Jaunes.

a) Rémunération

La rémunération des représentants commerciaux de Télé-Direct, combinaison d'un salaire et d'une commission, est fortement tributaire des revenus que génère chacun d'eux. Les télé-vendeurs aussi bien que les représentants sur place reçoivent un salaire de base (qui est plus élevé pour ces derniers) auquel peuvent s'ajouter des commissions et des primes d'encouragement.

Le montant de la commission versée à un représentant commercial dépend de la nature de la publicité vendue. Lorsqu'un représentant réussit à générer de nouveaux revenus (hausse des sommes dépensées par les annonceurs en publicité par rapport à celles de l'année précédente), il perçoit une commission annuelle de 13 p. 100 calculée sur le montant total des nouveaux revenus. Si l'annonceur fait paraître à nouveau la publicité achetée l'année précédente, le représentant commercial reçoit une commission correspondant à 2,4 p. 100 du montant payé pour faire paraître à nouveau la publicité. La commission pour renouvellement est versée sur toute part du montant d'une publicité renouvelée, même si le montant total de la publicité achetée est inférieur à celui de l'année précédente. La commission pour renouvellement a été instaurée au début des années 1980; auparavant, les représentants percevaient seulement un salaire de base et une commission pour nouveaux revenus générés. Le montant définitif de la commission payée à un représentant commercial dépend des majorations de prix. C'est le cas notamment lorsqu'un annonceur achète à nouveau exactement la même publicité que celle de l'année précédente et que le prix fixé pour ce type de publicité a été majoré. Le représentant reçoit une commission pour renouvellement en fonction du montant dépensé par l'annonceur l'année précédente ainsi qu'une commission pour majoration des prix calculée en fonction de la différence entre les deux montants totaux des dépenses en publicité, compte tenu de la majoration des prix. Le taux de la commission sur majoration des prix est de six pour cent.

Depuis 1993, un représentant sur place peut aussi recevoir une prime annuelle au montant de 2 000 \$. Cette prime est calculée en fonction de facteurs tels que le nombre de plaintes formulées contre un représentant par les annonceurs, la cote obtenue par le représentant dans le

cadre de l'évaluation de rendement effectuée par Télé-Direct, le nombre de « retards » (présentation d'annonces après l'échéance fixée pour un annuaire) et d'erreurs et le rythme de travail général du représentant. À la prime peuvent s'ajouter un certain nombre de primes d'encouragement offertes aux représentants sur place, par exemple, des primes de rendement et des voyages.

Le groupe des GCN ou RCN reçoit aussi un salaire de base et une commission, mais le salaire constitue une part beaucoup plus importante de leurs revenus. Ils reçoivent une commission de neuf pour cent pour les nouveaux revenus générés, une commission pour renouvellement de 0,5 p. 100 et une commission pour majoration des prix de 1,2 p. 100. Ils peuvent être admissibles à une prime correspondant à sept pour cent de leur revenu pour accroissement maximal des ventes nettes ou encore une prime de trois pour cent pour maximisation des revenus maintenus. En moyenne, un GCN gagne moins qu'un représentant commercial sur place.

Les représentants commerciaux travaillent sous la supervision de gestionnaires des ventes qui sont salariés, lesquels peuvent aussi recevoir divers incitatifs et primes qui peuvent varier d'une année à l'autre, selon les résultats obtenus par les représentants relevant d'eux.

b) Évaluation du rendement

Dans la région de l'Ouest, Télé-Direct applique un programme d'évaluation officielle du rendement de ses représentants commerciaux, lequel est dit évaluation du rendement global (« ERG »). Le rendement de chaque représentant fait l'objet d'une ERG tous les six mois.

L'ERG comporte trois critères : le résultat des ventes (comptant pour 60 p. 100), la satisfaction des clients (comptant pour 20 p. 100) et l'exécution des tâches (comptant pour 20 p. 100). La cote attribuée pour les ventes réalisées est fondée en grande partie sur les revenus supplémentaires générés par un représentant par rapport à ceux d'autres représentants (25 points sur 60). La satisfaction des clients est évaluée en fonction des plaintes des clients et des résultats d'un sondage général. Les plaintes des clients sont établies en fonction du nombre de fois que les clients dont un représentant est responsable ont téléphoné pour faire une plainte ou pour signaler une inquiétude. Les résultats de sondage sont ceux d'un sondage Gallup¹³². Le dernier critère est celui de l'exécution des tâches et consiste notamment à examiner le rythme de travail (respect des critères de référence concernant le service à la clientèle, en termes de pourcentage donné des revenus, durant une campagne de sollicitation et avant une date fixée), ainsi que le nombre de demandes internes et de retards.

Il n'y a pas d'ERG dans la région de l'Est, où le rendement n'a pas fait l'objet d'une évaluation formelle depuis 1994, en raison de conflits de travail. À l'heure actuelle, le rendement des représentants commerciaux de la région de l'Est est évalué par les gestionnaires, c'est-à-dire

¹³² Chaque année, 25 clients de chaque représentant commercial sont invités à répondre à des questions ayant trait à la qualité du service fourni par le représentant.

par leurs superviseurs qui font des entrevues de suivi auprès des clients. Télé-Direct a l'intention de remplacer ce processus d'évaluation moins formel.

c) Attribution des comptes et suivi

Télé-Direct procède par sollicitation pour vendre de la publicité. Il existe, pour chaque annuaire, une période de sollicitation dont la durée dépend de la taille de l'annuaire et durant laquelle l'EGV concentre ses efforts sur la vente d'annonces à paraître dans le prochain annuaire. L'EGV doit accomplir le travail de vente et de sollicitation avant l'échéance ou la date limite fixée pour un annuaire. Lorsqu'une campagne de sollicitation est terminée, l'EGV passe à la suivante.

Dans chaque campagne de sollicitation, les coordonnateurs de la sollicitation de Télé-Direct attribuent des comptes à des représentants commerciaux en s'efforçant le plus possible d'équilibrer le portefeuille d'un représentant du point de vue des revenus et de la possibilité de croissance. Les comptes sont attribués en fonction d'un système complexe de « marchés » et de « cotes ». Par exemple, les clients du « marché 1 » sont attribués à des représentants sur place, tandis que les clients du « marché 2 » sont attribués aux télé-vendeurs. Les comptes ou clients, ainsi répartis en fonction des marchés, sont aussi cotés; plus basse est la cote attribuée à un client, plus grande est la possibilité que ce client achète de la publicité dans les Pages Jaunes. Les cotes sont établies en fonction de la nature de l'entreprise dont témoigne la rubrique sous laquelle elle serait inscrite dans l'annuaire.

Dans chaque campagne de sollicitation, les cotes et les marchés des comptes sont analysés pour déterminer, en fonction de facteurs tels que le temps, la taille des villes et le nombre de représentants commerciaux existants, si les représentants sur place devraient s'occuper de comptes de toutes cotes sur la marché 1 ou si, peut-être, certains comptes ayant des cotes plus élevées sur ce marché devraient être confiés aux télé-vendeurs. Pour ces m mes raisons, dans une campagne de sollicitation donnée, les comptes ne sont pas tous attribués; ceux qui offrent de faibles possibilités et qui sont inactifs sont abandonnés.

Dans le passé, l'attribution des comptes a été faite au hasard tant pour les représentants sur place que pour les télé-vendeurs. Sauf quelques exceptions de moindre importance, les comptes étaient répartis entre les représentants au début de chaque campagne de sollicitation en veillant à ne pas réattribuer les comptes aux m mes représentants dont ils relevaient l'année précédente. En 1993, sur un marché au nord, on a tenté l'expérience de réattribuer aux m mes télé-vendeurs tous les clients dont ils s'étaient occupés l'année précédente. De l'avis de M^{me} McIlroy, les résultats ont été positifs dans l'ensemble; toutefois, nous ne savons pas si la continuité en télé-vente a été adoptée à plus grande échelle. À la fin des années 1980, Télé-Direct a mis en place, pour les ventes sur place, un programme d'« annonceurs tr s importants » (« ATI ») qui visait à assurer une continuité et dans le cadre duquel les annonceurs dépensant un certain montant chaque mois étaient attribués au m me représentant chaque année. En 1992-1993 a été adoptée une politique de continuité plus généralisée dans le cadre de laquelle 30 p. 100 des clients pour la vente sur place ont été réattribués aux m mes représentants commerciaux durant trois années consécutives si ces clients dépensaient 500 \$ ou plus ou s'il était question de prix

d'incitation. À l'heure actuelle, environ 55 p. 100 des clients d'un représentant sur place type (environ 85 p. 100 des revenus générés) sont des clients habituels (continuité).

2) Règles de Télé-Direct en matière de commission

Avant 1958, une commission de 15 p. 100 pouvait être versée pour la « publicité nationale ». Toutefois, la définition de « publicité nationale » était vague. En 1958, Bell Canada a adopté une nouvelle politique, élaborée en collaboration avec la Canadian Association of Advertising Agencies et avec son appui. Pour ouvrir droit à une commission de 15 p. 100, la publicité devait paraître dans au moins deux annuaires correspondant à au moins deux « régions d'appel » et pas plus de 80 p. 100 de la publicité totale ne devait paraître dans un seul annuaire. L'agence ne devait pas obligatoirement être membre d'une association particulière et, s'il y avait un doute quant à sa capacité de payer, le crédit de l'agence faisait l'objet d'un examen.

Le 1^{er} janvier 1976, Télé-Direct a modifié à nouveau sa définition d'un compte donnant droit à une commission. La nouvelle définition est devenue la « règle des huit marchés ». Suivant cette règle, pour qu'un compte donne droit à une commission, l'annonceur devait acheter une publicité ayant au moins la valeur d'une publicité de marque de commerce sur huit « marchés » définis par Télé-Direct. Le Canada était divisé en 19 marchés, dont six au Québec et sept en Ontario. Les États-Unis dans leur ensemble constituaient un seul marché, le vingtième. Si un compte publicitaire respectait les critères et si l'agence fournissait les travaux de conception

graphique, Télé-Direct versait une commission de 15 p. 100 de la valeur. Encore une fois, il n'était pas nécessaire d'appartenir à une association sectorielle particulière.

La règle en matière de commission a été modifiée à nouveau le 1^{er} juillet 1993 afin d'établir la définition de « publicité nationale » qui est la règle en vigueur. En vertu de cette règle, pour que la publicité donne droit à une commission, elle doit paraître dans des annuaires dans deux provinces au moins, c'est-à-dire dans au moins 20 annuaires et, dans chacun d'eux, la valeur de la publicité doit correspondre au moins à celle d'une publicité de marque de commerce. Enfin, la publicité doit aussi paraître, dans une proportion de 20 p. 100 de sa valeur totale, dans des annuaires à l'extérieur du territoire de Télé-Direct.

Pour recevoir une commission de 25 p. 100 pour un « compte national », une agence doit être un RCA et être membre de la YPPA. De plus, pour avoir droit à une commission de 25 p. 100, le RCA doit transmettre la commande à Télé-Direct par voie du Réseau à valeur ajoutée (« RVA ») administré par la YPPA. Le RVA est un système de transmission électronique, à l'éditeur, de données et d'autres renseignements sur le compte. Pour avoir accès au RVA, le RCA doit être membre de la YPPA et il doit avoir le matériel informatique et les logiciels nécessaires.

Les droits acquis ont été maintenus pour tous les comptes respectant la règle des huit marchés en juillet 1993; Télé-Direct verse encore une commission de 15 p. 100 pour ces comptes. Dès qu'un compte ne donne plus droit à une commission en vertu de la règle des huit marchés, aucun retour en arrière n'est possible. Il n'y a aucune rétroactivité du droit à la

commission pour les nouveaux comptes publicitaires devenus conformes la règle des huit marchés après juillet 1993. Télé-Direct n'a pas dit combien de temps seraient maintenus les droits acquis dans le cas des comptes respectant à la règle des huit marchés. Cette pratique pourrait prendre fin à tout moment.

C. TH SES SUBSIDIAIRES

La th se relative aux ventes liées que le directeur a élaborée, dans son exposé introductif, veut que les défenderesses aient exigé de leurs clients, comme condition de la fourniture d'espace, qu'ils se procurent le produit lié, c'est-à-dire les services, ou les incités à se conformer à cette condition. La structure du marché a déjà été décrite. Les défenderesses offrent une commission pour les comptes conformes à leur définition de publicité « nationale »; elles en versent une également pour les comptes respectant la règle des huit marchés, auxquels elle reconnaît des droits acquis. Elles s'occupent elles-mêmes des autres comptes, et elles n'offrent pas de commission, pas plus qu'elles ne prévoient de prix distincts pour l'espace et les services, à l'égard des comptes « locaux », lesquels représentent plus de 90 p. 100 des revenus de Télé-Direct.

Selon cette th se, les défenderesses, en refusant de vendre l'espace et les services de façon dégroupée, ont contrevenu à l'article 77. L'avocat du directeur a formulé différemment cette position, dans son exposé introductif, en présentant le refus des défenderesses de verser une commission hors des normes étroites qu'elles appliquent comme une violation de l'article 77,

parce que l'octroi de commissions serait un moyen de reconnaître ou d'effectuer un dégroupage à l'égard des services recherchés par les clients dont les comptes ne donnent pas droit à une commission. Le directeur affirme que, dans l'état actuel des choses, ces clients ont le choix soit de recevoir les services compris dans le prix « forfaitaire » qu'ils acquittent pour leur annonce soit de payer deux fois pour les services -- une fois dans le prix forfaitaire demandé par les défenderesses et une fois au fournisseur des services.

Les défenderesses soutiennent que le directeur se fait une conception erronée des ventes liées. Elles affirment qu'il n'existe aucun produit appelé « services publicitaires » distinct d'un autre appelé « espace publicitaire ». Insistant sur l'aspect *vente* des services mentionnés par le directeur, elles font valoir que les conseils prodigués par le personnel de vente de Télé-Direct forment un tout indivisible avec l'espace fourni dans leurs annuaires. Elles soulignent même qu'il n'y a aucun espace publicitaire sans vente. Pour elles, la façon de vendre les annonces dans leurs annuaires procède de décisions commerciales qu'il leur appartient seules de prendre et qui ne ressortit pas à la compétence des tribunaux. Elles déterminent quand il est opportun de recourir à leur personnel de vente et quand il convient de « faire appel » à des agents et de leur verser alors une commission.

Autrement dit, les défenderesses affirment qu'elles ont choisi un système « hybride ». Leur principal canal de vente est leur propre personnel de vente. Elles ont aussi décidé de confier à des agents les ventes à un groupe restreint de gros annonceurs ayant des besoins particuliers. Elles justifient la priorité accordée à leur personnel de vente par : 1) l'efficacité, le coût moyen

des revenus provenant des ventes réalisées à l'interne étant inférieur à celui des ventes effectuées par des agents extérieurs, 2) une meilleure croissance des revenus, le personnel de vente interne étant plus efficace à cet égard et 3) un meilleur service, permettant d'accorder de l'attention aux petits annonceurs ou aux non-annonceurs que Télé-Direct peut considérer comme importants, mais non les agents extérieurs.

Les défenderesses avancent que l'allégation de ventes liées énoncée dans la demande du directeur équivaut à une attaque contre l'intégration verticale. Elles expliquent que par leur décision en matière d'octroi de commission elles se donnent le choix de faire appel aux services d'agents dans certains cas et d'employer leur propre personnel dans d'autres. Elles s'appuient sur la décision du juge Posner dans l'affaire *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Buildings Inc.*, dont elles citent l'extrait suivant :

[TRADUCTION]

Selon M. Walters [un agent dont le contrat avait été résilié], Morton [le fabricant] voulait reprendre la fonction de vente, ou faire de l'intégration verticale en aval, suivant la terminologie de l'organisation industrielle. Mais l'intégration verticale n'est pas illégale, elle n'est même pas suspecte en droit de la concurrence : « Les entreprises ont toujours à choisir entre "faire ou acheter" - c'est-à-dire entre se procurer un bien ou service sur le marché ou le produire à l'interne --, et cette décision, quelle qu'elle soit, ne soulève habituellement aucune question quant au respect des règles antitrust » [...] L'intégration verticale est une caractéristique universelle de la vie économique, et il serait absurde d'en faire une catégorie sujette à caution en droit de la concurrence simplement parce qu'elle peut faire du tort aux fournisseurs du service qui a été intégré à l'entreprise.

Le fabricant qui prend en charge la distribution de son produit effectue une opération usuelle d'intégration verticale.

L'intégration verticale, comme nous venons de l'affirmer, n'est pas un objectif condamnable, mais cette caractérisation est trop timide. L'intégration verticale favorise habituellement la concurrence. Si l'intégration d'une fonction

auparavant exécutée à l'extérieur de l'entreprise lui permet de réaliser des économies, elle n'en sera que plus concurrentielle¹³³. [Renvois omis.]

Les défenderesses exhortent le Tribunal à conclure, en appliquant ce raisonnement du juge Posner, que leur restriction des critères en matière de commission équivaut simplement à intégrer la fonction de distribution et qu'il s'agit d'une décision de gestion que Télé-Direct n'a pas à « justifier ».

Le directeur précise qu'il n'a rien à redire en principe à l'intégration verticale, mais que si, pour y procéder, on contrevient à une disposition de la Loi, en particulier aux articles 75, 77 et 79, l'opération pourra être contestée, et les défenderesses ne pourront « se réclamer de l'intégration verticale » pour échapper à leur responsabilité. Le Tribunal reconnaît que l'étiquette « intégration verticale » n'est pas déterminante. Elle n'empêche pas le directeur de tenter de convaincre le Tribunal que les pratiques dont il est question dans l'affaire qu'il examine présentent les caractéristiques interdites par la Loi. Cette position ne contredit pas la décision du juge Posner dans l'affaire *Jack Walters*. Celui-ci, en effet, avait précisé que l'existence d'une puissance commerciale pouvait donner un nouvel éclairage à l'intégration verticale et avait signalé qu'aucune puissance commerciale n'était exercée dans l'affaire qu'il avait à trancher :

[TRADUCTION]

... certains économistes croient que les entreprises monopolistiques peuvent se tourner vers l'intégration verticale afin d'empêcher leurs concurrents de s'approvisionner ou de distribuer leurs produits, afin de rendre l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché plus coûteuse (parce qu'il leur faudrait pénétrer plus d'un niveau de production ou de distribution) ou afin de faciliter une opération de fixation de prix avec leurs concurrents. Rien de tel n'est évoqué en l'esp ce. M. Walters prétend bien que Morton jouit d'une bonne renommée sur

¹³³ _ 1984-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 66,080 aux pp. 66,024-25 (7th Cir. 1984).

le marché des bâtiments de ferme préfabriqués, mais il n'appert pas qu'il s'agisse d'un marché économique important qu'il serait intéressant de monopoliser ni qu'en intégrant la distribution au détail Morton cherchait à compliquer la tâche à ses concurrents. Son objectif était d'accroître ses bénéfices en réduisant le coût de la distribution au détail, non d'exercer des contraintes sur ses concurrents, quels qu'ils soient, de les exclure (ou même de se coaliser avec eux) ou de décourager des concurrents potentiels. *De fait, l'allégation de ventes liées de M. Walters est fondée sur la facilité de se procurer auprès d'autres fabricants les éléments que Morton vend ensemble et qui, assemblés, forment les bâtiments Morton. Cela indique que Morton n'exerce pas de monopole*¹³⁴. [Non mis en évidence dans l'original; renvois omis]

La reconnaissance du fait que l'intégration verticale favorise la concurrence en permettant des gains d'efficacité soulève une autre question. Le directeur soutient que l'article 77 ne prévoit pas de « moyen de défense » fondé sur l'efficacité. Le Tribunal reconnaît que cette défense n'est pas expressément mentionnée. Toutefois, il arrive souvent que la « vente à forfait » obligatoire vise l'efficacité, et même un fournisseur exerçant une puissance commerciale peut y avoir recours pour des raisons d'efficacité.

Les ventes liées supposent nécessairement l'existence de deux produits, le produit lié et le produit clef. Pour déterminer si l'on est en présence d'un ou de deux produits, il faut implicitement tenir compte de la question de l'efficacité. La demande de produits distincts et l'efficacité du groupage sont les deux « aspects opposés » de la question des produits distincts. Dans l'hypothèse où il y a demande de produits distincts, s'il est établi que le groupage obéit à un impératif d'efficacité, il y a un produit, sinon, il y en a deux. Comme nous le verrons plus loin, ce raisonnement est conforme à la jurisprudence américaine relative au critère des produits distincts invoqué par le directeur.

¹³⁴ _ *Ibid.* à la p. 66,025.

Le directeur prétend que si l'existence des éléments requis par la disposition a été démontrée -- fournisseur important, deux produits, groupage, exclusion de concurrents ayant pour effet de réduire sensiblement la concurrence -- il n'a pas à expliquer *pourquoi* ou *comment* l'entreprise profite du groupage. Cette position se défend. Le Tribunal n'imposerait pas une telle exigence au directeur. Il est toutefois indéniable qu'une meilleure compréhension permet de formuler des conclusions avec plus d'assurance.

En l'espèce, le directeur a, de fait, avancé des explications sur les raisons pouvant inciter Télé-Direct à se livrer aux ventes liées. Il prétend que par ce moyen elle utilise, sur le marché de la publicité, la puissance commerciale dont elle jouit quant à la vente d'espace. On peut expliquer cela, notamment, par le fait que la politique de Télé-Direct consistant à lier l'espace et les services publicitaires lui permet de mieux exploiter le prétendu déséquilibre de l'information dont elle jouit vis-à-vis de ses clients, les annonceurs. Comme pour tout média, il est en effet impossible d'évaluer précisément l'efficacité des Pages Jaunes car, dans la mesure où il existe des données sur l'efficacité de ce média, c'est Télé-Direct qui les a, non les annonceurs. Le directeur soutient donc que Télé-Direct préfère assumer le plus possible de services publicitaires à l'interne parce qu'elle peut plus efficacement pousser son personnel à « survendre » que les fournisseurs de services indépendants. Le Tribunal se penchera sur cet argument en temps et lieu.

Le directeur affirme également que le postulat de la maximisation des bénéfices « habituellement » employé pour déterminer si une entreprise peut tirer profit d'une pratique de ventes liées ne s'applique pas en l'espèce, et que les ouvrages d'économie en cette matière qui

analysent à partir de ce postulat les effets possibles des ventes liées ne sont d'aucune utilité. Il soutient qu'il est futile de tenter d'expliquer « rationnellement » ou par la « maximisation des bénéfices » le comportement de Télé-Direct puisque la situation unique de celle-ci et sa relation avec Bell Canada la soustraient à la contrainte de la maximisation des bénéfices et à son corollaire, la minimisation des coûts.

À l'appui de l'affirmation voulant que Télé-Direct ne cherche pas à maximiser ses bénéfices, Thomas Wilson¹³⁵, un économiste que le directeur a cité comme témoin expert, signale le fait qu'il est tenu compte à des fins réglementaires des bénéfices de Télé-Direct lorsque des décisions sont prises sur les tarifs de Bell Canada. Il estime que Télé-Direct en est moins incitée à réduire ses coûts, et qu'il peut également se produire des distorsions systématiques comme l'emploi de plus de capitaux que ne le ferait une entreprise non réglementée pour augmenter les biens d'équipement (« l'effet Averch-Johnson »). La preuve, toutefois, n'étaye pas cette hypothèse particulière, et elle pointe même dans l'autre direction, puisque Télé-Direct a choisi de confier en sous-traitance des opérations exigeant beaucoup d'équipement, comme l'impression.

Les professeurs Wilson et Slade, témoignant pour le directeur, estiment eux aussi que les décisions de la direction relativement à l'admissibilité de divers comptes à une commission sont motivées par la volonté de maximiser les *ventes* plutôt que par celle de minimiser les *coûts*. Le professeur Wilson est d'avis que du fait que les entreprises réglementées sont moins soumises

¹³⁵ Professeur d'économie et directeur du programme de l'analyse des politiques et de l'économie à l'Université de Toronto.

aux contraintes de minimisation des coûts, les gestionnaires de Télé-Direct sont plus libres de poursuivre des objectifs personnels, comme l'exploitation d'une entreprise de plus grande taille, qui leur apportent plus de satisfaction personnelle et de récompenses pécuniaires. Le professeur Slade, quant à elle, croit que la structure du capital social de Télé-Direct, qui exclut toute menace de prise de contrôle, permet notamment à la direction de réaliser sa supposée ambition d'élargir la taille de l'entreprise.

Même si le Tribunal trouve que plusieurs décisions de Télé-Direct sont difficiles à comprendre si celle-ci cherche véritablement à réduire ses coûts, il est loin d'être convaincu qu'il ne s'exerce généralement aucune pression sur la direction de l'entreprise en vue de la maximisation des bénéfices. Le fait qu'elle soit une filiale en propriété exclusive devrait assurer un contrôle suffisant. Il ressort indiscutablement du témoignage de M. Courtois, représentant Bell Canada au conseil d'administration de Télé-Direct, que Bell ne pratique pas la microgestion. Son principal instrument de contrôle semble être l'obligation faite à Télé-Direct de verser à Bell le même pourcentage de revenus qu'elle doit payer aux autres compagnies de téléphone lorsqu'elle prend en sous-traitance les opérations de publication d'annuaires. Bell a imposé cette exigence précisément pour assujettir Télé-Direct à la discipline de marché. Outre la remise que Télé-Direct fait à Bell de 40 p. 100 de ses revenus, elle contribue substantiellement aux bénéfices de Bell par le versement de dividendes. La preuve ne permet pas de conclure que Bell a fait preuve de désinvolture relativement à la poursuite, par la direction de Télé-Direct, d'autres objectifs que la maximisation des bénéfices. Sans compter que ces dernières années, Bell a réalisé des bénéfices considérablement inférieurs au taux de rendement qui lui est permis, une

situation qui ne porte pas à la permissivité. Même sans cela, Bell continuerait à tirer avantage de bénéfices supérieurs de Télé-Direct entre les demandes de hausse de tarifs.

Le Tribunal n'exclut pas que la pression de la performance s'exerce avec moins de force sur la direction de Télé-Direct, mais il hésite à écarter l'hypothèse de travail habituelle de la maximisation des bénéfices sans disposer d'éléments de preuve convaincants tendant à établir que Télé-Direct poursuit d'autres objectifs. Le seul élément de preuve précis soumis à l'appui de l'affirmation voulant que la direction de Télé-Direct cherche davantage la croissance des revenus que la maximisation des bénéfices est l'insistance avec laquelle elle sollicite les entreprises qui n'annoncent pas dans les Pages Jaunes, les non-annonceurs. Le taux de succès de ces efforts étant très faible, le professeur Slade conclut du fait qu'elle continue à les déployer que la direction s'intéresse plus à la croissance des revenus qu'aux bénéfices. Dans l'ensemble, toutefois, la preuve indique que des ressources modestes sont affectées à la sollicitation des non-annonceurs. Le Tribunal n'est pas convaincu que cette tâche ne contribue pas à la maximisation des bénéfices.

Une autre thèse peut s'appliquer en l'espèce, mais des raisons de clarté et de cohérence nous incitent à en traiter plus loin dans les présent motifs. Il en sera donc question dans des notes complémentaires placées à la suite des conclusions du Tribunal concernant la question des produits distincts.

Le Tribunal est donc d'avis qu'il n'y a pas de raison de considérer Télé-Direct autrement que comme une entreprise orientée vers la maximisation des bénéfices, étant entendu, toutefois,

qu'il s'agit d'une entreprise exerçant une puissance commerciale. Il récuse également l'idée que les questions relatives à l'efficacité ne sont pas pertinentes dans l'analyse relative à l'article 77. L'efficacité et la demande forment, ensemble, le fondement de l'examen du caractère unique ou double des produits qu'il entreprend maintenant.

D. PRODUITS DISTINCTS

1) Méthode d'analyse - Produits distincts ou produit unique

Pour les fins de l'article 77, il faut commencer par déterminer si l'espace publicitaire et les services publicitaires sont des produits distincts. Le directeur soutient que les services publicitaires constituent un produit distinct de l'espace publicitaire, tandis que les défenderesses affirment que les services de publicité sont en fait un « intrant » de la publicité dans les Pages Jaunes et non un produit distinct.

Il n'est pas d'une grande utilité de simplement affirmer qu'on a affaire à deux « produits » ou à des « intrants » d'un produit unique. Comme Areeda, Hovenkamp et Elhaug l'exposent :

[TRADUCTION]

... on peut décrire virtuellement tous les produits comme la réunion de leurs composantes. Et il est presque toujours possible de dire de deux produits qu'ils sont de simples éléments d'un produit unique les englobant...¹³⁶

¹³⁶ P.E. Areeda, H. Hovenkamp et E. Elhaug, *Antitrust Law*, vol. 10, Boston, Little, Brown, 1996 à la p. 175.

On doit pouvoir expliquer rationnellement pourquoi on distingue une situation o l'on est en présence de deux produits et o il existe, à tout le moins, une possibilité de groupage illégal passible d'interdiction d'une autre o il n'y a qu'un produit unique et o la question du groupage ne se pose pas.

Les parties conviennent que la jurisprudence canadienne ne nous renseigne pas beaucoup sur le critère à appliquer. Elles se reportent toutes deux à l'arrêt que la Cour suprême des États-Unis a rendu dans l'affaire *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*¹³⁷ en 1984, m me si elles insistent chacune sur des parties différentes de la décision.

La Cour a procédé, dans cet arrêt, à son examen le plus approfondi du critère du « produit unique ». L'affaire portait sur la validité d'un contrat exclusif passé entre un hôpital et un cabinet d'anesthésistes. Les patients qui décidaient de se faire opérer dans cet hôpital devaient utiliser les services d'un anesthésiste de ce cabinet (Roux & Associates). La Cour devait décider s'il s'agissait de ventes liées illégales. Pour trancher cette question, elle a examiné premièrement si l'hôpital vendait deux produits distincts qui pouvaient être liés et, le cas échéant, s'il s'était servi de sa puissance commerciale pour obliger ses patients à accepter la réunion des produits. La majorité des juges a répondu par l'affirmative à la première question et par la négative à la seconde (il a été jugé que l'hôpital n'exerçait pas de puissance commerciale), de sorte qu'elle a conclu que l'hôpital ne s'était pas livré à des ventes liées illégales. Les juges minoritaires ont

¹³⁷ 466 U.S. 2.

conclu à l'unicité du produit et, pour cette raison, ont statué qu'il n'y avait pas eu de pratique illégale de ventes liées¹³⁸.

Concernant la question des produits distincts, les juges de la majorité ont signalé que c'était la nature de la demande relative à ces produits qui déterminait s'il en existait un ou deux et non la relation fonctionnelle qui existait entre eux. Ils ont poursuivi leur raisonnement en ces termes :

[TRADUCTION]

... Ainsi, il ne saurait y avoir ventes liées en l'espèce à moins que les services d'anesthésie ne soient suffisamment en demande à part des services hospitaliers pour constituer un marché de produit distinct sur lequel il serait efficient d'offrir les services d'anesthésie séparément des services hospitaliers¹³⁹. [Renvoi omis]

Le Tribunal fait sien cet énoncé des juges majoritaires comme critère applicable à la détermination du caractère distinct des produits. Ce critère porte effectivement sur les deux aspects qui sont nécessaires pour distinguer les situations où peut exister un groupage nuisible aux intérêts des consommateurs de celles dans lesquelles le groupage, même s'il est imposé par un fournisseur important, est efficient et ne devrait pas être condamné, soit la demande et l'efficience. La demande est bien sûr un élément capital. En l'absence de demande, il n'y a aucune raison d'exiger que deux produits soient offerts séparément. L'efficience revêt également une importance cruciale, car si la fourniture de produits distincts devait engendrer un accroissement

¹³⁸ Les juges majoritaires étaient les juges Stevens, Brennan, White, Marshall et Blackmun, ceux de la minorité, les juges O'Connor, Powell, Rehnquist et Burger (juge en chef).

¹³⁹ *Supra* note 137 aux pp. 21-22.

des coûts supérieurs aux avantages dont jouiraient ceux qui veulent acquérir les produits séparément, il ne faudrait pas que la demande soit seule déterminante.

Le Tribunal commencera par examiner la preuve relative au terme « demande » de l'équation, afin de déterminer si le directeur a démontré que les acheteurs, en l'espèce les annonceurs, désiraient acquérir séparément l'espace et les services publicitaire. Autrement dit, s'il a répondu à la question : « Existe-t-il un nombre important d'acheteurs qui veulent acquérir les produits séparément »? Si la réponse est affirmative, le Tribunal passera à l'examen de la preuve relative à l'efficacité de la séparation des produits.

Les défenderesses citent l'extrait suivant des motifs des juges minoritaires dans l'arr t

Jefferson Parish :

[TRADUCTION]

... économiquement, il n'existe aucune bonne raison de traiter la chirurgie et l'anesthésie comme des services distincts. Les patients ne sont intéressés à recevoir des services d'anesthésie qu'en relation avec des services hospitaliers, de sorte qu'il est impossible pour l'hôpital d'*ajouter* à sa puissance commerciale en vendant ensemble les deux services [...] Dans ces circonstances, l'anesthésie et la chirurgie ne devraient probablement pas être qualifiés de produits distincts dans l'analyse relative aux ventes liées¹⁴⁰.

Ils ont répété en conclusion :

[TRADUCTION]

... Puisque l'anesthésie n'est un service utile aux consommateurs que lorsqu'il est acheté en conjonction avec des services hospitaliers, on ne peut proprement qualifier cet arrangement de groupage de produits distincts. Il n'expose pas les consommateurs à un plus grand préjudice économique que celui qu'ils peuvent déjà subir de l'exercice de la puissance commerciale que peut détenir l'hôpital.

¹⁴⁰ *Ibid.* à la p. 43.

*Le fait que l'anesthésie ne s'utilise qu'avec d'autres services hospitaliers suffit en soit à écarter toute attaque visant la décision de l'hôpital de lier les deux types de services*¹⁴¹. [Non mis en évidence dans l'original.]

Les défenderesses n'ont pas expliqué pourquoi elles invoquent les motifs des juges minoritaires plutôt que ceux des juges majoritaires. De fait, ces derniers ont expressément rejeté les critères fondés sur les relations fonctionnelles, y compris le critère de « l'inutilité du produit seul ». Dans une note en bas de page, ils ont tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

Le fait que les services d'anesthésie sont fonctionnellement liés aux autres services offerts par l'hôpital ne suffit pas en soi pour enlever au contrat conclu avec Roux toute connotation de ventes liées. La Cour a souvent statué que des arrangements visant des produits fonctionnellement liés dont au moins un était inutile sans l'autre constituaient des manoeuvres de groupage interdites...¹⁴²

L'économie aussi nous fournit de bonnes raisons de rejeter ce critère. Son application peut, comme le signale l'ouvrage précité d'Areeda, avoir pour effet pernicieux de sauver les groupages les plus dangereux tout en assujettissant à un examen ceux qui risquent peu d'entraîner des conséquences nuisibles. Les auteurs de cet ouvrage donnent l'exemple d'un fabricant en position monopolistique sur le marché de l'équipement servant à fermer les boîtes de conserve qui obligerait tous les acheteurs à s'approvisionner en boîtes chez lui, pour souligner que :

[TRADUCTION]

... [u]n tel groupage donnerait [au fabricant] le plein monopole sur les boîtes de conserve, car vraisemblablement personne n'achèterait de boîtes vides sans l'outillage pour les fermer. Pourtant, le critère de l'inutilité du produit seul protégerait cet arrangement. De plus, m me s'il n'y a *généralement* pas, à court terme, de maximisation des bénéfices lorsque le produit lié n'a pas d'autre utilité,

¹⁴¹ *Ibid.* à la p. 46.

¹⁴² *Ibid.* à la p. 19, note 30.

la concurrence peut durement souffrir, à long terme, de l'existence d'un monopole sur le marché du produit lié¹⁴³.

2) Autres décisions jurisprudentielles

Les défenderesses ont également cité une pléthore d'autres décisions américaines portant sur la question des produits distincts. Elles les ont en général invoquées pour exhorter le Tribunal à considérer les faits de l'espace selon le seul point de vue du fournisseur (Télé-Direct) et à ne pas tenir compte des éléments relatifs à la demande. Leur argument principal semble être que le choix de Télé-Direct en matière de méthode de « commercialisation » est déterminant et interdit toute allégation de ventes liées. Le Tribunal n'a pas accepté l'argument du directeur voulant que l'aspect relatif à la demande soit déterminant; il rejette également celui des défenderesses selon lequel le choix du fournisseur est prépondérant. Il sera donc tenu compte de la demande et de l'efficacité, comme le Tribunal l'a mentionné plus haut. Il est, de toute façon, évident que le Tribunal est saisi d'une affaire unique qui ne « correspond » exactement à aucun des précédents cités. Un examen plus détaillé de la jurisprudence suit.

a) Produit unique

Une décision a été citée à ce sujet, *Souza v. Estate of Bishop*¹⁴⁴, laquelle portait sur une poursuite visant un donneur à bail de biens-fonds situés à Hawaii qui, comme presque tous les

¹⁴³ *Supra* note 136 à la p. 269.

¹⁴⁴ 1987-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 67,628 (9th Cir. 1987).

propriétaires fonciers de cet État, avait refusé de vendre. Le produit clef, avait-il été soutenu, était les résidences que les demandeurs possédaient sur les biens-fonds tandis que le produit lié était la tenure à bail. La demande a été rejetée sur requête pour jugement sommaire, et la décision a été confirmée en appel.

Faisant fond sur cette décision, les défenderesses demandent au Tribunal de conclure que si un fournisseur présente deux produits comme un tout ou, autrement dit, s'il les commercialise ensemble, il n'y a plus rien à redire, et que la conclusion du produit unique s'impose. La Cour avait jugé que l'argument des demandeurs péchait contre la logique parce que le produit commercialisé était une maison et des terres cédées à bail et non une maison pouvant être acquise séparément du terrain sur lequel elle était érigée. Elle avait conclu également que les demandeurs n'avaient pas prouvé que la maison et les terres cédées à bail constituaient des produits distincts. Le Tribunal a déjà formulé le critère qu'il entend appliquer, lequel tient compte de la demande et de l'offre. Nous ne pouvons accepter que des produits groupés par un fournisseur constituent du seul fait de ce groupage un produit unique.

Les défenderesses invoquent quatre décisions parce qu'elles concernent les Pages Jaunes ou une industrie similaire. Il ressort de ces décisions, selon Télé-Direct, que les tribunaux américains ont systématiquement refusé de voir une infraction antitrust dans le refus d'un éditeur de verser une commission ou dans sa décision de modifier l'admissibilité de comptes à une commission. Elles en déduisent que les tribunaux ont « à toutes fins utiles » considéré la publicité-annuaire comme un produit unique. Elles formulent cet argument en dépit du fait

qu'aucune de ces affaires ne portait sur une allégation de ventes liées et que, par conséquent, la question des produits distincts telle qu'elle se pose en l'esp ce n'avait pas été soumise aux tribunaux, en faisant valoir que les décisions indiquent qu'il n'y a qu'un seul produit *parce que* l'argument de ventes liées n'a été soulevé dans aucune affaire.

Le Tribunal ne saurait accepter que l'absence d'allégation de ventes liées confère à cette jurisprudence une valeur déterminante sur des questions dont il est saisi dans une affaire de ventes liées. Il est difficile de concevoir, de façon générale, comment les conclusions formulées dans ces affaires peuvent être transposées directement en l'esp ce. Le Tribunal examinera toutefois les décisions afin de voir s'il est tout de m me possible d'y trouver des éléments utiles pour résoudre la question des produits distincts posée dans les circonstances de la présente esp ce.

Dans l'affaire *Selten Agency, Inc. v. Pacific Telephone and Telegraph Co.*¹⁴⁵, une agence de publicité spécialisée avait intenté une action antitrust contre plusieurs compagnies de téléphone et éditeurs d'annuaires téléphoniques membres de la National Yellow Pages Service Association (« NYPSA ») (à laquelle a succédé la YPPA). Toutes les nombreuses allégations formulées dans la poursuite avaient trait à des actions conjointes des membres de la NYPSA. Le seul point qui puisse avoir une quelconque pertinence en l'esp ce, encore que de loin, est l'allégation formulée par l'agence voulant que les membres de la NYPSA se soient *entendus* pour

¹⁴⁵ N° CV 77-3450-FW (Dist. Ct. C.D. Cal. 8 juin 1981).

ne pas verser de commission aux agences relativement à la publicité locale et que cela ait constitué une division horizontale de marchés contraire à la loi.

La Cour a conclu que l'existence d'une entente illégale n'avait pas été démontrée. La preuve établissait que l'entente ne concernait que la publicité nationale, elle n'interdisait pas le versement de commissions pour la publicité locale. Les éditeurs pouvaient en offrir et, dans certains cas, certains l'avaient effectivement fait. La Cour a signalé aussi que les éditeurs qui ne payaient pas de commission pour les comptes locaux disposaient de leur propre personnel de vente et, par conséquent, n'avaient pas besoin des services d'agences de publicité. Les défenderesses s'appuient avec force sur la phrase suivante du jugement [TRADUCTION] « l'éditeur qui refuse d'acheter un service qu'il ne lui sert à rien d'acheter ne contrevient pas aux lois antitrust »¹⁴⁶ pour soutenir que les éditeurs n'ont pas à acheter les services d'agences, autrement dit, à verser une commission à l'égard de comptes pour lesquels ils ne veulent pas en verser. Le Tribunal, comme il l'a déjà dit, ne saurait admettre l'argument voulant que la volonté du fournisseur soit l'unique facteur applicable dans une affaire de ventes liées. Il importe de prendre en considération le terme « offre » de l'équation, mais il ne faut pas négliger pour autant le terme « demande ».

Dans *O'Connor Agency v. General Telephone Co.*¹⁴⁷, une agence de publicité a affirmé qu'un éditeur de Pages Jaunes avait conspiré avec d'autres éditeurs pour modifier la définition de

¹⁴⁶ *Ibid.* à la p. 17.

¹⁴⁷ N° CV-93-3650 LGB (U.S. Dist. Ct. C.D. Cal. 2 août 1994), en appel.

comptes locaux ou comptes « B » de façon à ne plus avoir à payer de commissions sur ces comptes. Les défenderesses ont demandé et obtenu jugement sur procédure sommaire.

En accueillant la requête, la Cour a conclu à l'existence d'une « entente » visant à modifier les critères en adhérant aux lignes directrices de la YPPA. Dans une démarche fondée sur la règle de la raison, la Cour a alors examiné et évalué les effets favorables et les effets nuisibles que le changement entraînait pour la concurrence sur le marché pertinent. Elle a jugé qu'aucun élément de preuve admissible n'avait été soumis pour établir que le marché pertinent du produit était les Pages Jaunes et qu'il existait peu d'éléments de preuve admissibles d'effets anticoncurrentiels réels causés par le changement. La Cour a jugé également que l'éditeur avait des motifs commerciaux légitimes d'adhérer aux normes de la YPPA, savoir la preuve non contredite qu'il avait changé les critères en matière de commission pour augmenter la publicité nationale dans les Pages Jaunes, laquelle n'atteignait pas le niveau escompté.

Les défenderesses s'appuient sur cette décision parce que, selon elles, elle démontre de façon très générale que [TRADUCTION] « la jurisprudence américaine concernant directement les Pages Jaunes a rejeté l'idée que le refus d'un éditeur de verser une commission à un RCA ou que la modification des comptes donnant droit à une commission constitue une violation antitrust » et que [TRADUCTION] « les tribunaux ont effectivement dit que nous vendions un produit unique et que nous pouvions choisir les canaux de vente que nous voulions »¹⁴⁸. Cette affaire de complot, jugée par voie de procédure sommaire en raison de l'absence de preuves quant au

¹⁴⁸ Transcription, vol. 66 aux pp. 13762-63 (26 février 1996).

marché pertinent ou à des effets anticoncurrentiels réels, ne permet certainement pas de fonder des affirmations aussi générales.

Les défenderesses soutiennent par ailleurs que la décision *Thompson Everett, Inc. v. National Cable Advertising, L.P.*¹⁴⁹ est analogue à la présente esp ce. Dans cette affaire, un représentant indépendant d'annonceurs recourant à la télévision par câble a contesté les contrats exclusifs conclus entre l'entreprise de câblodistribution et ses agents de vente de publicité-éclair prétendant que les représentants ou les agents de vente « traditionnels » faisaient des efforts concertés pour l'exclure du marché. La Cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de juridiction inférieure d'accueillir la requête en jugement sommaire.

La Cour a jugé que les contrats exclusifs n'étaient pas exécutés au moyen d'un complot illégal. Elle a conclu également que l'entreprise indépendante n'avait pas eu accès à ces contrats parce qu'elle n'était pas disposée à livrer concurrence aux agents exclusifs et qu'elle cherchait simplement à substituer sa propre façon de desservir l'entreprise de câblodistribution à la méthode choisie par cette entreprise. La Cour a statué aussi qu'il n'y avait pas de monopole illégal sur le marché de la représentation des câblodistributeurs, parce que les entreprises de câblodistribution faisaient partie d'un marché plus vaste.

Encore une fois, les défenderesses invoquent cette décision pour démontrer que la Cour a reconnu le choix de l'entreprise d'avoir recours à des représentants exclusifs simplement parce

¹⁴⁹ 57 F.3d 1317 (4th Cir. 1995).

que c'était ainsi que l'entreprise voulait procéder. Comme nous l'avons déjà dit, la volonté du fournisseur ne sera pas le seul facteur pris en considération dans une affaire de ventes liées. Du reste, la décision elle-même ne va pas aussi loin.

La décision *Ad-Vantage Telephone Directory Consultants, Inc. v. GTE Directories Corp.*¹⁵⁰ est la plus intéressante de celles qu'ont citées les défenderesses. Elle concerne une allégation, formulée par un « agent commercial autorisé » (« ACA ») travaillant au placement de publicité nationale dans des annuaires téléphoniques, selon laquelle l'éditeur a monopolisé ou tenté de monopoliser la vente de la publicité dans les Pages Jaunes. L'éditeur, qui éprouvait des difficultés à percevoir les paiements afférents à la publicité placée par l'ACA, avait commencé à facturer les annonces directement aux annonceurs. L'ACA a soutenu que, parce que l'éditeur avait pris directement contact avec ses clients, il avait perdu des comptes et que son entreprise avait fini par sombrer.

L'allégation de monopole n'a pas été retenue parce que l'ACA n'a pu définir aucun marché pertinent sur lequel il aurait été en concurrence avec l'éditeur. Il avait d'abord fait reposer sa demande sur le marché de la publicité nationale dans lequel l'éditeur était en concurrence, en sa propre qualité d'ACA, pour la vente de ce type de publicité, mais il n'a pu démontrer que l'éditeur y exerçait une puissance commerciale. Il a ensuite modifié sa demande et déclaré que le marché pertinent était celui de la vente d'espace publicitaire dans un annuaire déterminé, orientant alors l'action vers la publicité locale. S'appuyant sur la preuve qu'il avait touché une

¹⁵⁰ 987-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 67,683 (11th Cir. 1987).

commission relativement au placement d'annonces pour le compte de deux annonceurs locaux, apparemment par hasard, l'ACA a prétendu qu'il était en concurrence avec le personnel de vente de l'éditeur sur le marché de la publicité locale. Il faisait valoir que le pouvoir licite de publier un annuaire exclusif pour un territoire donné ne conférait pas à l'éditeur la qualité de vendeur exclusif d'espace publicitaire dans cet annuaire, car la publication et la vente étaient deux activités distinctes.

La Cour a reconnu que cette théorie du marché était attirante « à première vue » en raison de sa similitude avec les cas de monopole classique gros/détail o un fabricant intégré verticalement se sert de sa position dominante à un niveau d'activité (la fabrication) pour éliminer la concurrence à un autre niveau (le commerce au détail). La Cour a signalé que, pour que la théorie soit valide, il faut considérer l'éditeur comme un grossiste ou un fabricant d'espace publicitaire et l'ACA comme un vendeur au détail de cet espace, car si l'ACA n'a pas cette qualité, il ne peut être perçu comme un concurrent de l'éditeur relativement à la vente au détail.

La Cour a conclu que, dans la mesure o la vente de publicité dans les Pages Jaunes peut être séparée de l'édition de celles-ci, les ventes réalisées par des ACA indépendants n'étaient pas des ventes au détail, mais relevaient de l'exécution d'un mandat, et que les mandataires n'étaient pas en concurrence avec leur mandant. La Cour a rejeté l'analogie gros/détail notamment parce qu'il *ne pouvait* y avoir « revente » de Pages Jaunes :

[TRADUCTION]

... Les pages jaunes ne sont pas une marchandise produite et distribuée. Il n'existe pas, avant la vente d'une annonce, de pages jaunes vierges attendant en quelque sorte d'être distribuées sur un marché de revente. Chaque annonce,

c'est-à-dire l'espace de l'annonce, est « créée » lorsque celle-ci est vendue à l'annonceur [...] Les ACA n'ont pas de stocks d'espaces publicitaires à vendre. Ils ne peuvent acheter des pages d'annuaire et les distribuer aux annonceurs comme ils l'entendent¹⁵¹.

La thèse du mandat a été retenue, notamment parce que la Cour a estimé que la relation existant entre l'éditeur et l'ACA dans l'affaire dont elle était saisie était analogue à celle qui existait entre un transporteur aérien et un agent de voyage :

[TRADUCTION]

... L'éditeur établit légalement le prix de la publicité et il l'annonce au public. Il fixe la date de publication des annuaires et décide en dernier ressort du nombre d'annonces qu'il va accepter. Un annonceur peut traiter directement avec l'éditeur ou il peut passer par un agent commercial autorisé. Dans ce dernier cas, l'ACA doit faire une demande d'annonce analogue à une réservation dans l'annuaire à venir. L'ACA n'achète pas de stocks d'espaces dans les pages jaunes. Le service pour lequel l'annonceur paye est exécuté par l'éditeur, non par l'ACA. En outre, si une annonce ne paraît pas comme prévu dans l'annuaire convenu, l'éditeur est tenu de rembourser l'annonceur. Finalement, l'éditeur doit publier l'annuaire même s'il n'a pas reçu assez d'annonces pour rentabiliser l'opération; le « risque » de « distribution » insuffisante des annonces demeure à sa charge et non à celle de l'ACA¹⁵².

Selon la Cour, la preuve au dossier indiquait amplement que l'ACA était un mandataire. Elle a signalé, entre autres, les lignes directrices de la NYPSA, qui prévoyaient que les ACA représentaient l'éditeur [TRADUCTION] « lorsqu'ils vendaient de la publicité nationale dans les Pages Jaunes à des annonceurs nationaux ou à leurs agences de publicité ou lorsqu'ils se livraient à des négociations en cas de différends avec ces annonceurs ou leurs agences »¹⁵³. La Cour a noté que la preuve établissait également que l'ACA agissait comme mandataire de l'annonceur, jusqu'à assumer la responsabilité du paiement envers l'éditeur, mais elle a conclu que,

¹⁵¹ *Ibid.* à la p. 58,482.

¹⁵² *Ibid.* à la p. 58,483.

¹⁵³ *Ibid.*

[TRADUCTION] « quoi qu'il en soit, l'ACA est un mandataire, non un "entrepreneur indépendant", et il n'est d'aucune façon un détaillant d'espace publicitaire dans les pages jaunes »¹⁵⁴. La Cour a donc rejeté l'argument du report de puissance commerciale, puisqu'il n'y avait pas de « seconde activité » que l'éditeur pouvait monopoliser en utilisant sa puissance commerciale en matière de publication d'annuaires.

L'insistance avec laquelle la Cour a déclaré que les ACA devaient pouvoir être considérés comme des détaillants pour être en concurrence avec l'éditeur est un élément important de la décision. La conclusion selon laquelle les ACA ne sont que des mandataires des éditeurs ou, peut-être, des mandataires des clients et qu'ils n'ont donc pas d'existence indépendante de l'une ou l'autre entité ou des deux semble empêcher toute reconnaissance d'une concurrence entre les ACA et l'éditeur. Le Tribunal ne croit pas, toutefois, que l'inapplicabilité du modèle strict du commerce de détail soit déterminante. La Cour a mentionné en passant, par exemple, les entrepreneurs indépendants. La question fondamentale à trancher est celle de savoir si l'éditeur est en concurrence avec l'ACA ou avec une autre personne censée exclue par l'activité en cause, une question qui, nous le reconnaissons, devrait également se poser dans le contexte d'une allégation de ventes liées.

Un autre élément important des conclusions de la Cour portait sur les fonctions des ACA, lesquels ont semblé être perçus comme de simples « preneurs de commandes » pour ce qui était des commissions versées par l'éditeur. La Cour a formulé son postulat selon lequel les

¹⁵⁴ *Ibid* à la p. 58,484.

annonceurs payaient séparément les ACA pour les autres services, comme la disposition¹⁵⁵, lorsqu'elle a distingué cette affaire d'une autre ou une allégation de monopole formulée par une agence de publicité contre une station de télévision avait été accueillie. La station avait diversifié les services offerts par son agence de publicité interne en commençant à produire des commerciaux (moyennant des frais) en plus de vendre du temps d'antenne. Dans la décision *Advantage*, la Cour a affirmé :

[TRADUCTION]

Ainsi, dans l'affaire *Six Twenty-Nine Productions*, il était possible d'invoquer l'argument du report de puissance commerciale. La production d'annonces [dans les Pages Jaunes] est une activité connexe distincte de la vente d'espace publicitaire. Il s'agit de sources de revenus distinctes. En l'espèce, il n'a pas été prouvé que les ACA ne reçoivent pas de rémunération distincte de leurs clients lorsqu'ils rendent des services de production -- la disposition -- d'annonces. En fait, le témoignage d'un ancien dirigeant de la NYPSA indique que la *plus grande partie* de la publicité nationale dans les pages jaunes est achetée par des ACA pour le compte d'agences de publicité desservant des annonceurs nationaux, ce qui étaye la théorie voulant que les agences de publicité remplissent une fonction distincte. Par conséquent, l'argument du report de puissance commerciale invoqué dans l'affaire susmentionnée ne saurait s'appliquer en l'espèce¹⁵⁶.

Le Tribunal retient de cette décision qu'il est important, pour déterminer si les agents livrent, en fait, une « concurrence » le moins significativement à Télé-Direct, d'examiner les services qu'ils fournissent réellement aux annonceurs ainsi que la relation qui existe entre Télé-Direct et eux.

¹⁵⁵ Ces services pouvaient également avoir été fournis par l'« agence de publicité » de l'annonceur et non par les ACA.

¹⁵⁶ *Supra* note 150 à la p. 58,484.

b) Relation entre les agents, les annonceurs et Télé-Direct

Les défenderesses soutiennent qu'en l'espace comme dans l'affaire *Ad-Vantage* les agents sont des mandataires de Télé-Direct ou, à l'occasion, des mandataires des annonceurs. Dans le premier cas, Télé-Direct ne peut se livrer concurrence à elle-même ou à ses propres représentants et, dans le second, elle ne peut être en concurrence avec ses clients. En se fondant sur le témoignage de Charles Mitchell, directeur du soutien aux ventes de Télé-Direct, elles font valoir qu'en fait, Télé-Direct n'a pas livré concurrence pour l'obtention de comptes d'agence depuis 1992. Le directeur soutient que, contrairement aux ACA de l'affaire *Ad-Vantage*, les RCA canadiens ne sont pas des mandataires de Télé-Direct. Il affirme que la preuve établit que Télé-Direct a toujours considéré les agents comme des concurrents et qu'elle le fait encore.

Il convient de déterminer d'abord quelle est exactement la relation contractuelle existant entre les agents et Télé-Direct. En 1988, Télé-Direct a exigé que les agents signent de nouveaux contrats avec elle, aux termes desquels ceux-ci déclaraient qu'ils étaient dûment autorisés à conclure l'entente au nom de l'annonceur. Ils reconnaissaient en outre qu'ils [TRADUCTION] « n'ont pas et ne prétendent pas avoir la qualité de mandataire de Télé-Direct »¹⁵⁷. Des clauses stipulant que les agents consentaient à payer l'annonce, à garantir et indemniser Télé-Direct contre toute réclamation des annonceurs et à se porter garants, au nom de l'annonceur, de la véracité des énoncés des annonces renforçaient cette absence de qualité de mandataire. Le

¹⁵⁷ Pièce confidentielle CJ-16 (vol bleu n° 7), onglet 214 (public), art. 10.

secrétaire et conseiller juridique de Télé-Direct, Peter Crawford, a confirmé que ces contrats n'ont pas été révoqués, et que les agents ne sont pas mandataires de Télé-Direct.

Selon les défenderesses, les conventions élaborées en 1993 par la YPPA, que les agents doivent signer pour devenir RCA, remplacent les anciennes ententes, même si aucune mesure n'a été prise pour les désavouer ou les modifier. La demande d'accréditation que remplissent les agents renferme une disposition dans laquelle ils consentent à « représenter » l'éditeur, laquelle est rédigée dans les mêmes termes que les lignes directrices de la NYPSA citées dans la décision *Ad-Vantage*¹⁵⁸. Les lignes directrices de la YPPA, toutefois, énoncent qu'un RCA est un membre de la YPPA qui :

[TRADUCTION]

- a. fait connaître le produit, les services et les politiques des éditeurs aux utilisateurs et les besoins, souhaits et préoccupations des clients aux éditeurs;
- b. prépare un programme complet de publicité nationale dans les Pages Jaunes pour les clients potentiels et pour les annonceurs;
- c. rassemble et transmet les renseignements courants concernant les pratiques des éditeurs influant sur le programme de publicité nationale dans les Pages Jaunes d'un annonceur;
- d. prépare des études de marché et de prix pour l'annonceur ou pour son agence pour asseoir ses propositions publicitaires;
- e. fournit en temps opportun aux éditeurs la liste autorisée des commerçants à solliciter pour de la publicité d'articles professionnels;
- f. acquitte les factures des éditeurs sans contestation, dans le délai prévu aux ententes de crédit passées avec des éditeurs particuliers, qu'il ait ou non été payé par l'annonceur ou l'agence de celui-ci, à moins d'entente contraire avec un éditeur en particulier;
- g. assume les paiements de redressement nécessaires par suite d'actes, d'erreurs ou d'omissions de sa part, dont l'omission d'informer l'éditeur des

¹⁵⁸ Pièce J-5 (vol. vert n° 3), onglet 154 à la p. 32277.

commandes annulées, à moins d'entente contraire avec un éditeur en particulier¹⁵⁹.

Il ressort de ces documents quelque peu contradictoires que la qualité de mandataire ou de représentant de Télé-Direct qu'ont les agents n'est pas de nature à interdire toute conclusion de concurrence entre eux et Télé-Direct. Les agents ne sont pas si liés à Télé-Direct en tant qu'éditeur qu'ils n'ont pas d'existence indépendante. Il entre dans cette relation une part de coopération et une part de concurrence.

Les agents comptent sur l'industrie des Pages Jaunes, représentée par la YPPA, et sur Télé-Direct en particulier, pour donner de l'information sur l'efficacité de la publicité dans les Pages Jaunes. Ils sont accrédités selon les normes de l'industrie. Pour ce qui est de l'accréditation et de la promotion du média, la relation entre Télé-Direct et les agents relève certainement de la coopération.

Toutefois, le gros des documents internes de Télé-Direct déposés en preuve indique que Télé-Direct considérait que les agents faisaient concurrence à son personnel de vente. Avant les années 1990, Télé-Direct, pour protéger sa clientèle des agents, a tenté de convaincre les annonceurs d'utiliser plutôt ses services, en mettant en valeur les avantages qu'il y avait à traiter directement avec elle, notamment la facturation au mois et des dates de tombée plus tardives, et elle a envisagé des initiatives plus positives comme celle d'affecter des représentants aux comptes importants pendant une plus longue période. Au début des années 1990, lorsque

¹⁵⁹ Pièce J-4 (vol. vert n° 2), onglet 99 aux pp. 28021-22.

M. Mitchell dirigeait le groupe des comptes nationaux, Télé-Direct a activement tenté de se gagner les clients des agences. M. Mitchell a témoigné qu'en 1992, on avait plutôt opté pour la protection des comptes et des revenus internes seulement, mais la documentation ne confirme pas cette affirmation. Sans aucun doute, la mise sur pied de Télé-Direct (Média) Inc., en 1994, visait notamment à combattre la perte de comptes nationaux aux mains des RCA. La seule preuve « contraire » sur ce point consiste en une déclaration quelque peu obscure de Wayne Fulcher de DAC, selon laquelle Télé-Direct, avant de créer son propre RCA, n'essayait pas « normalement » d'enlever les comptes « appartenant » aux agences. Toutefois, M. Fulcher est d'avis que le RCA de Télé-Direct fait concurrence à son agence.

L'élément le plus significatif réside peut-être dans le fait que Télé-Direct exige des agences plaçant des annonces au nom de leurs clients qu'elles les acquittent au moment de la parution de l'annuaire. Si les agents n'étaient que des mandataires de Télé-Direct, ils n'assumeraient pas la responsabilité financière des obligations de tiers -- les annonceurs. Il s'agit là d'une preuve convaincante que les agences ne sont pas des mandataires de Télé-Direct. La preuve établit que Télé-Direct a toujours considéré les agents comme des concurrents et a toujours agi à leur égard comme s'ils l'étaient.

On ne peut pas dire non plus des agents qu'ils ont une existence indépendante des annonceurs qu'ils représentent également, au sens où ils placent leurs annonces. La publicité dans les Pages Jaunes n'est pas un produit facile à acheter, et les annonceurs veulent se faire conseiller pour cet achat. Le rôle des agents, toutefois, ne se borne pas à « placer des commandes » pour le

compte des annonceurs ou celui d'autres agences de publicité retenues par les annonceurs. La preuve présentée au Tribunal, qui sera examinée en détail plus loin, établit que les agents fournissent un éventail de services, dont le conseil, la disposition, la conception et l'administration, pour lesquels ils ne reçoivent pas d'autre rémunération que la commission versée par Télé-Direct¹⁶⁰. En outre, il n'a pas été prouvé que l'entreprise des agents se limite, pour la plus grande partie, au simple placement des commandes émanant d'autres agences de publicité retenues par le consommateur, qui, elles, effectueraient le reste du travail nécessaire à la production de l'annonce. Les annonceurs désirent que ces autres services relatifs aux Pages Jaunes soient rendus par des agents. Ainsi, pour les annonceurs, les agents ont une existence distincte de Télé-Direct.

La relation entre Télé-Direct et les agents est complexe. Télé-Direct traite les agents comme des entreprises indépendantes avec lesquelles elle coopère pour atteindre ses propres objectifs, mais avec lesquelles elle entre également en concurrence. Télé-Direct reconnaît apparemment que les agents peuvent desservir certains comptes mieux que son personnel de vente puisqu'elle a créé la catégorie des comptes ouvrant droit à commission, mais elle a également pour but (ou d'autres groupes au sein de l'entité, comme le groupe des comptes nationaux, ont pour but) de conserver le plus possible de revenus à l'interne et de dépendre des agences dans la moindre mesure possible. Le Tribunal conclut que les relations d'affaires qu'entretiennent Télé-Direct et les agents n'excluent pas qu'ils se traitent mutuellement comme des concurrents.

¹⁶⁰ La preuve révèle que les agents facturent séparément la conception graphique lorsque le taux de commission est de 15 p. 100, mais non quand il est de 25 p. 100.

c) Avantages économiques supplémentaires

Les défenderesses plaident que la jurisprudence américaine reconnaît une exception aux règles applicables aux ventes liées lorsque le vendeur du prétendu produit clef ne tire pas d'« avantage économique supplémentaire » de la vente du produit lié. Elles soutiennent que la vente de services publicitaires, en l'espece, ne leur procure aucun avantage supplémentaire parce qu'elles n'imposent pas de « frais distincts » à leur égard.

Elles citent deux décisions à l'appui de cet argument. La première, *Directory Sales Management Corp. v. Ohio Bell*¹⁶¹, confirme un jugement sommaire déboutant le demandeur, un éditeur indépendant d'annuaires, dans une poursuite antitrust intentée contre une compagnie de téléphone et son éditeur d'annuaires. Les deux défenderesses étaient des filiales en propriété exclusive de la même société mère. Le demandeur affirmait notamment que les défenderesses avaient lié une inscription gratuite dans les Pages Jaunes (produit lié) à leur entreprise de services téléphoniques (produit clef) en refusant de réduire le prix de ces services si l'abonné refusait l'inscription.

La Cour a fait observer qu'il pourrait y avoir ventes liées illégales si la compagnie de téléphone, même si elle ne facturait pas directement l'inscription, incluait indirectement des frais à l'égard de l'inscription « gratuite » dans la facture de services téléphoniques. La preuve a établi qu'il n'existait pas de frais cachés afférents aux inscriptions, puisque la compagnie de téléphone

¹⁶¹ 833 F.2d 606 (6th Cir. 1987).

ne défrayait pas l'éditeur des dépenses engagées pour les publier. La Cour a déclaré que si le produit lié ne procurait pas d'« avantage financier » à la compagnie de téléphone, il ne pouvait y avoir de ventes liées.

La seconde affaire citée est la décision *Beard c. Parkview Hospital*¹⁶². Un radiologiste spécialiste en ostéopathie, le docteur Beard, travaillait pour un groupe de médecins qui étaient les fournisseurs exclusifs des services de radiologie à l'hôpital Parkview. Le docteur Beard avait démissionné du groupe dans l'intention de fournir, de façon indépendante, des services de radiologie aux patients de l'hôpital. L'hôpital ne lui a pas permis de le faire, et le docteur a poursuivi en prétendant que le contrat exclusif de services de radiologie constituait un groupage illégal de ces derniers services avec les autres services hospitaliers. Le contrat prévoyait que le groupe de médecins facturait ses services directement aux patients et que l'hôpital ne recevait aucun pourcentage de ces honoraires. Le tribunal inférieur a donné raison à l'hôpital dans un jugement sommaire.

La Cour d'appel a confirmé cette décision, approuvant le raisonnement tenu en première instance, selon lequel le vendeur du produit clef doit tirer directement profit de la vente du produit lié. La Cour a jugé que cette exigence allait également dans le sens de la décision *Jefferson Parish*, qui définissait les ventes liées illégales comme l'arrangement par lequel une entreprise exerçant une puissance commerciale tentait de restreindre la concurrence sur le marché du produit lié, parce que le vendeur qui [TRADUCTION] « ne tire aucun avantage

¹⁶² 1990-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,154 (6th Cir. 1990).

économique de la vente d'un produit ou service qu'on prétend lié ne tente pas d'envahir le marché de ce produit ou service d'une manière interdite par l'article premier de la *Sherman Act* »¹⁶³.

Areeda explique les objectifs de cette règle formulée par la jurisprudence américaine et sa relation aux ventes liées en tant qu'infraction en soi :

[TRADUCTION]

... le groupage n'est pas en soi illégal, m me si le volume des produits liés touchés est important, lorsqu'il n'exclut pas un fournisseur rival ou, peut-être, lorsque cette exclusion est essentiellement mineure...

Une façon commode et fréquemment utilisée de déterminer s'il y a exclusion significative consiste à se demander si le défendeur a un intérêt financier dans le produit lié. La plupart du temps, la condition préalable de la puissance ou de l'effet potentiel n'est pas remplie lorsque le défendeur n'a pas d'intérêt économique dans le produit lié, principalement parce que, habituellement, le groupage n'amplifie pas la puissance du défendeur sur le marché du produit lié ou n'entraîne aucune autre conséquence que la règle *per se* cherche à éviter. Il peut y avoir une « exclusion », mais pas une exclusion significative¹⁶⁴. [Renvoi omis]

L'auteur explique, en outre, utilisant l'exemple d'une entreprise défenderesse accusée de ne fournir son produit *A* qu'aux acheteurs qui se procurent le produit *B* d'une entreprise distincte *T*, « excluant » ainsi les autres fournisseurs du produit *B* :

[TRADUCTION]

La défenderesse qui ne tire pas un sou, directement ou indirectement, de la vente du produit *B* par l'entreprise *T* n'est pas une concurrente sur le marché du produit lié *B*. Cela à tout le moins est clair, m me si l'on n'a pas pour autant répondu à la difficile question du type et de l'ampleur des liens financiers de la défenderesse avec l'entreprise *T* qui en font une concurrente des fournisseurs exclus¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibid.* à la p. 64,348.

¹⁶⁴ P.E. Areeda, *Antitrust Law*, vol. 9, Boston, Little, Brown, 1991 aux pp. 330-31.

¹⁶⁵ *Ibid.* à la p. 333.

Par conséquent, en l'absence de tout intérêt financier quant aux ventes du produit lié ou quant au marché de ce produit, la condition préliminaire pour que le prétendu groupage soit en soi illégal est inexistante, même si ce groupage demeure sujet à un examen en application de la règle de la raison¹⁶⁶.

Cet argument des défenderesses appelle trois observations. Premièrement, le critère de l'absence d'intérêt financier quant au marché du produit lié ou d'avantages économiques tirés de la vente du produit lié, quelle que soit sa formulation, est, en droit américain, étroitement lié à la règle *per se*, ce qui nous fait hésiter à le transposer directement en droit canadien parce que celui-ci applique une norme différente, celle de la « réduction sensible de la concurrence ».

Deuxièmement, l'argument du directeur, selon lequel la question des avantages économiques afférents au produit lié ou de la participation de l'entreprise exerçant une puissance commerciale sur le marché du produit lié ne se pose que lorsque deux personnes morales distinctes fournissent le produit clef et le produit lié, n'est pas dénué de fondement. C'était le cas dans les deux décisions citées, mais ça ne l'est pas en l'esp ce.

Troisièmement, il était manifeste, dans l'affaire *Beard*, que l'hôpital, le fournisseur du prétendu produit clef, ne tenait aucune place sur le marché de la fourniture de services de radiologie (produit lié) puisque qu'il ne recevait aucun pourcentage des honoraires afférents à ces services, lesquels étaient acquittés directement par les patients au groupe indépendant de

¹⁶⁶ *Ibid.* à la p. 347.

médecins. Dans l'affaire *Ohio Bell*, la situation était moins claire puisqu'il existait un lien entre les deux personnes morales. La Cour, toutefois, a jugé catégoriquement qu'il n'existait pas de preuve que des frais « cachés » ou « indirects » afférents aux inscriptions dans les Pages Jaunes étaient inclus dans les factures de services téléphoniques établies par la compagnie de téléphone. Celle-ci (l'entreprise exerçant une puissance commerciale) ne tentait pas, pour reprendre la formulation de la décision *Beard*, d'« envahir » le marché de la fourniture d'inscriptions dans les annuaires.

En l'espèce, par contre, Télé-Direct fournit elle-même l'espace et les services à tous les annonceurs, que leurs comptes donnent ou non droit à une commission. Il est également établi qu'elle considère les consultants (dont il est question ailleurs) et les agences, savoir les autres fournisseurs de services, comme des concurrents. Puisque Télé-Direct fournit des services, elle doit recevoir rémunération; aucune entreprise sensée ne travaillerait pour rien. On ne saurait par conséquent conclure qu'elle ne touche aucun « avantage économique supplémentaire » de ses propres ventes du prétendu produit lié. La forme précise que revêt cette rémunération ou cet « avantage » n'est pas en cause en l'espèce¹⁶⁷. De toute évidence, la question de savoir si Télé-Direct a réussi à exclure tout autre fournisseur du marché des services est une question pertinente, mais ce n'est pas sur ce point que les défenderesses mettent l'accent. Elles prétendent que Télé-Direct ne touche aucun autre avantage économique de la fourniture des services et que, par conséquent, on ne saurait tenir compte des exclusions qui peuvent se produire sur ce marché

¹⁶⁷ L'absence de facturation ou de frais distincts à l'égard des services, à laquelle les défenderesses ont semblé faire allusion dans le présent argument, est une question différente qui sera abordée dans la prochaine section.

parce qu'elles sont sans rapport avec l'entreprise qui exerce une puissance commerciale sur le marché du produit clef. Les faits contredisent cette hypothèse.

d) Facturation distincte/paiement distinct

Les défenderesses soutiennent que si un producteur paie directement les « composantes » d'un « produit » puis vend à un prix déterminé le « produit » complet comprenant tous les « intrants nécessaires », il n'y a pas groupage. Pour elles, l'idée de groupage ne s'applique *que* lorsque le client paie *séparément* les prétendus produits lié et clef. Au cours de leur argumentation orale, ce raisonnement a pris la forme de la thèse voulant que le groupage ne soit pas une vente liée parce que, tant que l'acheteur assume un « coût » unique, ce qui est vendu est le « produit » unique du fournisseur.

Les défenderesses ont distingué la présente espèce de l'affaire *Jefferson Parish*, dans laquelle les éléments qui, selon la Cour, constituaient des produits distincts n'étaient pas « groupés » mais vendus en « deux parties » parce qu'il y avait deux factures. Selon elles, les patients, dans cette affaire, payaient pour les deux « choses », probablement les services hospitaliers et les services d'anesthésie et, lorsqu'un acheteur acquitte deux choses différentes figurant chacune sur sa facture, il ne peut y avoir un produit unique. Elles ont mentionné également la décision *Collins v. Associated Pathologists, Ltd.*¹⁶⁸

¹⁶⁸ 1988-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 67,971 (7th Cir. 1988).

La distinction entre l'affaire *Jefferson Parish* et la présente esp ce en matière de facturation n'est pas aussi évidente que les défenderesses le prétendent. Dans l'affaire *Jefferson Parish*, un contrat liant l'hôpital et Roux & Associates prévoyait que Roux fournirait tous les services d'anesthésie requis par les patients de l'hôpital. L'hôpital a consenti à créer un département d'anesthésie avec locaux et équipement, à assurer l'entretien et d'autres services, à le pourvoir en médicaments et fournitures et à le doter en personnel infirmier (sous réserve de l'approbation de Roux). Seuls les médecins travaillant pour Roux pouvaient utiliser le département d'anesthésie. La Cour a écrit :

[TRADUCTION]

L'hôpital a offert à ses patients un forfait comprenant l'ensemble des installations et services hospitaliers nécessaires pour diverses chirurgies. Au East Jefferson Hospital, le forfait incluait les services d'un anesthésiste¹⁶⁹. [Renvoi omis.]

La Cour a décrit ainsi les dispositions prises en matière de facturation :

[TRADUCTION]

... Les frais afférents aux *services d'anesthésie* sont facturés séparément aux patients par l'hôpital. Ils couvrent les coûts assumés par l'hôpital *et* les services professionnels fournis par Roux. Après une retenue de huit pour cent visant à constituer une réserve pour les créances irrécouvrables, les honoraires sont divisés également entre Roux et l'hôpital¹⁷⁰. [Non mis en évidence dans l'original.]

La majorité de la Cour suprême a considéré la « facturation distincte » des « services d'anesthésie » comme un facteur entrant dans l'analyse visant à déterminer si elle était en présence de produits distincts. Pourtant, les dispositions relatives à la facturation, telles qu'elles

¹⁶⁹ *Supra* note 137 à la p. 18.

¹⁷⁰ *Ibid.* à la p. 6, note 4.

sont décrites par la Cour, semblent fort pourvoir à la facturation combinée du produit lié (les services d'anesthésie professionnels) et d'une partie du produit clef (les services hospitaliers), une façon de procéder qui ressemble à celle de Télé-Direct en matière de facturation d'annonces dans les Pages Jaunes. Plus précisément, le montant total facturé comportait des frais afférents aux services d'anesthésie et des frais afférents à l'utilisation de l'équipement, des installations, du personnel de soutien et des médicaments fournis par l'hôpital. Les honoraires étaient simplement répartis également entre l'hôpital et Roux, sans égard à l'importance des services professionnels requis dans le dossier. Il ne s'agissait pas de la facturation expresse distincte de services professionnels.

En tout état de cause, la Cour n'indique pas dans sa décision qu'elle attache une importance essentielle ou cruciale au facteur de la « facturation distincte ». Tout au plus s'agit-il d'un facteur à examiner. Le Tribunal convient avec le directeur que si le mode d'établissement des prix et le mode de facturation permettaient seuls de déterminer s'il existe un ou deux produits, il suffirait aux fournisseurs de simplement refuser de donner des prix distincts à l'égard d'éléments composant un ensemble pour se protéger contre toute allégation de ventes liées.

En outre, le directeur soutient que la route ou le mécanisme par lequel l'argent parvient au fournisseur distinct n'est pas pertinent. Sur le marché des comptes ouvrant droit à commission, le fournisseur distinct est payé à la commission. Ce mode de rémunération peut être plus indirect que, par exemple, la facturation à l'heure des services par les agents (liée à un rabais sur le prix de l'espace fourni par Télé-Direct aux personnes qui n'ont pas utilisé ses services), mais le

résultat final est le même : l'annonceur paie les services, l'annonceur reçoit les services d'un agent, l'agence est payée pour les services qu'elle fournit. La rémunération des agences par le versement de commissions était et, dans une large mesure, demeure une caractéristique de tous les médias publicitaires.

La raison pour laquelle les défenderesses ont mentionné la décision *Collins* échappe au Tribunal. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas de demande visant des services de pathologie distincts des services hospitaliers. Elle n'a pas examiné les dispositions prises en matière de facturation pour formuler ses conclusions, elle les a fondées uniquement sur le fait que les patients ou consommateurs ne demandaient pas les services de pathologistes particuliers et ne percevaient pas les services de pathologie comme des services distincts des autres services dispensés par l'hôpital.

En résumé, aucune des affaires mentionnées ne convainc le Tribunal qu'il aborde de façon inappropriée la question des produits distincts. Plusieurs affaires sont sans rapport avec la présente espèce parce qu'elles concernaient des faits tout à fait différents ou soulevaient des questions antitrust étrangères aux ventes liées. Dans la mesure où elles soulevaient des questions pertinentes, particulièrement les autres affaires intéressant les Pages Jaunes, le Tribunal les a analysées dans ce contexte. Le Tribunal poursuit donc la démarche qu'il a d'abord décrite et passe maintenant à l'examen de la preuve et de l'argumentation concernant la demande et l'efficacité.

3) Demande des annonceurs

Les annonceurs appartenant au segment du marché qui, selon la définition en vigueur à Télé-Direct, n'ouvre pas droit à une commission souhaitent-ils acheter d'ailleurs que de Télé-Direct des services de conception et de placement d'une annonce dans les Pages Jaunes? En d'autres termes, la pratique de Télé-Direct consistant à lier l'espace publicitaire et les services pour un seul prix « oblige-t-elle » les annonceurs à acheter de Télé-Direct un produit qu'ils préféreraient se procurer ailleurs? Ou les annonceurs considèrent-ils que l'espace publicitaire et les services publicitaires ne font qu'un et préfèrent-ils ne pas les acheter séparément de toute manière?

Le directeur a appelé 19 annonceurs à témoigner et les défenderesses, deux. Tous les témoins, sauf les deux appelés par les défenderesses, ont exprimé le désir de pouvoir se procurer ailleurs qu'auprès de Télé-Direct les services de conception et de placement d'une annonce dans les Pages Jaunes. Sept des 19 annonceurs appelés à témoigner par le directeur sont actuellement des clients d'agences¹⁷¹; les autres annonceurs font directement affaire avec des représentants commerciaux de Télé-Direct. De ce dernier nombre, huit annonceurs ont ou ont eu recours aux services d'un consultant. Trois souhaiteraient faire affaire avec une agence, mais leur publicité ne donne pas droit à une commission.

¹⁷¹ Un annonceur (Groupe Turpin Inc.) participe à une publicité de marque de commerce pour concessionnaires de la General Motors qui est un annonceur national ayant recours aux services de DAC. La publicité propre à Turpin est considérée comme une annonce locale qui relève du personnel de vente de Télé-Direct.

Quatorze témoins sont des annonceurs à établissements multiples (franchises, exploitation sous licence, succursales) faisant paraître des annonces dans de multiples annuaires. La distribution géographique des établissements s'étend de la région métropolitaine à l'échelle nationale. Trois des témoins sont des annonceurs ayant un seul établissement et faisant paraître une annonce dans plusieurs annuaires en raison de la grande étendue du territoire sur lequel se trouve leur client le. Les quatre annonceurs qui restent sont des annonceurs ayant un seul établissement et faisant paraître une annonce dans un seul annuaire. Tous les témoins dépensent un montant supérieur à la moyenne en publicité dans les Pages Jaunes. Deux d'entre eux dépensent près de la moyenne de 1 700 \$ (chacun environ 2 000 \$ par année), tandis que les dépenses du reste des témoins varient entre 7 000 \$ et 300 000 \$.

Les défenderesses n'ont pas tenté de réfuter les témoignages des annonceurs ayant affirmé qu'ils préféreraient se procurer des services publicitaires d'ailleurs que de Télé-Direct. Elles ont appelé deux témoins pour montrer que certains annonceurs préfèrent recourir aux services de Télé-Direct, même si l'un de ces témoins a affirmé que les annonceurs devraient avoir le choix de recourir à Télé-Direct ou à une agence. Dans son argumentation orale, l'avocat a reconnu que, dans le segment de « ceux qui dépensent le plus », certains annonceurs trouvent problématique le fait que Télé-Direct groupe les services et l'espace publicitaires. Toutefois, il prétend que ces annonceurs représentent un « échantillon non significatif sur le plan statistique » et qu'il y aura toujours des personnes « qui aimeraient obtenir quelque chose gratuitement » et « dans la mesure o elles n'ont rien à payer ».

Il est vrai que les clients appelés à témoigner représentent un pourcentage très minime de la totalité des annonceurs. Les témoins n'ont pas été choisis au hasard et nous ne considérons pas qu'ils constituent un échantillon important sur le plan statistique. Toutefois, aux raisons pour lesquelles ils disent préférer les services d'agences s'ajoutent la preuve que, sur le segment actuel du marché où la publicité donne droit à une commission, dont le droit à une commission maintenu pour les comptes respectant la règle des huit marchés, les agences détiennent la part de lion. Lorsque les annonceurs ont le choix, la grande majorité d'entre eux choisissent de recourir aux services d'une agence plutôt qu'à ceux de Télé-Direct. Il existe manifestement une demande distincte de celle des annonceurs que Télé-Direct considère comme des « comptes nationaux » (suivant la définition de 1993) sous le rapport des comptes publicitaires respectant la règle des huit marchés pour lesquels le droit à une commission a été maintenu. En outre, il n'y a aucune raison de croire que la distinction faite par Télé-Direct, entre la publicité donnant droit à une commission et celle qui n'y donne pas droit, correspond à un bon partage de la demande, à savoir que les annonceurs faisant paraître une annonce donnant droit à une commission préfèrent utiliser les services d'un autre fournisseur, tandis que ceux dont les annonces ne donnent pas droit à une commission n'ont pas cette préférence. Compte tenu de l'importance de la demande de services d'agences sur le marché de la publicité donnant droit à une commission, nous estimons qu'il est raisonnable d'inférer que la préférence de la grande majorité des annonceurs faisant paraître des annonces donnant droit à une commission pour les services d'agences se retrouve, dans une certaine mesure du moins, parmi les annonceurs formant le segment de ceux dont la publicité ne donne pas droit à une commission à l'heure actuelle. Nous considérons qu'il y a une preuve suffisante pour conclure qu'il existe une demande de services publicitaires distincts

chez d'autres annonceurs que ceux dont la publicité donne actuellement droit à une commission et que les annonceurs appelés à témoigner par le directeur peuvent nous renseigner sur la nature de cette demande.

Nombreux parmi les témoins appelés par le directeur, qu'ils fassent paraître une annonce dans un seul annuaire ou dans plusieurs, étaient ceux qui préfèrent les services consultatifs offerts par un agent ou un consultant à ceux de Télé-Direct. Ces témoins font souvent remarquer qu'un agent ou un consultant leur fournit une « vue d'ensemble », passant en revue toute la publicité dans les Pages Jaunes d'un client, dont les inscriptions dans les pages blanches, les rubriques effectivement utilisées et celles qui devraient l'être, tous les annuaires dans lesquels paraît la publicité du client, ce que font les concurrents du client et la nature des marchés du client. Ces fournisseurs de services aident à planifier la publicité dans les Pages Jaunes, notamment en recommandant des rubriques et, parfois, lorsque les dépenses en publicité sont élevées, en établissant un budget. Dans les agences, un représentant s'occupe longtemps des mêmes clients, si bien que ces derniers ont l'impression que l'agence « comprend » leurs besoins particuliers. La vue d'ensemble de la publicité qu'adoptent ces fournisseurs de services est mise en relief par deux annonceurs -- l'un étant le client d'une agence et l'autre, celui d'un consultant -- qui ont témoigné que l'agence ou le consultant sont ceux qui leur ont signalé le double emploi dans leur programme de publicité dans les Pages Jaunes.

Les annonceurs ayant recours à des agences ont également affirmé que les services de création comptaient parmi les services fournis. Les services de création sont au moins aussi

importants pour les clients de consultants, puisque ces derniers peuvent arriver à réduire le coût de la publicité, par exemple, en passant en revue les annonces les plus coûteuses du point de vue de la dimension et de la couleur, en concevant une nouvelle annonce et en utilisant d'autres techniques de conception.

Qu'ils recourent à des agences ou à des consultants, les annonceurs ont généralement l'impression que ces fournisseurs de services « indépendants » cherchent plus que le représentant typique de Télé-Direct à les aider à obtenir de meilleurs résultats compte tenu des sommes dépensées en publicité dans les Pages Jaunes. De l'avis des annonceurs, il arrive souvent que le représentant de Télé-Direct n'ait pas le temps de s'entretenir avec l'annonceur et de le conseiller. L'annonceur doit s'adapter en fonction du calendrier chargé et des délais serrés du représentant de Télé-Direct durant une campagne de sollicitation donnée. Suivant une autre plainte couramment formulée, le représentant de Télé-Direct insiste davantage sur l'utilisation de la couleur et sur l'accroissement de la dimension, au lieu de chercher à définir les caractéristiques et la nature de l'annonce qui convient le mieux au client; les représentants de Télé-Direct sont perçus comme des vendeurs très insistants qui cherchent à « vendre le plus possible ». La plupart des annonceurs reconnaissent aussi que ces difficultés résultent de la manière dont se déroulent les campagnes de sollicitation de Télé-Direct et de la manière dont ses représentants sont rémunérés; les remarques des annonceurs ne visaient pas les représentants eux-mêmes. Bien que les agences perçoivent également des commissions, les représentants des agences reçoivent un salaire pour les services qu'ils fournissent à la clientèle existante de l'agence¹⁷².

¹⁷² D'après la preuve fournie, la prestation de services à la clientèle existante et la prospection pour trouver de nouveaux clients sont généralement deux activités distinctes dans les agences; la recherche de nouveaux clients incombe habituellement à une ou

Les annonceurs faisant paraître une annonce dans de multiples annuaires préfèrent également recourir à des tiers parce que ces derniers fournissent des « services de coordination » ou des « services administratifs ». Ces annonceurs font plutôt appel à des agences qu'à des consultants¹⁷³. Ils ont témoigné longuement au sujet des avantages du recours à une agence qui se tient au courant des dates de publication des différents annuaires, qui veille à l'uniformité des annonces, de l'image de l'entreprise et de son message dans tous les annuaires et, le cas échéant, qui organise les rencontres entre le siège social et les franchisés ou détenteurs d'une licence pour l'approbation des annonces et la facturation. L'uniformité du message et de l'image est particulièrement importante pour les franchiseurs dont les franchisés peuvent avoir une assez grande liberté d'action par rapport au siège social ainsi que pour ceux qui ont recruté dans leur réseau des entreprises pour lesquelles la franchise ne représente qu'une part de leur activité globale¹⁷⁴.

Il pourrait être soutenu que Télé-Direct n'offre pas du tout les services administratifs fournis par les agences¹⁷⁵. Suivant ce raisonnement, les services administratifs ne feraient pas

plusieurs personnes désignées. Parmi cinq RCA ayant témoigné, deux versent une commission pour de nouveaux clients, un seul offre cette forme d'incitation à tous ses employés et un autre confie à un vice-président la responsabilité de trouver de nouveaux clients.

¹⁷³ Seuls deux des annonceurs dans de multiples annuaires (sans compter l'annonceur ayant de la publicité dans deux annuaires seulement) font affaire avec des consultants et un seul d'entre eux a fait état de l'uniformisation des annonces et de la coordination des dates et des délais.

¹⁷⁴ Par ex., les pièces d'automobiles de marque « Autopro » sont offertes à l'échelle du pays par des mécaniciens et des stations-services détenant une licence; les franchisés de Location Pelletier sont des entreprises offrant, sous l'enseigne, la location à court terme de véhicules, mais ayant habituellement aussi un autre champ d'activité.

¹⁷⁵ En 1984, au Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading (OFT) a tiré une conclusion semblable dans son rapport sur les Pages Jaunes : pièce J-6 (vol. bleu n° 4), onglet 282. Lorsque British Telecom a retiré l'accès à toute commission et a centralisé tous les services en attribuant l'exclusivité de la vente à un entrepreneur, les agences de publicité ont fait valoir qu'elles étaient

partie des services publicitaires en question dans l'allégation de ventes liées parce que, comme Télé-Direct n'offre pas de services administratifs, elle n'est pas en concurrence avec les agences puisqu'elle offre des services différents et que les clients souhaitant obtenir des services administratifs sont libres de se les procurer ailleurs.

En fait, il semble que Télé-Direct se soit efforcée de fournir les services administratifs, dont ont traité les annonceurs qui ont témoigné devant nous (uniformité et coordination), par l'intermédiaire du groupe des comptes nationaux et dans le cadre des efforts déployés pour assurer une continuité. De plus, même si de tels services administratifs pouvaient *vraisemblablement* être achetés séparément, il n'y a pas de raison de croire qu'il serait efficient d'agir de la sorte. Rien dans la preuve n'indique que des agents aient fourni de tels services à des annonceurs se procurant par ailleurs les autres services auprès de Télé-Direct, même s'il existe clairement une demande pour de tels services. Le fait que Télé-Direct fournisse ces services dans certains cas et pas dans d'autres signifie simplement que Télé-Direct et les agences ne fournissent pas exactement le même produit. Certes, on ne s'attendrait pas à trouver des ensembles homogènes de services. Sinon, un annonceur n'aurait aucune raison de choisir un fournisseur de services plutôt qu'un autre. Par conséquent, nous sommes convaincus que les services administratifs sont une dimension pertinente et importante de la demande de services publicitaires des annonceurs.

désavantagées et ne pouvaient plus offrir des services concurrentiels aux annonceurs puisque ces derniers devaient payer en double, une fois pour les services de l'entrepreneur exclusif dont le prix était inclus dans le barème tarifaire et une autre fois pour les services de l'agence. L'OFT a conclu que « l'administration du compte » au nom de l'annonceur, c'est-à-dire les opérations quotidiennes accomplies pour le client (négociation de demandes, autorisations, vérification d'épreuves, paiement des factures), ne pouvait être exécutée par l'entrepreneur et devait relever de l'annonceur en ayant recours à ses propres ressources ou à un agent. Donc, en ce qui concerne ces services, les agences étaient en concurrence non pas avec l'entrepreneur, mais avec les propres ressources de l'annonceur.

Nous passons maintenant à l'argument des défenderesses suivant lequel les annonceurs privilégient les agences uniquement parce qu'ils obtiennent quelque chose gratuitement ou qu'ils n'ont pas à payer les agents. Nous rejetons cette argumentation. Les annonceurs paient pour des services publicitaires, qu'ils les obtiennent de Télé-Direct ou, dans le cas d'une publicité donnant droit à une commission, d'une agence. Quant au recours à des consultants, les annonceurs paient pour les services des consultants, puisque le prix de Télé-Direct demeure le même, mais que le prix demandé par le consultant représente une part de ce qu'économise l'annonceur en ayant recours à ses services. Ces économies représentent un montant que l'annonceur pourrait autrement dépenser pour accroître sa publicité dans les Pages Jaunes ou bien qu'il pourrait garder.

Même si nous admettions que le coût des services est le même pour les annonceurs, qu'ils se les procurent auprès de Télé-Direct ou d'une agence, nous croyons qu'il y a néanmoins preuve d'une demande distincte résultant du fait que les annonceurs, lorsqu'ils ont le choix, préfèrent recourir à des agences. Toutefois, les éléments déposés en preuve, comme nous le verrons, montrent que les annonceurs qui recourent à des agences ont à supporter des coûts supplémentaires par rapport à ce qu'il leur en coûterait de faire paraître une annonce par un représentant de Télé-Direct. Par conséquent, il est clair que les clients préfèrent recourir à des agences, même s'il leur en coûte plus cher que de faire affaire directement avec Télé-Direct. Il s'agit d'un fort élément de preuve de l'existence d'une demande de services d'agences parmi les annonceurs, lorsque ces derniers ont la possibilité de faire appel à leurs services.

Une des raisons pour lesquelles les coûts sont plus élevés est la manière dont Télé-Direct établit la facturation. Lorsqu'un annonceur fait affaire avec un représentant de Télé-Direct, le coût de la publicité est divisé en douze versements égaux qui sont ajoutés à la facture pour services téléphoniques envoyée par Bell Canada, à compter de la parution de l'annuaire. Les annonceurs qui font affaire avec des agences doivent payer pour la publicité d'un seul coup, en un seul paiement global lors de la parution de l'annuaire. Pour ces derniers annonceurs, le coût supplémentaire occasionné par le recours à une agence correspond à environ à la moitié du coût annuel des fonds ou, en d'autres termes, la moitié du taux d'intérêt commercial¹⁷⁶. Compte tenu de l'évolution des taux d'intérêt ces 20 dernières années, le coût s'est élevé, suivant la période, à un montant représentant entre trois et six pour cent du montant facturé pour la publicité, coût que n'a pas à payer l'annonceur qui se procure des services publicitaires auprès de Télé-Direct. Selon M. Kitchen, de Lansing Buildall, ces annonceurs « paient plus cher en raison des modalités de paiement ». S'il est vrai que certains annonceurs ayant eu recours à des agences ont pris des arrangements pour régler le montant de leur publicité en versements périodiques, aucun arrangement déposé en preuve ne leur est aussi favorable que ne l'est la méthode de facturation mensuelle de Télé-Direct.

Un autre coût supplémentaire qu'ont à supporter les annonceurs qui choisissent de recourir à une agence est celui qu'entraîne le fait de faire « aussi » paraître une annonce dans des

¹⁷⁶ L'avocat des défenderesses semble être d'avis que les annonceurs qui recourent à des agences n'ont pas eu à supporter des coûts plus élevés lorsqu'ils placent des annonces dans plusieurs annuaires dont les dates de parution s'étalent sur toute l'année. Même si cet argument peut présenter un certain attrait à première vue parce que, d'une manière comme de l'autre, les annonceurs semblent faire des paiements périodiques, il reste sans valeur. Les annonceurs qui ont recours à une agence doivent payer d'avance pour la publicité qu'ils font paraître dans chaque annuaire, contrairement à ceux qui, faisant affaire avec Télé-Direct, peuvent échelonner le paiement sur 12 mois.

annuaires couvrant des régions autres que celles d'o ces annonceurs tirent leur client le, de manière à respecter la règle des huit marchés (comptes assortis de droits acquis). Cinq annonceurs ayant témoigné achètent de la publicité « supplémentaire ». Dans un cas, le coût de la publicité supplémentaire est assumé par l'agence et, dans un autre, l'agence paie 15 p. 100 du coût de la publicité supplémentaire. Les autres annonceurs supportent la totalité du coût de la publicité « supplémentaire ».

Jusqu'où s'étend la demande de services publicitaires distincts? Nous avons des témoignages d'un certain nombre d'annonceurs, clients d'agences ou de consultants, qui peuvent vraisemblablement être qualifiés d'importants annonceurs locaux ou régionaux. En dépit des montants que dépensent ces annonceurs pour de la publicité dans les Pages Jaunes, la publicité qu'ils font paraître ne serait pas admissible en vertu de la règle des huit marchés s'ils faisaient paraître leur annonce uniquement dans les régions o ils exploitent des établissements ou d'o ils tirent leur client le¹⁷⁷. Comme l'Ontario ne compte que sept marchés et le Québec six, la règle des huit marchés suppose que les annonceurs doivent faire paraître de la publicité à l'extérieur de chaque province¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Des sept clients d'agences, il semble que cinq annonceurs ne respectent pas la règle des huit marchés. Le sixième respecte la règle des huit marchés, mais non pas le critère des 20 annuaires de la règle de 1993, tandis que le septième annonceur pourrait être admissible en vertu de la règle de 1993, mais il s'agit d'une publicité collective qui présente des difficultés à d'autres égards (voir le chapitre « IX. Abus de position dominante » à la section « D. Marché des services publicitaires » plus loin). Les trois annonceurs qui font actuellement affaire avec Télé-Direct, mais qui aimeraient recourir à une agence, présentent des caractéristiques semblables; il s'agit d'un franchiseur, d'un important annonceur régional et d'une entreprise comptant trois bureaux dans deux provinces.

¹⁷⁸ Parmi les clients d'agences, l'entreprise HOJ Car and Truck Rentals, par exemple, qui compte 36 franchises dans le Sud-Ouest de l'Ontario, dépense 125 000 \$ par année en publicité. L'entreprise Location Pelletier dépense entre 120 000 \$ et 160 000 \$ par année et les 60 entreprises détenant une licence délivrée par elle sont toutes situées au Québec. Selon le témoignage de M. Day de Day Advertising Group, Inc., l'entreprise Stephensons' Rent-all Inc. est devenue un client dont la publicité ne donnait pas droit à une commission lorsque la règle des huit marchés est entrée en vigueur, après quoi cette entreprise a commencé à faire paraître « plus » de publicité. L'entreprise Stephensons compte 38 points de vente dans le Sud-Ouest de l'Ontario et dépense 140 000 \$ en publicité dans les Pages Jaunes. Les clients de consultants comprennent l'entreprise Canac-Marquis Grenier, qui compte 10

Toutefois, aucun « petit » annonceur véritable n'est venu témoigner. Deux des annonceurs qui ont témoigné dépensent en publicité dans les Pages Jaunes des montants correspondant environ à la moyenne, mais ils représentent des exemples aberrants. La plupart des autres annonceurs venus témoigner, même ceux qui ont recours à des consultants, dépensent au moins 10 000 \$ et généralement bien plus que cela. Les annonceurs dépensant plus de 10 000 \$ par année représentent seulement deux pour cent du nombre total d'annonceurs faisant affaire avec Télé-Direct et environ le tiers de la totalité des revenus que Télé-Direct retire de la publicité. Il existe donc un très grand nombre d'annonceurs représentant des revenus importants au sujet desquels le Tribunal est très peu renseigné pour ce qui est des caractéristiques de la demande de services publicitaires distincts qu'ils constituent.

Le directeur nous renvoie à de la preuve documentaire se rapportant à 1975, année où Télé-Direct a modifié la règle des huit marchés pour le versement d'une commission, pour montrer qu'en 1976, environ 20 p. 100 des annonceurs faisant affaire avec une agence dépensaient moins de 1 000 \$ par année pour faire paraître de la publicité dans les Pages Jaunes. Bon nombre de ces annonceurs dépensaient aussi peu que 500 \$ par année pour ce genre de publicité. Nous n'avons aucune raison de douter de l'exactitude de ces renseignements. Toutefois, nous hésitons à tirer des conclusions au sujet des « petits » annonceurs en nous fondant uniquement sur une preuve documentaire qui remonte à environ 20 ans.

succursales au Québec et dépense 50 000 \$ en publicité, et l'entreprise Tiremag Corp., qui dépense 20 000 \$ et ne compte qu'une succursale.

Par ailleurs, le Tribunal dispose des vues de Michael Trebilcock, expert en économie appelé à témoigner par les défenderesses¹⁷⁹ au sujet des « petits » annonceurs, qui laissent entendre que ces annonceurs ne souhaitent pas obtenir des services publicitaires d'un fournisseur autre que l'éditeur. En se fondant sur les données fournies dans le rapport de l'Office of Fair Trading¹⁸⁰, il signale que le coût assumé pour fournir des services publicitaires aux petits annonceurs est très nettement attribuable à l'espace et aux efforts de vente plutôt qu'à des services consultatifs. Ces affirmations reposent sur un bon raisonnement et aucun élément de preuve ou argument n'a été présenté à l'encontre. Il est certainement vraisemblable que les « annonces » les moins coûteuses, par exemple l'inscription en caractères gras, ne supposent guère d'effort de création, voire aucun. Nous considérons donc que cet argument est bien fondé dans l'ensemble et que, dans le cas des « petits » annonceurs, il est très peu probable qu'existe une demande distincte de services publicitaires¹⁸¹.

La preuve donne à penser qu'une partie au moins de l'éventail des annonceurs souhaiteraient obtenir des services publicitaires de fournisseurs autres que Télé-Direct. Bien qu'il soit difficile de déterminer exactement quels sont ces annonceurs, nous pouvons conclure, à ce stade, qu'il n'y a aucune preuve permettant d'établir la condition préalable de l'existence d'une

¹⁷⁹ Professeur de droit et directeur du programme de droit et d'économie à l'Université de Toronto.

¹⁸⁰ *Supra* note 175.

¹⁸¹ Nous notons que, selon le *1994 Corporate Post Canvass Analysis Report* (analyse générale des résultats des campagnes de sollicitation préparée en 1994) de Télé-Direct, les « nouveaux » annonceurs, ceux qui font paraître une annonce pour la première fois ou qui sont de nouvelles entreprises, comptent certainement parmi les annonceurs de Télé-Direct qui dépensent le moins en publicité. Les efforts de vente déployés auprès des nouveaux annonceurs sont particulièrement importants. Les dépenses *annuelles* moyennes d'un nouvel annonceur s'élèvent à 839 \$, soit moins de la moitié des dépenses moyennes de l'ensemble des annonceurs. Moins d'un demi de un pour cent des nouveaux annonceurs dépensent 1 000 \$ ou plus *par mois*, tandis que le pourcentage correspondant des annonceurs de longue date qui dépensent ce montant est environ 3,5 fois plus élevé. Il semble donc que les dépenses en publicité d'un nouvel annonceur dans les Pages Jaunes soient typiquement faibles au début, de sorte que ce qui importe ce sont la valeur du média et les « arguments de vente » et non pas les autres services publicitaires.

demande distincte de services, en ce qui concerne les « petits » annonceurs, comprenant les nouveaux annonceurs. Il est clair que les annonceurs plus importants auraient un plus grand besoin de services fournis par des agences ou des consultants, compte tenu de la complexité de leur publicité. Les petits annonceurs, comprenant les nouveaux annonceurs, dont la publicité est relativement plus simple, n'ont vraisemblablement pas ce m me besoin.

Toutefois, en nous fondant sur la preuve déposée, nous ne sommes pas prêts à définir avec précision un seuil en deçà duquel nous pouvons affirmer avec assurance qu'il n'y a pas de preuve d'une demande de la part des acheteurs pour les services de fournisseurs indépendants de services publicitaires. Par conséquent, à ce stade, nous pouvons seulement conclure qu'il y a des éléments de preuve de l'existence d'une demande de la part d'acheteurs « importants » pour des services publicitaires de fournisseurs autres que Télé-Direct.

4) Arguments des défenderesses concernant l'« efficience »

Étant donné la preuve de l'existence d'une demande de services publicitaires de fournisseurs autres que Télé-Direct, existe-t-il des éléments de preuve de l'existence de considérations ayant rapport à l'efficience qui justifieraient l'offre d'un produit unique? D'après les pratiques adoptées par Télé-Direct dans le passé, le directeur a largement raison de croire que les produits peuvent être vendus séparément et qu'ils l'ont effectivement été. Avant 1975, un important pourcentage des annonceurs pouvaient acheter des services publicitaires de fournisseurs autres que Télé-Direct. En vertu de la règle des huit marchés et de la règle de 1993,

tout annonceur admissible ou pouvant devenir admissible par l'achat d'une publicité supplémentaire peut se procurer séparément des services publicitaires auprès d'un agent. Les défenderesses ont invoqué un certain nombre d'arguments ayant rapport à l'efficacité qui, s'ils sont fondés, mèneraient à leur avis à conclure qu'il s'agit d'un produit unique et, donc, qu'il n'y a pas de ventes liées. Ces arguments reposent en grande partie sur l'analyse et la preuve fournie par le professeur Trebilcock, l'expert appelé à témoigner par les défenderesses. Ces dernières ont aussi déposé en preuve des études de rentabilité dont nous traiterons dans la prochaine section.

a) Impossibilité de reporter l'exercice de la puissance commerciale : proportions fixes

Le professeur Trebilcock, appelé à témoigner par les défenderesses, estime que n'est pas valable la théorie du directeur suivant laquelle Télé-Direct tente d'étendre la (prétendue) puissance commerciale qu'elle exerce en matière d'espace publicitaire au marché des services publicitaires en liant l'espace et les services. À son avis, un tel report de puissance commerciale ne peut se produire parce que l'espace publicitaire et les services publicitaires sont complémentaires et sont consommés en proportions fixes. Les experts des deux parties conviennent que l'utilisation de biens complémentaires en proportions fixes laisse entendre que, dans une perspective de maximisation des bénéfices, la seule raison de grouper deux produits serait de minimiser les coûts; toute possibilité d'exercer une puissance commerciale pourrait être

exploitée par le contrôle de l'un ou l'autre des produits. Ceci laisse supposer que le groupage est efficient sur le plan social et qu'il faut conclure à l'existence d'un seul produit¹⁸².

Le professeur Slade, appelée à témoigner par le directeur, soutient que l'espace et les services sont substituables, du moins en partie. Elle est d'avis que :

[TRADUCTION]

... il est possible d'obtenir les mêmes résultats par une annonce de grande dimension ou par une annonce bien conçue. De plus, le ciblage judicieux des « bons » annuaires peut être substitué au placement d'une annonce dans un plus grand nombre d'annuaires. De façon plus générale, une agence qui fournit des services peut souvent conseiller l'annonceur sur la manière de réduire les dépenses sur le plan de l'espace publicitaire sans modifier les résultats de la publicité. En outre, l'agence peut même proposer à l'annonceur des moyens d'obtenir de meilleurs résultats en dépensant moins, par exemple, en substituant la surimpression en blanc à la couleur¹⁸³.

Elle soutient que, parce que la validité de l'hypothèse de complémentarité n'est pas établie, il est possible de reporter l'exercice de la puissance commerciale sur un autre produit. Certes la possibilité d'étendre l'exercice d'une puissance commerciale à un substitut, même s'il ne s'agit que d'un substitut partiel, est inquiétante et doit être examinée plus à fond.

La preuve donne à penser que les proportions sont variables plutôt que fixes. Dans la mesure où les agences cherchent vraisemblablement moins que les représentants de Télé-Direct à inciter les annonceurs à dépenser davantage pour l'espace, les coûts supplémentaires engagés par les annonceurs obtenant des services publicitaires auprès d'agences (sous forme de publicité

¹⁸² À noter ici que le directeur fait état de l'espace et des services, tandis que le professeur Trebilcock traite de trois éléments, à savoir l'espace, les services consultatifs (conception, graphisme, mise en page, etc.) et les efforts de vente (ou promotion pure de la valeur du média). Il reconnaît que les efforts de vente varient évidemment en fonction de l'espace publicitaire. Il s'agit là de la source du problème du « dilemme représentant principal/agent », dont il sera question plus loin dans cette section.

¹⁸³ Affidavit en réfutation du témoin expert M.E. Slade (28 août 1995) : pièce A-119 à la p. 11.

supplémentaire et de renoncement à la facturation mensuelle) mènent à la substitution des services publicitaires à l'espace publicitaire. En outre, une fois reconnue la question de la qualité et de la nature des services publicitaires, comme en témoignent les annonceurs et leur volonté de payer plus cher pour faire affaire avec des agents qu'il ne leur en coûterait de faire affaire avec des représentants de Télé-Direct, même s'il est supposé que les dépenses pour l'espace sont les mêmes qu'il s'agisse d'une agence ou de Télé-Direct, il est difficile de concevoir que les services publicitaires puissent être consommés dans les mêmes proportions que l'espace publicitaire.

La preuve concernant les activités des consultants donne aussi à penser que les services publicitaires et l'espace publicitaire ne sont pas consommés en proportions fixes et qu'ils sont des substituts partiels. L'achat de services auprès d'un fournisseur autre que Télé-Direct mène à une baisse des dépenses au chapitre de l'espace publicitaire. À cet égard, un consultant a fourni l'exemple d'une publicité de très grande dimension et apparemment non appropriée, achetée par une entreprise de taxi dans la région de Hamilton. Dans l'annonce pleine page publiée figuraient notamment une grande illustration d'un avion et l'indication d'un service à l'aéroport. Le consultant (Serge Brouillet de Ad-Vice Communications) a conclu d'une analyse des besoins en commercialisation du client que le service à l'aéroport ne constituait en réalité qu'une part minime de l'activité de ce dernier. Les changements proposés par le consultant rendaient la publicité moins coûteuse et semblaient plus efficaces.

Nous concluons que l'espace publicitaire et les services publicitaires ne sont pas consommés dans des proportions fixes et, partant, qu'il ne peut être supposé, comme le

soutiennent les défenderesses, que l'efficience est la seule raison du groupage de l'espace et des services par Télé-Direct.

b) Recours généralisé des éditeurs à leur propre personnel de vente

Dans son témoignage d'expert au nom des défenderesses, le professeur Trebilcock a affirmé que toute théorie de prétendu groupage dans cette affaire doit expliquer quatre faits fondamentaux, dont le suivant :

[TRADUCTION]

Presque tous les éditeurs de pages jaunes organisent la fonction de vente plus ou moins de la même manière que Télé-Direct, à savoir qu'ils misent fortement sur leur personnel de vente¹⁸⁴.

Personne ne conteste le fait que tous les éditeurs en Amérique du Nord, qu'ils soient affiliés à une compagnie de téléphone ou indépendants, misent fortement sur leur propre personnel de vente. Toutefois, le directeur a produit des éléments de preuve indiquant des divergences, entre les éditeurs, sur le plan de la distinction entre les comptes ouverts à la concurrence des agences parce qu'ils donnent droit à une commission, et les comptes réservés au personnel de vente. Le directeur soutient également que la règle définissant l'admissibilité à une commission actuellement appliquée par Télé-Direct est la plus rigoureuse en Amérique du Nord.

Les défenderesses prétendent que la définition d'un compte national utilisée par Télé-Direct n'est autre qu'une transposition de la définition de la YPPA (définition des comptes « A »

¹⁸⁴ Affidavit du témoin expert M. Trebilcock (18 août 1995) : pièce R-174b) au para. 27.

de la YPPA) dans un contexte canadien. Suivant les règles de la YPPA, pour qu'une publicité dans les Pages Jaunes soit considérée d'envergure nationale, elle doit à tout le moins être publiée par deux éditeurs ou plus et paraître dans au moins 20 annuaires et dans au moins trois États, et 30 p. 100 des revenus publicitaires doivent être réalisés à l'extérieur de l'État principal. Les éditeurs membres de la YPPA doivent qualifier de publicité nationale toute publicité répondant à ces critères. Il ne leur est pas interdit de qualifier de nationale une publicité répondant à des critères moins rigoureux. Chaque éditeur détermine le niveau de paiement pour la publicité qu'il juge nationale.

Si les *termes* utilisés dans la définition de la YPPA sont semblables à ceux qu'utilise Télé-Direct dans sa définition, les éléments de preuve montrent que l'application de la définition au Canada a un effet très différent. Tandis qu'environ 6 000 annuaires sont publiés aux États-Unis, il n'y en a que 350 environ au Canada. Télé-Direct est l'un de seulement sept ou huit éditeurs au Canada et elle retire 70 p. 100 des revenus produits par la publication de Pages Jaunes au Canada. La définition de Télé-Direct prévoit la publication dans au moins deux provinces au lieu de trois États. Suivant la définition de Télé-Direct, 20 p. 100 des revenus tirés de la publicité doivent provenir de l'extérieur du *territoire principal de l'éditeur*, tandis que d'après celle de la YPPA, 30 p. 100 des revenus doivent être réalisés à l'extérieur de l'*État principal*. Suivant la définition de la YPPA, si une publicité est publiée par au moins deux éditeurs, les revenus réalisés sur le territoire du second peuvent être minimes. Selon les témoins représentant des agences, le critère de 20 p. 100 est particulièrement difficile à respecter, puisque le territoire de Télé-Direct comprend les deux provinces les plus peuplées. Dans l'ensemble, une

commission est actuellement versée sur 13 à 14 p. 100 de la totalité des revenus tirés de la publicité-annuaire aux États-Unis, comparativement à une proportion de sept à huit pour cent au Canada.

Même s'il est vrai qu'une publicité paraissant uniquement dans un grand État comme celui de la Californie (ayant une population supérieure à celle du Canada) peut ne pas donner droit à une commission suivant la définition d'un compte « A », selon le président de la YPPA, la plupart des éditeurs, dont ceux qui sont affiliés à une compagnie de téléphone (*regional Bell operating company* ou RBOC -- entreprise régionale affiliée à Bell), paient une commission pour les comptes régionaux, appelés comptes « B ». Par exemple, d'après la preuve, il existe chez Pacific Bell une catégorie de comptes donnant droit à une commission, laquelle peut comprendre des comptes se limitant à l'État de la Californie.

Au Canada, tous les éditeurs affiliés à une compagnie de téléphone, sauf un, exigent qu'une publicité paraisse sur le territoire de deux éditeurs pour donner droit à une commission de 25 p. 100¹⁸⁵ et, habituellement, que 20 p. 100 au moins des revenus soient réalisés à l'extérieur du territoire de l'éditeur principal. Cela signifie effectivement que la publicité doit paraître dans deux provinces¹⁸⁶. Comme les territoires des autres éditeurs sont beaucoup plus petits que celui de Télé-Direct, l'obligation de faire affaire avec « deux éditeurs » est beaucoup plus facile à respecter.

¹⁸⁵ AGT Directory Limited verse une commission de 25 p. 100 pour la publicité à l'étranger uniquement (comme le font tous les éditeurs), mais cette entreprise paie une commission de 15 p. 100 pour toute autre publicité, incluant les comptes locaux.

¹⁸⁶ Sauf pour Edmonton Tel, la publicité paraissant à Calgary et à Edmonton donnerait droit à une commission en vertu de cette règle.

Le professeur Trebilcock insiste beaucoup sur le fait que les éditeurs indépendants misent fortement aussi sur leur personnel de vente parce que [TRADUCTION] « bon nombre de ces éditeurs d'annuaires n'ont aucune puissance commerciale (quelle que soit l'unité de mesure) sur de nombreux marchés sur lesquels ils poursuivent leurs activités »¹⁸⁷. Il tire donc la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

*La véritable signification profonde de ce fait est que la décision de procéder à une intégration verticale des fonctions de vente de la publicité est manifestement sans rapport avec l'exercice d'une puissance commerciale. Elle est entièrement attribuable aux raisons d'efficience [...] exposées précédemment dans cette opinion*¹⁸⁸.

Nous savons, d'après la preuve de White et de DSP, qu'au Canada du moins, en dépit du fait qu'ils paient une commission pour tous les clients que leur procurent les RCA¹⁸⁹, les éditeurs indépendants misent fortement sur leur personnel de vente. La preuve dont nous disposons montre que le personnel de vente est *nécessaire* à la survie des éditeurs et non pas un choix défini par des considérations d'efficience. M me si les règles d'admissibilité à une commission sont libérales, les agences ne fournissent aux éditeurs indépendants qu'une faible part de la totalité des revenus dont la plus grande partie leur est donnée par leur propre personnel de

¹⁸⁷ *Supra* note 184 au para. 27.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Selon le témoignage de M. Lewis de White, celle-ci paie une commission (aux États-Unis et vraisemblablement au Canada) pour toute publicité présentée par un RCA sans restriction. Le taux de commission est de 23 p. 100 pour les annuaires établis et de 30 p. 100 pour les annuaires plus récents. De même, DSP verse une commission aux RCA pour toute publicité.

vente¹⁹⁰. En fait, le recrutement de vendeurs efficaces est l'une des difficultés que doit surmonter un nouvel éditeur.

Nous convenons qu'il est peu probable que les éditeurs indépendants aient une puissance commerciale, mais nous hésitons à conclure, en nous fondant uniquement sur le fait qu'ils misent fortement sur leur propre personnel de vente, que le « groupage » de la vente et des services par un éditeur ayant une puissance commerciale est entièrement sans effet sur la concurrence¹⁹¹.

Nous serions vraisemblablement disposés à tirer cette conclusion si nous avions des preuves de concurrence sur les marchés où se trouvent des éditeurs indépendants, en particulier aux États-Unis. Si ces marchés étaient concurrentiels et si la plupart des ventes réalisées par des éditeurs reposaient pourtant sur le groupage, il y aurait tout lieu de croire que l'efficacité est à l'origine du groupage et qu'il s'agit d'un seul produit. Toutefois, la preuve dont nous disposons à ce sujet indique seulement que l'éditeur affilié à une compagnie de téléphone est celui qui prédomine sur ces marchés, comme sur celui de Télé-Direct. Il nous a été signalé par les défenderesses que les prix des entreprises affiliées à une compagnie de téléphone (RBOC) sont généralement plus élevés que ceux de Télé-Direct. Dans la section traitant de la puissance commerciale de Télé-Direct, nous avons également fait état des témoignages indiquant que les éditeurs américains

¹⁹⁰ Par ex., dans le cas de White, les agences fournissent huit pour cent de ses revenus aux États-Unis et 0,5 p. 100 de ses revenus au Canada.

¹⁹¹ Lorsque les principaux intervenants sont des éditeurs affiliés à des compagnies de téléphone et que ces éditeurs versent une commission uniquement pour les comptes nationaux et régionaux, il s'ensuit que les agents s'intéressent surtout à la publicité de cette nature. Les agences ne sont pas organisées de manière à s'occuper des annonceurs locaux, même si les éditeurs indépendants paient une commission pour cette publicité. Ainsi, parce que les principaux participants ne veulent pas recourir à des agents pour les comptes locaux, les éditeurs indépendants *ne peuvent pas*, même s'ils le voulaient, s'en tenir à des agences et doivent recourir à leur propre personnel de vente. De l'avis du professeur Slade, les agences en viendraient à desservir ce marché avec le temps si les principaux éditeurs modifiaient leurs politiques de manière à élargir le marché. De plus, comme l'éditeur indépendant est habituellement le nouveau venu sur un marché où prédomine un éditeur affilié à une compagnie de téléphone, les agences hésitent à recommander le placement d'une annonce dans un nouvel annuaire avant qu'il n'ait fait ses preuves, même pour les comptes nationaux ou régionaux pour lesquels au moins certains des principaux éditeurs paient une commission.

affiliés à des compagnies de téléphone réalisent aussi suffisamment de bénéfices pour subventionner le service téléphonique local. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que le recours généralisé à leur propre personnel de vente parmi les éditeurs, comprenant les éditeurs indépendants, indique que, pour des raisons d'efficacité, il s'agit d'un produit unique parce que ce phénomène peut être attribuable à la prédominance des compagnies de téléphone sur tous les marchés.

c) Vues des agences

Si nous concluons, comme nous le demande le directeur, à l'existence de ventes liées prohibées, il s'ensuivrait que les agences pourraient, d'une manière ou d'une autre, offrir leurs services à un plus large éventail d'annonceurs d'importance moindre que les « comptes nationaux » pour lesquels Télé-Direct paie actuellement une commission. Le professeur Trebilcock est d'avis que les annonceurs de moindre importance n'intéressent pas les agences.

Au cours d'entrevues avec des agents effectuées par le personnel du directeur dans le cadre de l'enquête préalable à la présentation de la demande, les agents ont affirmé qu'ils ne souhaitaient pas s'occuper de petits annonceurs. Comme l'a signalé le professeur Trebilcock, qui a eu accès à un sommaire des entrevues préparé par l'avocat du directeur, les plus petits annonceurs pouvant intéresser une agence sont ceux qui dépensent entre 10 000 \$ et 50 000 \$ par année en publicité dans les Pages Jaunes. La limite inférieure de 10 000 \$ exclut près de 98 p. 100 de tous les clients à l'origine d'environ 70 p. 100 de la totalité des revenus, mais il en

résulterait une augmentation importante par rapport à la part des revenus donnant actuellement droit à une commission.

Dans le cadre de leurs témoignages, les agents ont adopté une position différente, affirmant qu'ils accepteraient tous les clients, mais que les services seraient fournis différemment. La seule interprétation raisonnable de cette divergence est qu'elle tient au fait que, dans le cadre des entrevues, les propos initiaux des agents témoignaient de leurs vues dans le mode de fonctionnement en vigueur. Par contre, les différents propos tenus au cours des témoignages exprimaient la volonté de gens d'affaires d'envisager toute possibilité raisonnable de réaliser des bénéfices, dont les possibilités qu'ils pourraient exploiter en se lançant en terrain inconnu. Dans l'ensemble, nous considérons que les vues exprimées au cours des entrevues sont plus fiables. Comme les petits annonceurs semblent présenter peu d'intérêt, voire aucun, pour les agences, nous concluons que les agences s'estiment, du moins dans le contexte actuel, désavantagés sur le plan des coûts *par rapport* à Télé-Direct, sur le marché des petits annonceurs.

Par conséquent, nous convenons avec le professeur Trebilcock que les petits annonceurs n'intéressent pas les agences, bien que ni lui, ni la preuve qu'il a présentée, ni le Tribunal, à ce stade, ne peut définir de façon plus précise que par la fourchette des dépenses de 10 000 \$ à 50 000 \$ ce qui constitue un « petit » compte.

d) Justification du groupage pratiqué par Télé-Direct

Le professeur Trebilcock a tenté de fournir l'explication et la justification les plus complètes du groupage de l'espace publicitaire et des services pratiqué par Télé-Direct pour la plupart des annonceurs. Il définit d'abord différemment ce que le directeur appelle les services publicitaires, subdivisant ces derniers en effort de vente et en services consultatifs au sujet de la publicité (conception graphique, placement, etc.). Il affirme qu'il est impossible d'attribuer un prix au seul effort de vente puisque les clients n'accepteront pas de payer pour l'« argument de vente »; l'effort de vente doit être lié à l'espace publicitaire ou aux services consultatifs. De façon générale, la difficulté à surmonter par Télé-Direct (et par les autres éditeurs) consiste à exercer un contrôle sur ceux qui sont chargés de vendre son produit et de motiver les agents ou ses représentants, selon le cas, de manière à parvenir à une combinaison de l'effort de vente et des services consultatifs jugée optimale *du point de vue de Télé-Direct*. Le Tribunal convient qu'il s'agit ici de ce qui peut être qualifié de « dilemme représentant principal/agent ». La question est de savoir en quoi consiste le problème et si le point de vue de Télé-Direct est le seul qui soit pertinent ou s'il devrait être le seul applicable.

Le professeur Trebilcock divise en trois parties son explication de la manière dont Télé-Direct envisage le droit à une commission, à savoir en fonction des petits annonceurs, des grands annonceurs locaux (groupe comprenant vraisemblablement les annonceurs régionaux) et les annonceurs dont la publicité donne actuellement droit à une commission (importants comptes nationaux ou régionaux dont s'occupent plusieurs éditeurs). Nous avons convenu qu'il n'existe vraisemblablement pas, chez les petits annonceurs, de demande pour des services publicitaires distincts. Les nouveaux annonceurs, sauf quelques exceptions, font partie des petits annonceurs.

Pour que l'analyse soit complète, nous poursuivons avec la preuve ayant rapport à l'« efficience » ou aux coûts pour tous les annonceurs, incluant les petits annonceurs.

Pour le professeur Trebilcock, la principale raison pour laquelle Télé-Direct préfère que son propre personnel fournisse les services aux petits annonceurs est qu'il est fort probablement moins coûteux pour Télé-Direct d'offrir des services internes à ces petits annonceurs. À son avis, la manière la plus efficace de vendre de la publicité à ces clients, vraisemblablement en raison d'importantes économies d'échelle, semble être de « "ratisser" les territoires correspondant aux annuaires durant de très courtes périodes et de manière successive », comme le fait actuellement Télé-Direct. Toutefois, il n'est pas évident que cette façon de procéder permette d'abaisser le coût unitaire plus que ne le ferait un moins grand nombre de représentants qui mettraient plus de temps à effectuer la campagne de sollicitation. Il n'y a simplement aucun élément de preuve à l'appui.

Selon le professeur Trebilcock, un autre facteur susceptible de refroidir les efforts des RCA à l'égard des petits annonceurs est la possibilité que les annonceurs soient opportunistes. La difficulté qu'entrevoit le professeur Trebilcock tient au fait qu'une fois déployé l'effort de vente pour lequel le client n'est pas disposé à payer, ce client soit en mesure de demander un prix réduit que les autres vendeurs sont en mesure d'offrir parce qu'ils ont à fournir uniquement les services consultatifs et non pas l'effort de vente pour lequel le vendeur initial ne serait pas indemnisé. Le professeur Trebilcock est d'avis que cette difficulté se fait le plus sentir dans le cas des petits annonceurs, dont ceux qui font paraître une annonce pour la première fois. Chez les plus

importants annonceurs, l'effort de vente représente une plus faible proportion de l'ensemble des services publicitaires. De plus, il pourrait être plus difficile pour les importants annonceurs de faire preuve d'opportunisme parce que la probabilité est plus grande qu'ils soient connus des agents. Télé-Direct peut éviter le « resquillage » par les petits annonceurs en groupant l'espace publicitaire et l'effort de vente. Il s'agit d'une variante de l'argument de resquille souvent invoqué en défense des arrangements verticaux tels que le maintien du prix de revente, lequel peut être valable dans certaines circonstances. Toutefois, il n'y a aucune preuve que cet argument soit applicable dans la présente affaire.

Le professeur Trebilcock signale également, entre Télé-Direct et les agences, une divergence d'intérêts qui pourrait aboutir à une incompatibilité d'incitation si Télé-Direct avait recours à des agents pour les petits annonceurs, ce qui est habituellement qualifié d'« effet externe de l'exhaustivité ». Cette externalité, compliquée par l'opportunisme possible des annonceurs expliqué précédemment, est aussi la principale raison invoquée pour expliquer pourquoi Télé-Direct préfère recourir à son propre personnel pour la vente aux « importants annonceurs locaux ». Le professeur Trebilcock reconnaît qu'une simple différence dans les coûts ne peut expliquer pourquoi Télé-Direct hésite à verser une commission pour les importantes publicités locales, puisque les agences ne s'en occuperaient pas, même si une commission était offerte, s'ils se trouvaient désavantagés par rapport à Télé-Direct sur le plan des coûts.

Selon le professeur Trebilcock, il existe une corrélation positive entre l'« exhaustivité » d'un annuaire et la valeur que les utilisateurs y attribuent. Les annonceurs sont disposés à

dépenser pour de la publicité dans un annuaire dans la mesure où l'annuaire est précieux pour les utilisateurs. Toutefois, comme chaque annonceur retire un avantage minime de son propre apport à cette exhaustivité, les annonceurs ne sont pas disposés à payer pour cet avantage. En sa qualité d'éditeur, Télé-Direct peut internaliser cette externalité à long terme (plus un annuaire est « complet ou exhaustif » et utile, plus la valeur de l'espace publicitaire est grande et plus Télé-Direct peut hausser ses prix).

S'il n'y a aucun doute que les éditeurs attribuent une grande valeur à l'« exhaustivité » pour les raisons énoncées, il n'en reste pas moins que la définition de ce terme reste vague. Par exemple, le professeur Trebilcock, dans son témoignage, n'explique pas pourquoi un annuaire est plus complet, de quelque façon que se soit, lorsque y figurent des annonces en caractères gras achetées plutôt que de simples inscriptions en caractères ordinaires. Il n'y a pas non plus d'explication convenable de la raison pour laquelle les utilisateurs accordent plus de valeur à des annonces en couleur ou de grande dimension, à moins qu'elles n'offrent plus d'information. La preuve indique aussi que la publicité peut être *excessive* du point de vue des utilisateurs. Dans les grands centres comme Montréal et Toronto, il a été nécessaire de diviser les annuaires devenus trop volumineux. Ainsi, s'il est incontestable que les annuaires doivent compter un nombre suffisant d'annonceurs pour constituer une source d'information utile, il n'est pas du tout certain que *toute* augmentation de la publicité concoure à la réalisation de cet objectif. Cet aspect est d'une importance cruciale puisque, si Télé-Direct incite son personnel à accroître son effort de vente plus qu'il n'en faut pour que la publicité concoure vraiment à rendre un annuaire complet, il ne peut donc pas être supposé que la capacité qu'a Télé-Direct de vendre plus de publicité par

son propre personnel de vente est avantageuse pour la société du fait de sa plus grande valeur pour les utilisateurs.

De l'avis du professeur Trebilcock, l'externalité qu'est l'exhaustivité a deux effets. Premièrement, Télé-Direct est plus fortement incitée que ne le sont les RCA à trouver de nouveaux clients; les RCA s'efforceront plutôt d'attirer des annonceurs qui sont d'actuels clients de Télé-Direct et d'autres RCA. Deuxièmement, tandis que Télé-Direct cherchera à garder ses clients longtemps pour rendre ses annuaires plus complets, les RCA s'intéresseront davantage aux revenus immédiats. Par conséquent, lorsque Télé-Direct recommande, selon le professeur Trebilcock, la publicité « optimale », le RCA est incité à convaincre l'annonceur qu'une publicité moins coûteuse ou « sous-optimale » est tout aussi efficace pour recruter cet annonceur. Il y a un plus grand risque de mécontentement du client qui pourrait décider de ne plus faire paraître de publicité dans les Pages Jaunes en raison du caractère imparfait de l'information qui l'empêche de bien distinguer s'il s'agit d'une lacune du média et de mauvais conseils.

En outre, le professeur Trebilcock estime qu'il serait difficile pour Télé-Direct de structurer les incitations pour les RCA de manière à les inciter, par contrat, à vendre une publicité dont la quantité et la qualité seraient « optimales sur le plan social », à cause des importants coûts associés aux opérations. En revanche, Télé-Direct peut inciter et incite effectivement son propre personnel de vente [TRADUCTION] « à vendre et à conseiller aux clients une publicité optimale, en lui offrant une formation, un encouragement, une sélection des

annonceurs par les gestionnaires, des promotions internes, des récompenses, un esprit d'équipe, ainsi de suite »¹⁹².

Le Tribunal est porté à convenir avec le professeur Trebilcock qu'il est probablement plus facile pour Télé-Direct de trouver des moyens d'inciter ses propres représentants à vendre plus de publicité que les agents. Ce qu'il importe le plus de savoir, c'est si les conditions résultantes seraient véritablement « optimales sur le plan social » si Télé-Direct était libre de choisir quand faire appel à des agents et quand recourir à son propre personnel de vente. Nous avons déjà signalé avoir certains doutes quant au fait que la recherche entièrement libre de l'exhaustivité, bien qu'elle puisse être dans l'intérêt de Télé-Direct, soit entièrement dans l'intérêt du public ou « optimale sur le plan social ».

Le directeur soutient que Télé-Direct choisit de se réserver les services parce qu'elle peut inciter son propre personnel de vente à mieux exploiter le « déséquilibre d'information » dont il bénéficie *par rapport* à ses clients ou, en d'autres termes, à « survendre ». Il prétend que la structure d'incitations de Télé-Direct est telle que ses représentants commerciaux convainquent les annonceurs de dépenser plus pour de la publicité qu'ils ne le feraient s'ils étaient aussi informés que Télé-Direct ou s'ils avaient la possibilité de consulter un autre fournisseur. Des témoins ont affirmé qu'à leur avis, les conseils des représentants de Télé-Direct ne sont pas objectifs. Nous reconnaissons, de façon générale, qu'il est difficile d'établir l'efficacité des dépenses marginales en publicité. Par les conseils qu'ils reçoivent, les clients se trouvent donc

¹⁹² *Supra* note 184 au para. 22.

vulnérables. La structure adoptée par Télé-Direct pour inciter ses représentants est de nature telle qu'elle rend au moins plausible l'argument du directeur suivant lequel les représentants sont incités à « survendre ». Lorsque les représentants de Télé-Direct réussissent à convaincre un annonceur d'acheter « plus » de publicité qu'il ne lui en faut, l'effet est multiplié sous une rubrique puisque, comme l'a révélé la preuve, de nombreuses entreprises fondent leurs dépenses en publicité dans les Pages Jaunes sur celles de leurs concurrents (« dilemme du prisonnier »). Par conséquent, nous ne pouvons accepter l'hypothèse principale du professeur Trebilcock, à savoir que la publicité vendue par un représentant de Télé-Direct est nécessairement optimale sur le plan social.

Quant au recrutement de nouveaux clients, nous reconnaissons qu'un éditeur souhaite faire en sorte qu'il y ait sollicitation exhaustive et efficiente des nouveaux clients possibles, en ce sens qu'aucun client possible n'a été oublié et qu'il n'y a pas eu de chevauchement. Comme l'information sur les entreprises abonnées au service téléphonique dont dispose l'éditeur lui permet de déterminer facilement les nouveaux annonceurs éventuels dans les Pages Jaunes, il est logique d'attribuer ces clients à des représentants précis pour éviter le « désordre total ». L'attribution des clients peut être effectuée de manière individuelle, en fonction d'un territoire, ou de toute autre manière qui permet d'éviter que différents représentants entrent en rapport avec un même client éventuel. Ce qui importe c'est l'attribution; si les clients sont attribués à des personnes, il importe peu que la personne qui communique avec chacun soit un employé ou un agent externe.

Le professeur Trebilcock croit également qu'une des raisons pour lesquelles Télé-Direct ne rend pas admissible à une commission la publicité d'importants annonceurs locaux est que les agents chercheraient à gagner la faveur des clients en leur recommandant des dépenses publicitaires « sous-optimales » (c'est-à-dire inférieures à celles que recommanderait un représentant de Télé-Direct) qui auraient des conséquences défavorables à long terme, parce que les agents s'intéressent d'abord et avant tout aux revenus immédiats. Télé-Direct est peut-être préoccupée par les conseils que fournissent les agents, mais il n'est pas évident du tout qu'il y ait lieu de se soucier de la qualité de leurs conseils du point de vue de la satisfaction des besoins des clients. Les faits dont nous disposons ne confirment pas l'opinion du professeur Trebilcock au sujet des visées à court terme des agents. Lorsque sont examinés les rapports véritables entre clients et agents d'une part et entre clients et représentants de Télé-Direct d'autre part, ce sont les premiers qui entretiennent des rapports à long terme. Tout récemment encore, la plupart des représentants de Télé-Direct, *contrairement* aux agents, entretenaient surtout des rapports de courte durée avec les clients. Le professeur Trebilcock reconnaît aussi que les agents peuvent hésiter à donner l'impression qu'ils s'efforcent de vendre parce que les clients peuvent être tentés de changer d'agents. Les représentants de Télé-Direct n'ont pas cette préoccupation parce que les clients n'ont pas la liberté de choisir. La rémunération des représentants dépend dans une large mesure de l'accroissement des ventes aux clients existants, tandis que les employés d'agences sont des salariés qui ne reçoivent pas de rémunération supplémentaire pour des ventes accrues aux clients existants¹⁹³. De plus, il n'y a pas de preuve que les clients d'agences aient eu l'habitude d'annuler une publicité pour quelque raison que ce soit.

¹⁹³ D'après les témoignages de représentants des RCA; ensemble, ces RCA sont à l'origine d'une part importante de ventes donnant droit à une commission.

De l'avis du professeur Trebilcock, le fait que Télé-Direct choisisse de payer une commission pour les comptes publicitaires dans lesquels interviennent de multiples éditeurs est la preuve que la recherche de l'efficacité sous-tend toutes les décisions de Télé-Direct concernant le droit à une commission. Sinon, pourquoi Télé-Direct choisirait-elle de verser une commission pour certaines de ses ventes? Pour le professeur Trebilcock, le fait que Télé-Direct paie une commission pour les comptes nationaux et que la majeure partie des ventes dans ce segment soient réalisées par des agences est la preuve que ces dernières peuvent desservir ce segment de manière plus efficace. Le professeur Trebilcock estime que la tendance des agents à vendre moins de publicité et à concentrer leurs efforts sur les clients existants, ainsi que la possibilité d'opportunisme continuent d'exister, mais que les avantages du recours à des agents sur le plan des coûts compensent ces inconvénients. Les annonceurs avertis sont aussi mieux en mesure de déterminer si la publicité qui leur est offerte est « optimale » et la possibilité de perdre ces clients sert à régler la conduite des agents. Le directeur reconnaît que les agents desservent de manière plus efficace le segment des annonceurs dont la publicité donne droit à une commission, mais il conteste le fait, comme nous l'avons signalé précédemment, que les agents vendent en toute circonstance de la publicité « sous-optimale » du point de vue de Télé-Direct. Le directeur ne croit pas que Télé-Direct dessert le reste de ses clients de manière plus efficace. Des éléments de preuve détaillés de l'efficacité relative ont été déposés devant le Tribunal et seront examinés dans la section suivante.

Bref, comme en faisait état la section sur la demande des annonceurs, nous sommes d'accord avec le professeur Trebilcock sur l'absence d'une demande de services publicitaires

distincts chez les « petits » annonceurs. Quant aux annonceurs dont la demande distincte a été prouvée, ceux que le professeur Trebilcock appelle les « importants annonceurs locaux », le Tribunal est d'avis que la preuve fournie n'est pas convaincante en ce qui concerne l'effet externe de l'exhaustivité ou la possibilité d'un comportement opportuniste de la part des annonceurs et, par conséquent, qu'elle n'amène pas à conclure que l'espace et les services constituent un produit unique pour ces clients. La question de l'efficacité relative de Télé-Direct ou de ses avantages sur le plan des coûts en sa qualité de fournisseur de services à ces annonceurs sera étudiée en détail dans la prochaine section.

5) Études de la rentabilité relative du recours à des agences ou au personnel de vente

Les défenderesses ont présenté des éléments de preuve ayant rapport à l'efficacité relative des représentants de Télé-Direct et des agents pour montrer que les règles en matière de commission sont et ont toujours été fondées sur la recherche de l'efficacité. Le principal élément de preuve est une étude comparative des coûts, en date de 1995, effectuée aux fins de la présente instance et déposée par Michel Beauséjour, vice-président aux finances de Télé-Direct. À cela s'ajoutent deux études internes de la contribution aux bénéfices, de 1974 et de 1985, ainsi que les témoignages descriptifs fournis par Donald Richmond, directeur à la fabrication et à l'administration des contrats à Télé-Direct, et par Jan Rogers, directrice aux méthodes et au soutien de l'entreprise.

Avant de passer à une analyse détaillée de la preuve, il faut en étudier l'importance du point de vue de ce que prétendent les défenderesses, à savoir que les politiques de Télé-Direct en matière de paiement d'une commission et du recours à des agences reposent sur la recherche d'efficience. Bien que les études mentionnées aient rapport à la position des défenderesses, il existe des réserves très importantes mettant sérieusement en doute les conclusions pouvant être tirées de cette preuve. Premièrement, lorsqu'il s'agit ordinairement de choisir « d'acheter ou de vendre », la comparaison porte uniquement sur ce qu'il en *coûte* de produire à l'interne un produit donné ou de l'acheter. La règle de base (d'une comparaison du coût seulement) est enfreinte lorsqu'est comparée la *contribution aux bénéfices de Télé-Direct* faite par son propre personnel de vente et celle des agents, c'est-à-dire lorsque sont pris en considération les revenus.

Plus important encore, les produits (c'est-à-dire la prestation de services à des clients dont la publicité donne ou ne donne pas droit à une commission) comparés dans l'étude Raheja de 1974 et ceux qui sont visés dans l'étude de 1995 sont très différents. En fait, l'expression « comparer des pommes et des bananes » s'appliquerait bien à ces deux études. Il est difficile de voir à quoi peut servir une comparaison de la contribution des agents aux bénéfices à celle des représentants de Télé-Direct, deux groupes ayant chacun une clientèle très distincte. Un pourcentage important des clients dont la publicité ne donne pas droit à une commission obtiennent des services par téléphone uniquement. Les clients qui reçoivent la visite d'un représentant ont, pour la plupart, des besoins qui ne sont pas comparables à ceux des importants clients d'agences qui font paraître une publicité dans de multiples annuaires. À quoi bon comparer la contribution aux bénéfices des agents, dont on reconnaît l'efficacité relative dans le

service à des annonceurs « nationaux » ayant des besoins complexes, à celle des représentants de Télé-Direct qui desservent des clients dont bon nombre ont des besoins relativement simples? Dans l'étude de 1985, les GCN ou RCN et les agents peuvent être considérés presque, mais non pas parfaitement, comme comparables, mais les données ne sont pas à jour ni très détaillées.

Dans l'ensemble, nous considérons que ces études de rentabilité ne servent pas à étayer la position des défenderesses. Les premières études sont périmées (et celle de Raheja est peu pertinente en raison du fait que les produits ne sont pas comparables et qu'elle renferme une erreur), ce qui est d'une importance déterminante lorsqu'il est question d'évaluer l'efficacité actuelle. Souvent, dans l'étude de 1995, les différences sur le plan des coûts peuvent être attribuées à des divergences dans les caractéristiques des clients plutôt qu'à un écart possible entre les coûts relatifs du recours à des agents ou à des représentants de Télé-Direct. De plus, cette étude favorise Télé-Direct en raison de la période visée et des faiblesses méthodologiques.

Pour que l'analyse soit complète, nous commenterons les études pour expliquer plus clairement pourquoi, à notre avis, elles n'appuient pas la position des défenderesses, autrement dit, pourquoi elles ne font pas la preuve de la plus grande efficacité des représentants de Télé-Direct par rapport aux agents.

a) Étude Raheja (1974) ¹⁹⁴

¹⁹⁴ Pièce confidentielle CJ-32 (vol. noir n° 11), onglet 83 à la p. 132667 et s.

Cette étude a été effectuée dans le cadre d'un examen de la politique de Télé-Direct à l'égard des agences de publicité, comprenant les agences spécialisées en publicité dans les Pages Jaunes (phénomène relativement nouveau à l'époque), en vue de déterminer la commission à payer. Dans l'étude même, il est signalé que le système de classification des clients appliqué par Télé-Direct rend difficile le calcul de la rentabilité des différents segments. Néanmoins, M. Bourke était d'avis que les directeurs de l'époque avaient suffisamment confiance dans les résultats de l'étude pour y asseoir leurs décisions. L'étude a révélé que, sur le « marché local », correspondant à la totalité des ventes de publicité paraissant dans les annuaires de Télé-Direct, les ventes réalisées par les agences ont rapporté moins de revenus. Bien qu'il n'y ait aucune preuve de l'importance accordée aux résultats de l'étude dans la prise de décision, Télé-Direct a décidé en 1976 de réduire fortement le marché de la publicité donnant droit à une commission, par l'adoption de la règle des huit marchés.

Chose curieuse, l'étude elle-même renferme une erreur évidente : la commission versée aux agents apparaît à la fois comme déduction des revenus *et* comme dépense. Lorsque l'erreur est corrigée, les résultats relatifs sont un peu meilleurs pour les agents que pour les représentants de Télé-Direct. Les défenderesses sont d'avis que l'erreur est sans importance; les directeurs se sont fondés sur les résultats de l'étude, ce qui montre que Télé-Direct a été motivée par la recherche de l'efficacité et par aucun autre facteur. L'étude peut laisser entendre que Télé-Direct prêtait au moins *attention* à l'efficacité à l'époque, mais il est curieux que ceux qui sont censés s'en être inspirés pour prendre leurs décisions n'aient pas facilement et immédiatement décelé

une erreur aussi simple. Dans ces conditions, et compte tenu des nombreuses imperfections de l'étude, cette dernière et les résultats qu'elle présente sont inutiles aux fins qui nous intéressent.

b) Étude de rentabilité de 1985 : ventes nationales ¹⁹⁵

Cette étude traite de la contribution aux bénéfices des comptes nationaux dont s'occupaient des agences et des GCN en 1983 et en 1984. Les agences étaient spécialisées ou ordinaires tandis que le groupe des GCN comprenait un représentant commercial de Télé-Direct qui s'occupait de clients éventuels pouvant générer des revenus élevés et un autre représentant s'occupant de clients éventuels offrant un faible potentiel de revenus.

L'étude a été déposée en preuve au cours du contre-interrogatoire de M. Beauséjour. Les contributions nettes aux bénéfices ont été notées, mais l'étude n'a pas été étudiée avec le témoin sauf pour établir l'application à l'époque de la méthode courante de paiement à Bell Canada. D'après la description dans le document, les seuls coûts effectivement attribués aux agences et aux GCN ont été les commissions aux agents et ce qui a été qualifié de dépenses associées à la vente. Ce dernier poste comprend les salaires versés aux représentants du groupe des comptes nationaux et aussi au personnel ayant traité les commandes présentées par les agents ¹⁹⁶. Tous les autres coûts ont été répartis en fonction des revenus nets générés par chacun des deux groupes de vendeurs.

¹⁹⁵ Pièce J-1 (vol. rouge n° 1), onglet 61.

¹⁹⁶ Les salaires totaux ont été répartis en fonction des Pages Jaunes canadiennes (CANYPS), des agences, des GCN et de l'EGV.

En 1983, dans l'ensemble des régions de l'Est et de l'Ouest, la contribution aux bénéfices, exprimée en pourcentage de la totalité des revenus générés par les agences et par les GCN, était de 18,7 p. 100 et de 17 p. 100 respectivement. En 1984, les deux groupes ont enregistré une contribution de 20 p. 100 chacun. Bien que certaines mises en garde s'imposent¹⁹⁷, l'importante constatation qui se dégage de l'étude est que Télé-Direct n'avait aucune raison de croire à l'époque qu'il était moins coûteux de recourir à ses propres représentants qui s'occupaient de clients ayant des besoins identiques ou comparables à ceux des clients desservis par des agences. Les défenderesses ne nous ont pas présenté d'autre étude ou élément de preuve faisant état d'un souci interne d'efficacité relative durant la période préalable à la modification en 1993 des règles en matière de commission. La seule documentation déposée ainsi que la preuve fournie par M. Mitchell, qui a participé étroitement à la préparation au changement, traitent des effets sur le nombre de comptes et sur les revenus qu'auraient les agents ou les représentants de Télé-Direct dans différents scénarios.

c) Étude de rentabilité de 1995¹⁹⁸

Vers la fin de l'audience, l'avocat des défenderesses a déposé en preuve, lors du témoignage de M. Beauséjour, un document comparant la contribution relative aux bénéfices des agents et du personnel de vente comprenant le groupe des représentants de comptes nationaux,

¹⁹⁷ Pour parer à toute question éventuelle en conséquence de l'analyse de la dernière étude de contribution aux bénéfices de Télé-Direct, les mêmes pourcentages du coût du service à la clientèle (paiement à Bell Canada) et de « pertes » (créances irrécouvrables) ont été utilisés pour les agences ainsi que pour les GCN. Les agents sont quelque peu favorisés en ce qui concerne le coût du service à la clientèle puisqu'il est appliqué après déduction de la commission aux agents. Par contre, on n'a pas tenu compte du fait que les clients d'agences doivent payer d'avance tandis que ceux des GCN paient en versements sur une année.

¹⁹⁸ Pièce confidentielle CR-185.

en 1994. Ce document a été admis en preuve en dépit de vigoureuses objections de la part de l'avocat du directeur. Au cours de la communication préalable, Télé-Direct a déclaré que le coût des ventes par son propre personnel représentait 12,3 p. 100 des revenus, proportion dont le calcul a été examiné au moyen de questions détaillées et d'explications plus poussées. Les défenderesses n'ont pas signalé que Télé-Direct effectuait une seconde étude dont les résultats seraient différents de ceux qui ont été fournis au cours de l'interrogatoire préalable et dans les réponses aux questions. Le 4 décembre 1995, l'avocat des défenderesses a fourni la seconde étude à l'avocat du directeur.

Bien que nous considérions comme malheureux, à tout le moins, le moment choisi pour produire l'étude et, en fait, la conduite générale de l'avocat des défenderesses en ce qui concerne la seconde étude, nous avons admis en preuve le document en donnant au directeur le temps de prendre connaissance de ce nouvel élément de preuve et de se préparer. En dépit du moment mal choisi pour produire le document, nous étions d'avis que le Tribunal ne devait pas renoncer à recevoir de l'information pouvant être d'une grande utilité dans l'affaire et semblant avoir directement rapport à l'argumentation des défenderesses, à savoir que la recherche de l'efficience était à l'origine du groupage de l'espace et des services par Télé-Direct.

i) Caractère non approprié de la période visée par l'étude

Aux réserves générales, déjà formulées, au sujet de la comparaison des services fournis à des annonceurs très différents, s'ajoute une autre imperfection grave relevée dans la plus

récente étude présentée. La période sur laquelle porte l'étude a certainement pour conséquence de favoriser le personnel de vente de Télé-Direct *par rapport* aux agents, en raison de l'état d'avancement de certaines améliorations qu'apportait Télé-Direct à sa façon de procéder. Dans l'étude, on ne tient pas compte des différents stades d'avancement de l'application de la technologie. Les améliorations favorisant le personnel de vente ont été effectuées, mais celles qui doivent favoriser les agents seront apportées dans un proche avenir, ce qui a été ignoré dans l'étude.

Le processus de publication que Télé-Direct mettait en place en 1994 représentait un système plus efficient qui était beaucoup plus avantageux pour le personnel de vente que ne l'était le précédent. En particulier, Télé-Direct implantait un système informatique permettant le stockage électronique des annonces, dont l'illustration graphique définitive. Ainsi, les annonces renouvelées sans changement, qui représentent 70 p. 100 de la publicité totale, sont déjà en mémoire dans l'ordinateur, ce qui contraste avec le système antérieur décrit par M. Richmond :

[TRADUCTION]

... Dans l'ancien système, nous avons recours à un fournisseur externe [pour les opérations pré-presses telles que la mise en page et la préparation de la maquette] et, si une annonce de l'année précédente était renouvelée, il n'était pas certain que nous puissions retrouver l'illustration graphique parce qu'elle était conservée dans un classeur quelconque. Ainsi, pour faire paraître à nouveau une annonce, il fallait demander à un artiste de concevoir à nouveau une annonce identique à celle qui avait paru dans l'annuaire de l'année précédente. Cette façon de procéder était très inefficace. Il fallait conserver des logos partout pour qu'ils soient accessibles à tous¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Transcription, vol. 34 à la p. 7026 (7 novembre 1995).

Le nouveau système permet également de réaliser des économies lorsqu'une annonce est modifiée. En effet, des changements mineurs peuvent facilement être apportés à une annonce déjà en mémoire dans l'ordinateur.

Même si les agences présentent les annonces déjà prêtes à photographier (sous forme d'épreuves tramées de type « Velox »), elles doivent être scannées et introduites dans le système de Télé-Direct. Lorsqu'aucun changement ne doit être apporté à une annonce parue l'année précédente, il est donc possible d'éviter de scanner à nouveau l'annonce, comme elle est déjà en mémoire dans l'ordinateur, de sorte que des économies peuvent être réalisées. M. Richmond ne savait pas quel pourcentage des annonces provenant d'agents sont reprises sans changement, mais il a affirmé que *toutes* les annonces provenant de RCA étaient scannées, ce qui laisse supposer qu'elles le sont même lorsqu'aucun changement n'est apporté. Il n'est pas clair pourquoi Télé-Direct agit de la sorte.

Ainsi, récemment encore et certainement lorsque le droit à une commission a été limité à nouveau en 1993, les coûts assumés par Télé-Direct en rapport avec son propre personnel de vente étaient ceux qui existaient avant l'implantation du nouveau système. Sous l'ancien système, les agents présentaient des annonces entièrement mises au point, si bien que, dans la comparaison des coûts associés à l'opération de publication d'un annuaire, les agents étaient nettement plus avantageux qu'ils ne le sont actuellement. Selon M. Richmond, il en coûte 26 millions de dollars pour mettre en place le nouveau système devant permettre de réaliser des économies de l'ordre de 12 millions de dollars par année, de sorte que le coût de publication des

annonces produites par le personnel de vente aurait précédemment été le double de ce qu'il était en 1994.

L'utilisation des données actuelles est défavorable pour les agents à court terme. Il ne serait pas nécessaire de scanner les annonces provenant d'agences si ces annonces pouvaient être transmises par voie électronique. Les journaux et les revues ont actuellement des systèmes permettant ce genre de transmission. Selon M. Logan, président de la YPPA, les éditeurs de Pages Jaunes commencent à évoluer en ce sens. À son avis, le RVA, système de transmission électronique de commandes de la YPPA, sera en place dans deux ou trois ans. Il en résultera une transmission plus facile des annonces à un coût moindre pour les éditeurs et pour les RCA de même qu'une diminution des erreurs.

L'autre aspect de la publication o des changements sont prévus est celui de la réception des commandes par le RVA de Télé-Direct. À l'heure actuelle, une personne préposée à Montréal et une autre à Toronto font imprimer l'information tirée du RVA. Une fois la commande traitée sur papier, elle est à nouveau mise en mémoire dans le système de Télé-Direct. M^{me} Rogers a affirmé que Télé-Direct espérait pouvoir transmettre directement dans la base de données sur les contrats toutes les commandes reçues par le RVA, sans saisie par clavier de l'information, mais cela n'a pas été possible. Selon M. Logan de la YPPA, [TRADUCTION] « les plus grands éditeurs, tant les éditeurs indépendants que les entreprises de service public, perfectionnent leurs systèmes et la plupart d'entre eux -- non pas tous, mais la plupart -- peuvent puiser l'information directement dans le RVA et l'introduire directement dans leurs systèmes sans avoir recours à la

saisie par clavier »²⁰⁰. Pour une raison ou une autre, Télé-Direct met plus de temps que les autres éditeurs d'Amérique du Nord à tirer parti du RVA, système pour lequel les agents ont beaucoup investi et pour lequel, en partie, Télé-Direct a accepté de hausser les taux de commission de 15 à 25 p. 100 sur deux ans. Bien que le coût de traitement des commandes faites par des agents ait diminué depuis l'implantation du RVA, selon M^{me} Rogers, cette diminution semble attribuable non pas tant au RVA, mais à la réorganisation interne, ce qui confirme que Télé-Direct n'a pas tiré pleinement parti du RVA.

Pour toutes ces raisons, nous concluons que l'étude ne tient pas compte des progrès technologiques dans la publication des Pages Jaunes et que, partant, le personnel de vente de Télé-Direct est avantagé par rapport aux agents.

ii) Lacunes méthodologiques

L'étude présente d'importantes lacunes méthodologiques. Elle est fondée sur un « modèle de causalité ». Le personnel de Télé-Direct a analysé les coûts afin de déterminer si l'absence des agents ou du personnel de vente entraînerait des coûts particuliers. Dans l'affirmative, les coûts décelés étaient attribués au groupe à l'origine de ces coûts. Les coûts ne pouvant être attribués à l'un ou l'autre groupe étaient considérés comme des coûts communs et répartis entre les deux groupes en fonction du revenu relatif généré par chacun. Cette méthode générale a été soumise au cabinet de vérificateurs de Télé-Direct qui devait en confirmer la validité. Les coûts ont été

²⁰⁰ Transcription, vol. 36 à la p. 7370 (9 novembre 1995).

attribués et répartis par le personnel de Télé-Direct, mais les résultats n'ont pas fait l'objet d'une vérification externe. Les résultats n'ont été vérifiés qu'au cours de la communication préalable et du contre-interrogatoire durant l'audience.

En dernière analyse, la contribution aux bénéfices du personnel de vente de Télé-Direct s'avère environ 13,5 points de pourcentage plus élevée que celle des agents. Si nous laissons de côté pour l'instant les difficultés associées à la nature différente des comptes dont s'occupent chaque groupe, le résultat obtenu signifie que, pour que les agents soient compétitifs par rapport au personnel de vente, il faudrait que la commission qui leur est versée soit de neuf pour cent au lieu du taux moyen de 22,5 p. 100 qui leur est effectivement accordé (soit la différence entre 22,5 p. 100 et 13,5 p. 100).

Nous examinons d'abord la méthode de répartition des coûts communs. À notre avis, il est raisonnable de répartir ces coûts en fonction des revenus générés lorsque les coûts communs sont vraisemblablement associés aux ventes. C'est le cas, par exemple, pour la production des annuaires où le coût dépend du volume de la publicité et où il importe peu que le personnel de vente ou les agents soient responsables des annonces. Toutefois, cette méthode de répartition des coûts convient nettement moins lorsque les coûts en question ont rapport au personnel lui-même. Cet aspect est important parce que les représentants commerciaux et leur personnel de soutien sont des employés de Télé-Direct tandis que les agents et leur personnel de soutien ne le sont pas. Dans ce cas, il conviendrait mieux de répartir les coûts en fonction de la proportion relative des employés affectés au soutien des représentants commerciaux et des agents. M. Beauséjour a

reconnu que cette façon de procéder était tout aussi valable que celle fondée sur les ventes relatives et que l'une ou l'autre méthode pouvait être utilisée.

Une analyse de chaque élément de coût commun visant à déterminer quelle méthode de pondération convenait le mieux aurait produit des résultats plus objectifs et plus justifiables. Nous constatons que Télé-Direct a dérogé au moins une fois à sa méthode de répartition des coûts communs en fonction des revenus, et il se trouve qu'elle a ainsi été avantagée²⁰¹.

Dans l'étude, Télé-Direct a dérogé à sa propre méthode en répartissant les coûts en fonction de leur source (cause), ce qui a accru le coût du recours à des agences. Comme nous l'avons signalé précédemment, le processus de mise en mémoire des annonces dans un ordinateur est actuellement en cours. Le coût occasionné par le double emploi de l'ancien système et du nouveau qui, suivant la méthode retenue, serait attribué au personnel de vente a été considéré dans l'étude comme un coût de « transition » et a été soustrait du total des coûts internes. Toutefois, des coûts semblables associés à l'implantation du RVA ont été attribués aux agents. Par souci d'équité, il aurait également fallu considérer ces coûts comme des coûts de « transition » et les soustraire des coûts des agents. De plus, il est curieux que l'important investissement dans l'implantation du nouveau système de traitement des commandes internes ait été simplement ignoré, comme il l'a été dans l'étude, au lieu d'être amorti sur plusieurs années. Il en résulte aussi une sous-estimation des coûts internes.

²⁰¹ L'amortissement du scanner (coût commun puisqu'il n'était occasionné ni par le personnel de vente ni par les RCA) est réparti également entre le personnel de vente et les agents en fonction du nombre d'annonces ainsi scannées. Suivant la méthode de répartition en fonction des revenus utilisée d'ordinaire, la majeure partie de l'amortissement aurait été attribuée au personnel de vente.

L'avocat du directeur a mis en doute la validité de la répartition des coûts dans l'étude à plusieurs égards, notamment lorsqu'un pourcentage relativement faible de ces coûts a été attribué au personnel de vente en dépit du fait que ces représentants et le personnel leur fournissant un soutien direct représentaient 61 p. 100 de la totalité des employés. Quant aux coûts associés au service du personnel et des avantages sociaux, Télé-Direct a conclu que l'élimination de son personnel de vente entraînerait des économies d'environ 16 p. 100 seulement, de sorte que seulement 16 p. 100 de la totalité des coûts ont été attribués au personnel de vente.

Parallèlement, il a été supposé que les économies associées au service des relations de travail seraient de 30 p. 100 seulement. Pour justifier ces décisions, M. Beauséjour a expliqué que certains services de base devaient être maintenus pour le reste des employés même si 61 p. 100 du personnel était éliminé. En fait, cette façon de procéder suppose que l'organigramme actuel est inaltérable. Nous doutons que Télé-Direct n'envisage un changement aussi massif dans l'optique des « coûts évitables ».

Le principal aspect de cette étude que conteste le directeur est le traitement du « coût du service à la clientèle » (« CSC »), à savoir le paiement à Bell Canada de 40 p. 100 des recettes de vente nettes. Dans les études de rentabilité antérieures, le CSC était considéré comme un coût. Il a également été considéré ainsi au cours des nombreux mois sur lesquels se sont échelonnées les versions et modifications successives de l'étude de 1995, presque jusqu'au moment où l'étude a été déposée en preuve dans le cadre de la présente instance. En conséquence de l'avant-dernière modification du montant du CSC, la contribution des agents aux bénéfices est passée d'un peu

moins de cinq pour cent de celle du personnel de vente à près de cinq pour cent *de plus*²⁰². Par la suite, M. Beauséjour a décidé qu'il n'y avait plus de raison de considérer le CSC comme un coût puisque Télé-Direct et Bell appartenaient à la même société et qu'il importe peu que Télé-Direct paie Bell sous forme de CSC ou de dividendes. En dépit du caractère apparemment fortuit de cette constatation, nous estimons que l'explication est valable. C'est une chose pour Bell d'insister pour que le CSC soit considéré comme un coût pour imposer une discipline à Télé-Direct, mais c'est autre chose lorsqu'il s'agit d'étudier les coûts relatifs du recours à des agents ou au personnel de vente. Il est donc préférable de considérer Bell et Télé-Direct comme une entreprise intégrée, ce qui ne constitue pas en soi une lacune méthodologique.

Toutefois, suivant le même raisonnement, Télé-Direct aurait dû tenir compte dans son étude des avantages que l'entreprise intégrée Télé-Direct et Bell retire du fait que les agents paient d'avance pour faire paraître de la publicité tandis que les clients du personnel de vente paient en versements mensuels. M. Beauséjour a reconnu l'existence de cet avantage au cours du contre-interrogatoire, mais l'étude n'en fait pas état. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la différence dans les modalités de paiement représente le montant de l'intérêt pour environ six mois, soit une différence appréciable de trois à six pour cent par année.

iii) Exemples précis de difficultés résultant de la différence entre les produits

²⁰² La raison pour laquelle le CSC a un effet aussi marquant tient au fait qu'en vertu du contrat liant Télé-Direct à Bell Canada, le CSC n'est pas applicable aux revenus générés par les agents recevant une facture de Télé-Direct plutôt que de Bell Canada. Ainsi, le paiement moyen pour le CSC est beaucoup plus faible pour les agents que pour le personnel de vente.

Les défenderesses soutiennent que cette étude fournit la preuve des coûts d'« interface » différents et plus élevés qu'elles ont à supporter lorsqu'elles traitent des commandes provenant d'agents externes, par comparaison aux coûts occasionnés par le traitement des commandes provenant de l'interne. Comme nous l'avons signalé au début, il est extrêmement difficile, dans une étude de cette nature, de bien faire la distinction entre les véritables coûts d'interface, c'est-à-dire ceux qui sont occasionnés lorsque Télé-Direct fait affaire avec des agents plutôt qu'avec son propre personnel de vente, et les coûts qui sont attribuables à la nature de la publicité, qui ne sont pas manifestement liés au type de vendeur et qui ne sont donc pas de véritables coûts d'interface. L'étude est affaiblie par cette difficulté et elle ne peut donc pas, dans sa forme actuelle, faire la preuve de l'existence de coûts d'interface relatifs comme le prétendent les défenderesses.

Cependant, nous n'estimons pas que les difficultés résultant de la différence entre les produits, contrairement à celles qui se rattachent au caractère non approprié de la période de l'étude et aux lacunes méthodologiques déjà décrites, jouent toujours en faveur des défenderesses en réduisant les coûts internes et en accroissant les coûts des agents. Comme nous l'expliquons ci-dessous, parfois c'est le cas, parfois non.

Passons à quelques exemples. Un exemple a trait à l'interprétation et au traitement des crédits accordés aux clients en conséquence d'erreurs de la part de Télé-Direct. Les clients faisant affaire avec le personnel de vente ont obtenu un remboursement équivalant à 1,3 p. 100 des revenus bruts en conséquence d'erreurs commises par les représentants commerciaux ou lors de la publication. Le taux du remboursement aux agents, en conséquence d'erreurs lors de la

publication, était de 3,5 p. 100. Cette différence dans le taux de remboursement pour les erreurs commises par Télé-Direct est un facteur qui concourt à abaisser la contribution globale des agents aux bénéficiaires.

Dans les notes de l'étude, il est affirmé que la différence est attribuable au fait que les commandes provenant d'agents sont traitées par un plus grand nombre de personnes, à savoir le personnel des RCA et le groupe responsable de la publication pour les comptes nationaux à Télé-Direct. Toutefois, le nombre d'employés des RCA traitant les commandes est sans importance puisque seules les erreurs attribuables à *Télé-Direct* donnent lieu à un remboursement. La différence de taux de remboursement en cas d'erreur peut peut-être être attribuable au fait que les agents sont mieux renseignés et, peut-être, plus incités à déceler les erreurs et à s'en plaindre que ne le sont les clients dont s'occupe le personnel de vente. M. Beauséjour a reconnu cette possibilité. Cette explication ne convaincra probablement pas Télé-Direct de considérer comme un « coût » le taux de remboursement plus élevé, mais elle peut difficilement servir à indiquer qu'il est moins efficace de recourir à des agents plutôt qu'au personnel de vente.

En revanche, M^{me} Rogers a affirmé que la plus grande proportion d'erreurs dans le traitement des commandes provenant d'agents était attribuable au fait que la publicité en question est plus importante et plus complexe. Cela laisse entendre que la proportion d'erreurs est associée à la nature de la publicité plutôt qu'au type de vendeur. Dans la mesure où la différence est surtout attribuable à des différences dans le type de comptes dont s'occupe chaque groupe de vendeurs, il

ne peut en être conclu que la différence dans la proportion d'erreurs correspond à ce qu'il en coûte de faire affaire avec des agents.

La proportion relativement élevée d'erreurs dans le traitement des annonces placées par des agents entraîne aussi d'autres coûts attribués au recours à des agents. Une fois les annuaires publiés, un employé de Télé-Direct vérifie les annonces, comme le font aussi les agents, ce qui crée un double emploi. De plus, il faut compter les ressources affectées aux négociations avec les agents en cas d'erreur.

À la différence dans l'importance de la publicité qu'a signalée M^{me} Rogers, nous ajoutons un autre aspect où il existe une grande différence dans la teneur de la publicité selon qu'elle est soumise par le personnel de vente ou par les agents. Environ 80 p. 100 des annonces de « marque de commerce » relèvent d'agents. Trois préposés de Télé-Direct appartenant au service chargé de traiter les commandes des agents ont pour tâche de vérifier si la publicité de marque de commerce proposée a été autorisée par le détenteur de la marque de commerce. Le coût de cette opération est entièrement attribué aux agents et il dépend de la nature de la publicité plutôt que du vendeur de cette publicité.

Dans un domaine connexe, celui des créances irrécouvrables, il se peut que l'étude sous-estime ce qu'il en coûte de faire affaire avec les agents plutôt qu'avec le personnel de vente. Au fil des ans, une proportion relativement peu variable des factures impayées par les clients est traitée par les services internes. Jusqu'à récemment, Télé-Direct n'a pas connu de telles difficultés

dans le cas des agents. M. Beauséjour a signalé qu'un agent doit actuellement de l'argent à Télé-Direct, mais l'étude ne renferme pas de chiffres ayant rapport aux créances non recouvrées des agents. Les « pertes », c'est-à-dire les créances irrécouvrables aboutissant à l'interruption du service téléphonique, qui abaissent la contribution du personnel de vente aux bénéfices, sont probablement attribuables au type de clients dont s'occupe le personnel de vente plutôt qu'au type de vendeur. Cette observation est compatible avec la nature plus « opportuniste » des petits clients, dont il est question dans des documents internes de Télé-Direct.

d) Conclusion

Les nombreux aspects contestables des diverses études confirment qu'elles ne peuvent fournir une comparaison juste de l'efficiéce relative des représentants commerciaux de Télé-Direct et des agents.

6) Conclusion sur l'existence de produits distincts

Le directeur prétend qu'il y a ventes liées pour toutes les formes de demande dans l'éventail des annonceurs, bien que l'avocat du directeur ait effectivement reconnu que ce pourrait ne pas être le cas pour les « petits » annonceurs²⁰³. Les défenderesses soutiennent qu'elles ne pratiquent les ventes liées pour aucun de leurs clients. Les positions des parties sont diamétralement opposées. Le directeur nous demande d'ordonner aux défenderesses d'offrir

²⁰³ _ Suivant la mesure de redressement proposée consistant à rétablir la règle définissant le droit à une commission qui était en vigueur avant 1975.

séparément à tous les clients l'espace et les services publicitaires (sous forme de prix distincts ou d'un élargissement des conditions d'admissibilité à une commission). Les défenderesses nous demandent de ne pas rendre d'ordonnance, ce qui leur permettrait de n'offrir des produits séparés qu'aux clients de leur choix.

Nous sommes d'avis que la preuve ne justifie ni l'une ni l'autre de ces deux positions extrêmes. Nous constatons que les clients ou annonceurs ne sont pas un groupe homogène du point de vue des services dont ils ont besoin (demande) ni du point de vue des coûts occasionnés en leur fournissant des services (considérations en matière d'efficience). Au contraire, les annonceurs sont très différents, allant de personnes exploitant une petite entreprise depuis leur domicile et dépensant un montant minime pour une annonce simple dans les Pages Jaunes aux grandes sociétés faisant paraître une annonce dans des annuaires multiples. Nous estimons que nous ne pouvons déterminer s'il s'agit indifféremment d'un seul ou de deux produits pour tous ces clients. Nous devons procéder par « délimitation ».

À notre avis, la preuve ayant rapport à l'existence d'une demande de services publicitaires de fournisseurs autres que Télé-Direct ainsi que la preuve et l'argumentation ayant rapport à l'efficience montrent que l'espace publicitaire et les services publicitaires sont des produits distincts pour les « importants annonceurs locaux » et régionaux. Ils constituent par ailleurs un produit unique pour les « petits » annonceurs. La tâche se complique lorsqu'il s'agit de faire une distinction raisonnable ou pratique entre, d'une part, les annonceurs régionaux et, plus difficile encore, les « importants annonceurs locaux » et, d'autre part, les « petits » annonceurs,

que ce soit du point de vue du nombre de marchés (comme dans la règle des huit marchés) ou des dépenses en publicité dans les Pages Jaunes. Dans l'exécution de cette tâche, nous avons tenu compte du fait que le directeur doit justifier toute mesure de redressement demandée. Dans la mesure où la preuve et l'argumentation n'ont pas permis de résoudre la difficulté, il nous incombe de conclure avec prudence.

Nous savons que, dans le marché des comptes donnant droit à une commission, comprenant les annonces pour lesquelles les droits ont été maintenus, les annonceurs qui en ont la possibilité choisissent pour la plus grande part de faire affaire avec des agences. Nous avons constaté que cette demande de services distincts s'étend à bien d'autres annonceurs que ceux qui constituent des « comptes nationaux » suivant la définition de 1993 et à d'autres annonceurs que ceux dont la publicité donne droit à une commission suivant la règle des huit marchés.

Des différences considérables existent quant aux composantes de la demande entre les annonceurs relativement plus petits qui font appel à un consultant et les annonceurs plus grands dont l'annonce paraît dans de multiples annuaires et qui ont recours à un agent ou y aurait recours si leur publicité donnait droit à une commission. Les besoins de ce dernier groupe d'annonceurs sont plus complexes. La plupart d'entre eux ont besoin non seulement de services de consultation et de conception, mais aussi d'aide sur le plan administratif et pour assurer l'uniformité de leur message. Nous inférons que la demande, mesurée par la volonté qu'ont ces annonceurs de payer chaque année pour des services, sous forme de dépenses pour une publicité supplémentaire ou de paiement forfaitaire, est plus forte parmi les importants clients ayant des besoins complexes.

Pour délimiter encore davantage la demande, nous passons maintenant aux questions de coût. Nous avons conclu que les agences, vraisemblablement en raison du fait qu'elles croient avoir une plus grande efficacité *par rapport* à Télé-Direct, s'intéressent principalement aux clients dont les dépenses annuelles en publicité dans les Pages Jaunes atteignent au moins entre 10 000 \$ et 50 000 \$. À elle seule, cette constatation justifie le relèvement à au moins 10 000 \$ du seuil auquel doivent être séparés ou dégroupés l'espace et les services publicitaires²⁰⁴.

Nous pourrions considérer que la preuve montrant que certains éditeurs indépendants au moins sont disposés à payer une commission pour toute publicité soumise par des agents signifie qu'il serait efficace de dégroupier l'espace et les services publicitaires pour tous les annonceurs, mais nous hésitons à formuler une telle interprétation. Il n'est pas du tout évident que ces éditeurs agiraient de la sorte en fonction de l'efficacité relative du recours à des agents ou à leur propres représentants puisque, de façon générale, leur situation sur le marché les oblige à privilégier leurs propres représentants en dépit de leurs règles avantageuses en matière de paiement d'une commission. Leur politique en la matière pourrait témoigner tout aussi bien de leur volonté d'attirer plus d'annonceurs que de l'efficacité relative des agents ou de leurs propres représentants.

Les grands éditeurs américains associés à des compagnies de téléphone ont l'habitude de grouper l'espace et les services publicitaires pour tous les annonceurs d'importance inférieure à

²⁰⁴ Nous utilisons ici des montants parce que c'est en ces termes que la preuve nous a été présentée. D'autres critères, comme le nombre de marchés, sont plus révélateurs et d'autres éléments de preuve ont été présentés en fonction de ces critères. Nous tentons ci-dessous d'établir une équivalence entre ces deux mesures.

ceux qui sont considérés comme des comptes nationaux ou, dans le cas des éditeurs qui se fondent sur la catégorie « B » d'annonceurs, pour tous les annonceurs plus petits que les annonceurs régionaux. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que les éditeurs en question se trouvent en situation de concurrence sur leurs marchés et que l'efficacité détermine nécessairement le critère qu'ils adoptent. Par conséquent, nous concluons que l'efficacité est probablement la raison pour laquelle ces éditeurs dégroupent l'espace et les services pour les annonceurs nationaux et pour les annonceurs de catégorie « B », mais nous ne pouvons pas affirmer que l'efficacité soit la raison pour laquelle ils groupent l'espace et les services pour tous les autres annonceurs, ni qu'elle permette d'établir quand il s'agit d'un seul produit ou de deux produits distincts.

Les études de Télé-Direct ne nous aident pas à tirer de conclusion quant à l'efficacité relative des agents et des représentants de Télé-Direct selon le type d'annonceurs. Nous savons cependant que Télé-Direct a établi la règle des huit marchés afin de définir les comptes « nationaux » plus exactement que ne le permettait la définition de 1958 et qu'à l'époque, Télé-Direct semblait considérer que cette règle était dans son intérêt. Il est évident aussi que Télé-Direct n'a effectué aucune étude et tenu aucune discussion sur l'efficacité relative lorsqu'elle a restreint à nouveau en 1993 les critères d'admissibilité à une commission. Ce faisant, elle a ignoré la demande de clients respectant la règle en vigueur des huit marchés (dont les clients qui ont été obligés d'acheter plus de publicité qu'ils n'en avaient besoin pour respecter la règle des huit marchés). Étant donné que des agents s'étaient occupés de ce type de clients durant de nombreuses années, que d'autres éditeurs ont défini des clients de catégorie « B » et que Télé-

Direct n'a jamais abordé l'efficacité relative des agents et de ses représentants par rapport à ces clients, il n'y a aucune preuve d'efficacité qui nous mènerait à conclure que l'espace et les services n'étaient pas des produits distincts pour tous les annonceurs auxquels la règle des huit marchés pouvait s'appliquer.

La règle des huit marchés n'a pas été conçue précisément en fonction des besoins des annonceurs régionaux, ce qui ressort clairement du fait qu'il existe sept marchés en Ontario et six au Québec. Quelle que soit la définition utilisée, l'annonceur qui fait paraître une annonce sur tous les marchés d'une province serait un annonceur « régional », mais sa publicité ne donnerait pas droit à une commission en vertu de la règle des huit marchés. Bon nombre des annonceurs dans cette situation sont probablement parvenus à être admissibles à la règle des huit marchés par l'achat de publicité supplémentaire. À tout le moins, une entreprise dont l'activité s'étend à l'ensemble d'une province de la taille du Québec ou de l'Ontario devrait être admissible sans plus. Nous n'avons aucun motif de ne pas croire que la forte demande de services publicitaires fournis par des agents, dont font preuve les annonceurs pour lesquels le droit à une commission a été maintenu en vertu de la règle des huit marchés, s'étend aux annonceurs dont l'activité couvre six marchés, c'est-à-dire, par exemple, la province de Québec. Il est difficile de concevoir que les considérations d'efficacité pouvant justifier la prestation de services publicitaires distincts pour les annonceurs sur six marchés puissent être très différentes de celles qui s'appliqueraient pour huit marchés.

Il existe un vague rapport entre le nombre de marchés desservis et les dépenses en publicité dans les Pages Jaunes. D'après les études internes de Télé-Direct, les clients dont s'occupent les représentants de Télé-Direct, mais dont la publicité aurait donné droit à une commission en vertu de la règle des huit marchés, dépensent en moyenne 54 000 \$ en publicité dans les Pages Jaunes²⁰⁵. Les données correspondantes pour les annonceurs qui respectent les règles des sept marchés et des six marchés sont de 44 000 \$ et 26 000 \$ respectivement. Les annonceurs sur six marchés peuvent ne présenter aucun intérêt pour certains agents, mais la preuve montre que certains autres agents seraient disposés à s'occuper d'annonceurs dépensant ce montant, peut-être dans l'espoir d'un accroissement futur des dépenses.

Nous reconnaissons que, du seul point de vue de la demande, il pourrait être justifiable de dégroupier l'espace et les services pour les annonceurs dont la publicité paraît sur moins de six marchés. La preuve en matière d'efficience, et surtout les opinions des agents au sujet des clients avec lesquels ils aimeraient faire affaire, ne permet pas de tirer cette conclusion. Le directeur prétend que le dégroupage généralisé de l'espace et des services ne fera aucun mal -- qu'il faut laisser libre jeu au marché. Si les agents sont plus efficaces, c'est vers eux que se tourneront les annonceurs. Si le personnel de vente de Télé-Direct est plus efficace, surtout pour les petits annonceurs, ces derniers en viendront à constituer sa clientèle. Ce raisonnement donne à penser qu'il peut y avoir une solution simple à un problème complexe. Dans une large mesure, Télé-Direct représente « le marché » puisqu'en définitive, c'est elle qui établira les prix des services publicitaires, qu'elle choisisse de fixer les taux de commission pour divers types de publicité ou

²⁰⁵ Le document n'est pas explicite, mais les données ont été recueillies en 1993, de sorte que nous inférons qu'il s'agit de données pour 1993 : pièce confidentielle CJ-31 (vol. noir n° 10), onglet 69 à la p. 131635.

de fixer des prix distincts pour les services fournis par son personnel de vente. S'il y avait dégroupage général de l'espace et des services, Télé-Direct pourrait bien décider de fixer plusieurs prix (ou taux de commission) différents pour les services publicitaires, en fonction du coût relatif des services fournis à différentes catégories d'annonceurs. Comme l'a montré l'étude de rentabilité relative, il s'agirait d'une tâche difficile, laquelle ne devrait pas être imposée sans avoir une plus grande certitude que le changement produira, dans l'ensemble, d'importants avantages. Par conséquent, nous concluons que l'espace et les services publicitaires sont deux produits distincts pour les annonceurs dont la publicité paraît sur six marchés et plus, et qu'ils constituent un seul produit pour les clients dont la publicité paraît sur moins de six marchés.

Notes complémentaires sur les ventes liées

Au début de notre examen du groupage, nous avons affirmé qu'il pouvait exister une autre thèse en l'espace et nous en traitons maintenant. Bien que l'argumentation et la preuve des défenderesses soient pertinentes dans une certaine mesure, la démarche adoptée par elles ne concorde pas exactement avec celle que nous décrivons ci-après.

La preuve peut donner à penser que l'espace et les services publicitaires ne sont ni demandés ni fournis séparément, même sur le marché actuel des comptes donnant droit à une commission. Au contraire, les grands annonceurs souhaitent se procurer ensemble l'espace et les services publicitaires auprès de Télé-Direct ou bien des agences, mais dans l'un cas comme dans l'autre, ils achètent l'espace et les services ensemble. Télé-Direct insiste pour que les agences

avec lesquelles elle fait affaire soient accréditées. Le directeur reconnaît la complexité de la publicité-annuaire et juge acceptable l'accréditation des agences par Télé-Direct. Certes, nous n'envisageons pas nécessairement la possibilité que des annonceurs achètent de l'espace publicitaire de Télé-Direct et se chargent des services publicitaires (sauf peut-être les annonceurs dont le service interne de publicité est accrédité).

Comme il s'ensuit de l'accréditation que seuls les fournisseurs de services accrédités (dont le personnel de vente de Télé-Direct) peuvent demander de l'espace et qu'ils fournissent également d'autres services, il peut être conclu que l'espace et les services doivent être groupés pour la vente et, donc, qu'ils constituent un seul produit. Suivant une autre thèse, l'espace et les services publicitaires peuvent être considérés comme un seul produit fini puisque l'opposition réelle au groupage ne découle pas du fait qu'il est impossible pour les annonceurs d'acheter séparément l'espace et les services publicitaires, mais du fait que Télé-Direct a simplement refusé de dégroupier l'espace et les services pour les agences (c'est-à-dire en leur accordant une remise), ce qui les empêche de vendre aux annonceurs le même ensemble d'espace et de services que vend Télé-Direct.

Cette interprétation n'est pas justifiée par la preuve pour les raisons suivantes. Premièrement, nous sommes convaincus que les agences ne sont pas des revendeurs de l'espace publicitaire fourni par Télé-Direct auprès *desquels* les annonceurs se trouveraient à acheter de l'espace ainsi que des services publicitaires. Les agences n'ont pas un stock d'espace publicitaire qu'elles ont acheté de Télé-Direct en vue de le revendre à des annonceurs. Les agences

n'assument aucune responsabilité à l'égard de l'espace publicitaire. Au contraire, lorsque le client d'une agence décide de faire paraître une annonce dans les Pages Jaunes, l'agence doit présenter une commande à Télé-Direct en y joignant tous les autres renseignements nécessaires, et Télé-Direct traite la commande. Le fait que Télé-Direct conclue un marché avec une agence et lui facture l'espace, si bien qu'elle le considère en un sens comme l'« acheteur », ne détermine pas la relation entre l'agence et l'annonceur. À notre avis, le fait qu'une agence n'ait pas un stock d'espace publicitaire à revendre témoigne davantage de son rôle d'agent pour l'annonceur dans l'acquisition d'un espace auprès de Télé-Direct²⁰⁶. Suivant cette interprétation de la preuve, l'acheteur n'achète pas de l'agent un ensemble d'espace et de services publicitaires.

Deuxièmement, la preuve ne montre pas que les annonceurs souhaitent acheter de l'espace d'un agent plutôt que de Télé-Direct. Toutes choses étant égales par ailleurs, nous croyons que le fournisseur leur importe probablement peu. Toutefois, des éléments de preuve laissent entendre que les annonceurs préféreraient payer Télé-Direct directement pour l'espace publicitaire au moyen de la facturation mensuelle plutôt que d'avoir à acheter l'espace par l'intermédiaire d'un agent, ce qui suppose une facturation au moment de la publication. C'est Télé-Direct qui impose cette dernière façon de procéder et non pas le client qui le demande. Ceci ne constitue pas la preuve que les annonceurs requièrent de l'espace publicitaire dans les Pages Jaunes auprès des agents dans le cadre d'un ensemble comprenant des services et de l'espace publicitaires. Nous n'avons pas non plus reçu de preuve donnant à penser que l'efficacité serait

²⁰⁶ Les agences sont des mandataires ou « représentants » des annonceurs en ce sens qu'elles font paraître une annonce au nom des annonceurs, mais, comme nous l'avons signalé précédemment, les agences ont leurs propres intérêts et elles se distinguent des annonceurs à d'autres égards dans le cadre de la prestation de services.

moins grande si Télé-Direct devait conclure un marché avec les annonceurs et leur facturer directement l'espace publicitaire.

Enfin, la *Loi sur la concurrence* a notamment pour objet de favoriser la concurrence de manière à offrir aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. La preuve révèle l'existence d'une demande de services fournis par des agences plutôt que par Télé-Direct, et il ne serait pas contraire aux principes d'efficience de faciliter ce choix pour les annonceurs faisant paraître une publicité sur au moins six marchés. Pour ces raisons, nous rejetons cette autre interprétation possible de la preuve et nous reconnaissons que l'espace publicitaire et les services publicitaires sont des produits distincts.

E. CONDITION OPÉRANT LES VENTES LIÉES

Puisque le Tribunal a conclu que pour une part, du moins, de l'éventail des annonceurs des Pages Jaunes, il existait des produits distincts, il doit maintenant déterminer si ces annonceurs ont de quelque façon été « forcés » d'acheter les produits ensemble plutôt qu'en s'adressant à différentes sources. À cet égard, le Tribunal ayant conclu que, pour les annonceurs présents sur moins de six marchés, il n'y avait pas de produits distincts, toute mention du marché « local » dans la présente section s'entend de la partie du marché allant de la publicité dans six marchés géographiques à la publicité « nationale » au sens de la définition applicable. Pour la partie du marché où, selon la conclusion du Tribunal, les produits sont distincts, il faut déterminer si ces produits sont « liés » au sens du paragraphe 77(1).

L'alinéa 77(1)a) définit les ventes liées. Il énonce essentiellement qu'il s'agit de la pratique consistant, pour un fournisseur, à exiger, comme « condition » de la fourniture du produit clef, que le client acquière un autre produit du fournisseur. L'alinéa 77(1)b) énonce une définition subsidiaire selon laquelle il s'agit de la pratique par laquelle un fournisseur « incite » un client à se conformer à la condition susmentionnée en lui offrant le produit clef selon des modalités et conditions plus favorables s'il consent à l'acquisition du second produit.

Le directeur a allégué dans sa demande qu'il y avait eu « exigence » ou « condition » et qu'il y avait eu « incitation ». Il soutient qu'à l'égard des comptes n'ouvrant pas droit à une commission, les défenderesses exigent, comme condition de fourniture de l'espace, que le client fasse appel à leurs services publicitaires à un prix groupé « et/ou » que les défenderesses incitent les clients à acquérir leurs services en offrant l'espace sans coût supplémentaire, si le client utilise ces services.

Nul ne conteste que Télé-Direct n'établit pas de tarifs distincts pour l'espace et les services dans le segment du marché visant les comptes n'ouvrant pas droit à commission, et que les clients « locaux » qui font appel à un autre fournisseur que Télé-Direct pour les services publicitaires (un consultant, par exemple) ou qui n'ont pas besoin d'un ou de plusieurs des services offerts, ne paient pas leur annonce moins cher ou n'obtiennent pas de rabais sur le prix total de celle-ci. Le directeur affirme que cette pratique a pour effet de forcer les clients « locaux » à acheter ensemble l'espace et les services auprès de Télé-Direct. Ce n'est que sur le marché des comptes ouvrant droit à commission qu'il est économiquement viable d'avoir recours à un

fournisseur indépendant de services, car sur le marché des comptes n'ouvrant pas droit à commission, le client doit payer deux fois pour les services, une fois à Télé-Direct, dans le prix groupé, et une fois au fournisseur indépendant qui les dispense. Il en résulte donc, selon le directeur, qu'il s'agit soit d'une « exigence » imposant l'acquisition de l'espace et des services auprès de Télé-Direct soit, pour coller davantage aux faits, une « incitation » irrésistible.

Le directeur fait état des dépositions des annonceurs reconnaissant que s'ils font appel à un fournisseur indépendant de services lorsque leur compte ne donne pas droit à une commission, ils se trouveront effectivement à payer deux fois pour les services et que c'est pour cette raison qu'ils continuent de faire affaire avec Télé-Direct même s'ils sont insatisfaits de la qualité du service. Le directeur ajoute que Télé-Direct elle-même était consciente de la valeur de cette incitation et mentionnait que ses services étaient « gratuits » ou compris dans le coût de l'espace pour convaincre les clients d'opter pour ceux-ci.

Les défenderesses avancent plusieurs arguments relatifs à la question de savoir si l'espace et les services sont liés en l'espace. Elles soutiennent qu'elles n'imposent aucune « condition », parce que les clients locaux ne sont pas contractuellement tenus de faire appel aux services de Télé-Direct et peuvent s'adresser à un RCA; Télé-Direct, toutefois, ne versera pas de commission à l'égard de ces comptes. Elles invoquent la décision *Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Laboratories, Inc.*²⁰⁷ qui, selon elles, établit que la vente d'éléments groupés ne contrevient pas aux règles antitrust lorsque chaque élément peut être acheté séparément, mais à un prix plus

²⁰⁷ 1993-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 70,266 (S.D.N.Y. 1993).

élevé. Elles avancent que les clients qui choisissent les services de Télé-Direct ne jouissent pas de modalités et conditions *plus favorables* que les autres parce qu'il n'existe qu'un ensemble de modalités et conditions sur le marché local : le groupage.

Il n'y a aucune raison de conclure, selon nous, que la mention, dans cette disposition de la Loi, du mot « conditions » ou même de l'expression « modalités et conditions » implique qu'elles doivent être énoncées dans des documents contractuels explicites. La disposition exige plutôt que soit déterminé si les clients sont effectivement forcés ou induits par contrainte à prendre du fournisseur du produit clef des produits jugés distincts et s'ils sont dans l'impossibilité de n'acquérir que le produit clef du fournisseur et de s'adresser à quelqu'un d'autre pour se procurer le produit lié. De toute évidence, cette situation peut se produire sous le régime d'une exigence contractuelle expresse, mais un rabais ou d'autres avantages peuvent également inciter à se procurer les deux produits de la même source. Les « conditions » ou la coercition visées dans la disposition comprennent plus que des clauses contractuelles; il peut s'agir de conditions économiques qui ont pour effet d'empêcher tout choix entre différents fournisseurs. La question de savoir si les clients ont effectivement la possibilité de choisir est une question de fait à trancher en fonction de la preuve présentée; elle ne dépend pas de la nature juridique de la convention d'achat.

La décision *Ortho* n'est d'aucune utilité aux défenderesses. Il s'agissait d'une demande d'injonction préliminaire soumise par Ortho pour empêcher l'exécution d'un contrat passé entre le Council of Community Blood Centers et Abbott concernant certaines analyses de sang. Ortho

prétendait qu'Abbott utilisait sa position monopolistique comme levier et procédait à des ventes liées parce que les prix qu'elle avait établis pour ses différentes « trousse » d'analyses de sang forçaient tout acheteur rationnel à se procurer les cinq analyses auprès d'elle au lieu d'en acquérir de fournisseurs concurrents comme Ortho. La Cour a refusé l'injonction préliminaire parce qu'Ortho n'avait pas démontré l'existence d'un préjudice irréparable.

Les défenderesses n'ont cité que des passages dans lesquels la Cour résume les arguments d'Abbott ainsi que la doctrine et la jurisprudence que cette dernière a invoquées concernant l'utilisation de sa position monopolistique comme levier²⁰⁸. La Cour reconnaît que les arguments d'Abbott lui ont donné « matière à réflexion », mais finit quand même par conclure qu'Ortho a démontré qu'il existait suffisamment de questions de fond à trancher pour justifier un procès. Relativement aux ventes liées, la Cour, en fait, a jugé :

[TRADUCTION]

La position selon laquelle le groupage peut ne pas être exprès mais découler plutôt de la structure de prix de deux produits et de la puissance commerciale de la partie est appuyée en jurisprudence...

En l'absence de clause contractuelle explicite, le juge doit déterminer selon les faits s'il y a ventes liées et, dans l'état actuel du dossier, il n'est pas possible de juger si le demandeur obtiendra vraisemblablement gain de cause quant à cette allégation. Il est manifeste, toutefois, qu'il existe suffisamment de questions sérieuses à trancher quant au fond de l'allégation pour justifier que la Cour soit saisie du litige²⁰⁹.

Par conséquent, le Tribunal doit trancher si, selon les faits, Télé-Direct a « forcé » des clients à acquérir d'elle des services ou si ceux-ci avaient la possibilité de n'acheter que de

²⁰⁸ *Ibid.* à la p. 70,333.

²⁰⁹ *Ibid.* à la p. 70,334.

l'espace. Le Tribunal est d'avis que les dépositions des témoins annonceurs et le propre comportement de Télé-Direct étayent amplement la position du directeur selon laquelle le fait de ne pas verser de commissions sur le marché « local » a constitué une incitation puissante à acquérir l'espace et les services de Télé-Direct.

F. RÉDUCTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE

La portée de l'exclusion découlant de la décision de Télé-Direct de limiter le versement de commissions aux « comptes nationaux » définis dans la règle de 1993 a-t-elle entraîné ou entraînera-t-elle vraisemblablement une réduction sensible de la concurrence? Il s'impose d'abord de déterminer le comparateur qu'il convient d'employer pour évaluer l'ampleur de la réduction en cause. Il serait inutile de comparer les comptes visant de six à huit marchés avec tous les autres comptes qui sont actuellement groupés et qui, de l'avis du Tribunal, peuvent le demeurer parce que les caractéristiques de la demande et les comparaisons d'efficience probable font conclure à l'unicité du produit. Le comparateur le plus approprié est la taille du marché des comptes ouvrant actuellement droit à commission aux termes de la définition de 1993, parce que l'élargissement de ce marché est envisagé. Les comptes visant huit marchés donnent actuellement droit à une commission, mais cette situation pourrait changer du jour au lendemain en l'absence d'une ordonnance du Tribunal; c'est pourquoi ces comptes sont inclus dans le segment du marché où s'effectuent les ventes liées aux fins de l'évaluation du caractère sensible de la réduction de la concurrence. En outre, le maintien des droits acquis empêche à l'heure actuelle les comptes de « devenir » des comptes visant huit marchés.

En un mot, il est indéniable que les comptes visant de six à huit marchés représentent un volume d'affaires important qui, sans ventes liées, pourrait s'ouvrir aux agents. Les comptes visant huit marchés et admis au maintien des droits acquis forment actuellement le gros de ce segment; s'y ajoutent les comptes visant six et sept marchés, actuellement desservis exclusivement par Télé-Direct. En se fondant sur la documentation préparée par Télé-Direct en prévision du changement apporté à la règle en 1993 et sur le témoignage de M. Mitchell, qui sont tous deux passablement obscurs, le Tribunal conclut qu'on peut équitablement chiffrer à environ 30 millions de dollars la valeur des comptes qui donnent actuellement droit à une commission en application de la définition de 1993 (ce qui exclut les comptes protégés par droits acquis mais comprend les comptes « nationaux » desservis par Télé-Direct et par des agents). Notre estimation la plus précise des comptes pour lesquels il y a ventes liées, c'est-à-dire les comptes visant six, sept ou huit marchés, qui s'ajouteraient aux comptes donnant droit à une commission, est d'environ 19 millions de dollars. La valeur combinée des comptes pour lesquels il y a ventes liées atteint donc considérablement plus que 50 pour cent des comptes actuels donnant droit à commission. En chiffres relatifs et en chiffres absolus, le montant des revenus touchés par les ventes liées est sans aucun doute suffisant pour conclure à une réduction sensible de la concurrence.

Une dernière question se pose relativement à la réduction sensible de la concurrence. Les défenderesses avancent, dans leur argumentation écrite, un argument « technique » fondé sur l'emploi d'articles définis et indéfinis au paragraphe 77(2). Elles soutiennent qu'il faut évaluer la réduction sensible de la concurrence sur le marché du produit clef, en l'espèce le marché de la

fourniture d'espace publicitaire : le groupage de l'espace et des services a-t-il fait obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme ou a-t-il eu quelque autre effet tendant à exclure, sur le marché de la vente d'espace? Cet argument n'a pas été mentionné dans l'argumentation orale.

Il est certes possible d'interpréter diversement le recours aux articles définis et indéfinis, mais il importe de donner à la disposition une interprétation sensée. Puisqu'en général et, certainement, en l'espace, les ventes liées supposent l'« effet de levier » du marché du produit clef au marché du produit lié, il n'est que logique d'évaluer les effets de la pratique, ou la réduction sensible de la concurrence, sur le marché cible ou le marché du produit lié.

G. MESURE DE REDRESSEMENT

L'article 77 de la Loi prévoit que le Tribunal, lorsqu'il conclut que le fournisseur du produit clef (Télé-Direct) se livre à des ventes liées, il peut, par ordonnance « interdire [au fournisseur] de pratiquer désormais [...] les ventes liées... ».

Pour interdire à Télé-Direct de poursuivre la pratique des ventes liées, il faut l'obliger à dégroupier le produit clef, l'espace publicitaire, et le produit lié, les services publicitaires relativement aux comptes visant six, sept ou huit marchés. Le « dégroupage » peut prendre la forme de prix distincts : Télé-Direct pourrait fixer des tarifs différents pour l'espace et pour les services; il peut également s'effectuer en élargissant la définition de comptes ouvrant droit à

commission pour permettre aux clients présents sur six, sept ou huit marchés d'avoir recours aux services d'un agent rémunéré à un taux équitable de commission.

Quoique le Tribunal n'exclue pas la possibilité que des annonceurs achètent de l'espace publicitaire à Télé-Direct (au prix distinct prévu pour l'espace), puis paient des honoraires distincts pour les services, à Télé-Direct ou à un agent, il est d'avis que ce scénario est improbable. La prédominance de Télé-Direct sur le marché de la publication et en matière d'accréditation des agents entraîne des conséquences pratiques autorisant à penser qu'une ordonnance de « dégroupage » ne modifiera pas beaucoup le fonctionnement de ce marché, sauf pour inclure dans le marché des comptes ouvrant droit à commission les comptes visant six, sept ou huit marchés. Les annonceurs qui souhaitent utiliser les services de Télé-Direct continueraient à acheter espace et services auprès d'elle à un seul prix.

Du fait de la nature spécialisée de l'industrie des Pages Jaunes, les défenderesses accordent beaucoup d'importance à l'accréditation, et le directeur et ses témoins, M^{me} McIlroy et le professeur Slade par exemple, sont de cet avis. Ainsi, Télé-Direct serait justifiée de demander que les services, y compris le placement de commandes, soient prodigués exclusivement par des fournisseurs accrédités. Pour dégroupier les produits, il n'est pas nécessaire d'offrir aux annonceurs la possibilité d'entrer directement en communication avec Télé-Direct pour placer leurs commandes s'ils ne veulent pas utiliser les services de Télé-Direct. Ils peuvent s'adresser à Télé-Direct pour acheter l'espace publicitaire et les services ou bien se procurer les services auprès d'un agent et, par l'intermédiaire de l'agent, acheter de l'espace à Télé-Direct. C'est

pourquoi le Tribunal est d'avis qu'en toute probabilité, l'organisation structurelle en place aujourd'hui serait maintenue, modifiée dans la seule mesure où les agents pourraient livrer concurrence à Télé-Direct en matière de services, à l'égard des comptes visant six, sept ou huit marchés.

L'interdiction de pratiquer les ventes liées, toutefois, n'emporte pas l'obligation pour Télé-Direct de verser une commission déterminée aux agents. Il appartiendra à Télé-Direct de déterminer la commission qu'elle versera. Les taux de commission pourraient être identiques pour tous les comptes ou varier. L'interdiction, toutefois, suppose que Télé-Direct ne peut demander pour l'espace et les services ensemble un prix qui, par rapport à celui auquel elle vend l'espace aux clients représentés par des agents (c'est-à-dire, le prix pour l'espace et les services ensemble moins la commission versée à l'agent), constitue une incitation à se procurer les services auprès de Télé-Direct plutôt qu'auprès d'un agent, ce qui équivaldrait à poursuivre la pratique des ventes liées. Autrement dit, elle ne peut gonfler artificiellement le prix de l'espace vendu aux clients d'agents (ou réduire artificiellement la commission payée aux agents) de telle sorte que l'espace ne soit pas réellement disponible séparément. Télé-Direct ne peut rendre irréalisable économiquement l'achat d'espace auprès d'elle et de services auprès d'un agent parce que, alors, l'espace coûte effectivement plus cher que si l'annonceur se procurait les services auprès de Télé-Direct.

Les agents intervenants (et, subsidiairement, le directeur) affirment que le Tribunal devrait ordonner à Télé-Direct de verser au moins une commission de 15 p. 100. Bien qu'ils aient

soumis cette proposition pour le cas où le Tribunal conclurait à l'existence de ventes liées sur tout le marché de la publicité dans les annuaires Pages Jaunes de Télé-Direct, ce taux de commission s'appliquerait, compte tenu de notre conclusion selon laquelle cette pratique n'existe pas pour la publicité visant moins que six marchés, aux comptes visant six, sept ou huit marchés desservis par des agents. Le Tribunal n'aurait rien à redire à ce que Télé-Direct verse une commission minimale de 15 p. 100 pour se conformer volontairement à l'ordonnance interdisant les ventes liées. Ce taux est attesté par des précédents et est bien accepté par l'industrie de la publicité. Il semble être une « moyenne » raisonnable qui, si Télé-Direct décidait de l'appliquer, serait plus simple à administrer que des taux variables pour les comptes visant six, sept ou huit marchés.

Toutefois, selon nous, il n'entre pas dans les attributions conférées au Tribunal par l'article 77 de la Loi, relativement aux ventes liées, pas plus qu'il ne relève de sa compétence générale aux termes de l'article 8 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*²¹⁰, de fixer un taux de commission. Le Tribunal n'est pas un organisme d'établissement de taux; il s'agit là d'une fonction qui suppose une supervision réglementaire continue allant à l'encontre des objectifs de la politique de concurrence. En ordonnant une telle mesure de redressement, le Tribunal s'obligerait à réviser le taux. Il ne peut, en effet, assujettir Télé-Direct et les agents à un taux fixé à perpétuité, et la solution de rechange de la régulation continue du taux n'entre tout simplement pas, à notre avis, dans le mandat du Tribunal. Il est vrai que le Tribunal a prononcé une ordonnance par consentement prescrivant le versement d'une commission de 25 p. 100 relativement aux comptes nationaux, mais cette ordonnance avait une durée limitée et a été

²¹⁰ L.R.C. 1985 (2^e suppl.), c. 19.

rendue par consentement. Elle ne saurait justifier le passage au processus réglementaire général qu'implique la fixation d'un taux pour une période indéfinie dans une affaire contestée.

Le Tribunal, dans son ordonnance, interdira donc à Télé-Direct de lier ses services de publicité à l'espace publicitaire relativement aux comptes visant six, sept ou huit marchés. Si Télé-Direct devait décider de se conformer à l'ordonnance en s'entendant avec les agents accrédités sur le versement d'une commission au taux minimal de 15 p. 100, le Tribunal considérerait cela comme une modalité acceptable d'exécution de l'ordonnance. Télé-Direct peut également établir des prix distincts pour l'espace et pour les services ou appliquer à ces comptes un régime de commissions comportant un ou des taux appropriés. Si elle continue de vendre ensemble l'espace et les services, le prix demandé pour le tout ne peut être tel, en comparaison du prix établi pour l'espace séparément, qu'il continue à lier l'espace aux services au moyen d'une incitation offerte aux clients qui prennent les services de Télé-Direct. L'ordonnance précisera que les parties peuvent demander au Tribunal d'interpréter les dispositions de celle-ci ou de formuler des directives, si elles l'estiment nécessaire au respect de celle-ci.

IX. ABUS DE POSITION DOMINANTE

A. INTRODUCTION

Pour plus de commodité, voici, encore une fois, le texte du paragraphe 79(1) de la Loi, portant sur l'abus de position dominante :

Lorsque, à la suite d'une demande du directeur, il conclut à l'existence de la situation suivante :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
 - b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;
 - c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,
- le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

Dans les autres affaires d'abus de position dominante soumises au Tribunal, un seul marché était en cause mais, en l'espèce, le directeur formule deux allégations d'abus de position dominante, l'une portant sur le marché de la fourniture d'espace publicitaire et l'autre, sur celui de la fourniture des services publicitaires.

Il affirme d'une part que les défenderesses exercent une puissance commerciale sur le marché de la fourniture d'espace dans les annuaires téléphoniques, soit le marché de la publication d'annuaires, et qu'elles se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans ce marché. Cette allégation vise la façon dont les défenderesses ont réagi à l'entrée sur les marchés locaux d'éditeurs d'annuaires à grande aire de distribution, principalement à l'entrée de White dans la région de Niagara et à celle de DSP dans celle de Sault-Sainte-Marie.

Il soutient d'autre part que les défenderesses exercent une puissance commerciale sur le marché de la fourniture de services de publicité-annuaire ou, subsidiairement, qu'elles reportent leur puissance commerciale sur le marché de l'espace publicitaire sur celui des services publicitaires, et qu'elles se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans ce dernier marché. Au nombre des agissements anticoncurrentiels qui, d'après lui, forment la pratique reprochée, figurent des agissements visant les agents et d'autres visant les consultants. Par exemple, le groupage de l'espace et des services (les règles restrictives en matière de commission aux agents), qui fonde l'allégation de ventes liées, fait partie des prétendus agissements anticoncurrentiels, de même que le refus de Télé-Direct de traiter avec les consultants.

B. FAÇON D'ABORDER L'ANALYSE FONDÉE SUR L'ARTICLE 79

Dans l'examen des allégations formulées en l'espèce, il ne faut pas perdre de vue l'objet de l'article 79. Personne ne conteste que cette disposition ne condamne pas la simple possession d'une puissance commerciale. Son objet est plutôt de faire en sorte que les entreprises dominantes livrent une saine concurrence, non fondée sur l'abus de leur puissance commerciale²¹¹. Comme le directeur l'a signalé, un tel abus comprend la préservation et l'augmentation de la puissance commerciale²¹². Il ne serait pas dans l'intérêt public d'empêcher des entreprises, même dominantes, de s'efforcer de livrer une saine concurrence ou de leur faire

²¹¹ Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide*, Approvisionnement et Services Canada, décembre 1985.

²¹² *NutraSweet*, *supra* note 4 à la p. 91.

obstacle. Le Tribunal ne saurait interdire des actes concurrentiels, même « durs »; seuls les agissements anticoncurrentiels peuvent être prohibés. Malheureusement, il n'est pas facile de distinguer la saine concurrence d'un comportement anticoncurrentiel, comme l'a déjà fait remarquer le Tribunal²¹³.

Le Tribunal a statué, dans l'affaire *NutraSweet*, que la liste d'agissements anticoncurrentiels dressée à l'article 78 n'est pas exhaustive. Il a jugé que ces agissements ont comme caractéristique commune « d'avoir un but particulier », savoir d'entraîner un « effet négatif intentionnel sur un concurrent [...] [effet qui] doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas »²¹⁴. C'est dans l'affaire *D & B* que le Tribunal a décrit le plus récemment la façon d'aborder l'évaluation du caractère anticoncurrentiel d'agissements :

... pour déterminer si de prétendus agissements anticoncurrentiels sont visés à l'article 78, le Tribunal doit effectuer une « évaluation de la nature et de l'objet des agissements qui sont réputés anticoncurrentiels, de même que des répercussions qu'ils ont ou qu'ils sont susceptibles d'avoir dans le marché pertinent ». L'analyse requise tient compte des intérêts commerciaux des deux parties en ce qui concerne les agissements en cause et de la limitation de la concurrence qui en résulte. Il ressort de la décision *Laidlaw* que, même si une telle preuve peut exister dans un cas donné, le directeur n'a pas à prouver l'intention subjective du défendeur de restreindre la concurrence sur le marché pertinent. La partie défenderesse est présumée avoir voulu les conséquences de ses actes²¹⁵. [Renvois omis.]

Le Tribunal doit déterminer quel est l'« objet » des agissements que l'on prétend anticoncurrentiels. L'« objet » englobe davantage, dans ce contexte, que la simple intention

²¹³ *Laidlaw*, supra note 33 à la p. 95.

²¹⁴ *NutraSweet*, supra note 4 à la p. 65.

²¹⁵ *D & B*, supra note 31 à la p. 75.

subjective de la défenderesse. Ainsi que l'a souligné l'avocat du directeur, il pourrait être plus approprié de parler de la nature générale des agissements en cause.

Le Tribunal doit, après avoir pris en considération et pesé tous les facteurs pertinents, déterminer si, tout bien considéré, les agissements visent « l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas ». Au nombre des facteurs pertinents figurent la preuve des effets des agissements, celle de toute justification commerciale et celle de l'intention subjective, laquelle peut, même si elle n'est pas nécessaire, éclairer l'évaluation de la totalité de la preuve. La « justification commerciale » doit être « plausible » et être « liée à l'efficacité ou proconcurrentielle »²¹⁶. En outre, elle doit s'évaluer « en fonction des effets anticoncurrentiels pour établir l'objectif prépondérant »²¹⁷ des agissements reprochés :

... Toutefois, la seule preuve d'une *quelconque* fin commerciale légitime peut difficilement justifier une conclusion selon laquelle il n'y a pas d'agissements anticoncurrentiels. Tous les facteurs connus doivent être pris en considération pour déterminer la nature et la fin des agissements que l'on prétend être anticoncurrentiels²¹⁸.

Les défenderesses avancent, au sujet de la nature d'agissements anticoncurrentiels, plusieurs arguments qui, pour elles, sont des questions de droit que doit trancher le Tribunal. L'un d'eux, qui revêt une pertinence particulière pour le marché de la publication, énonce que certaines pratiques relèvent de la « saine concurrence » et ne peuvent jamais constituer des agissements anticoncurrentiels. Elles formulent autrement cet argument en disant qu'un

²¹⁶ *Ibid.* à la p. 83.

²¹⁷ *Ibid.* à la p. 85.

²¹⁸ *Ibid.* à la p. 91.

comportement objectivement concurrentiel ne peut constituer une pratique anticoncurrentielle.

Un comportement « objectivement concurrentiel » est, pour elles, une conduite qu'une entreprise non dominante aurait eu dans des circonstances similaires²¹⁹. Appliquant cet argument aux allégations particulières visant le marché de la publication, les défenderesses soutiennent que le directeur ne peut prétendre, par exemple, que « l'absence de majoration de prix » est anticoncurrentielle, car des entreprises en concurrence y ont parfois recours ou vont même jusqu'à diminuer les prix.

Le Tribunal n'a rien à redire à l'affirmation selon laquelle l'article 79 ne vise pas à empêcher les entreprises dominantes de livrer une saine concurrence. Il doute, toutefois, qu'il soit possible de dresser dans l'abstrait une liste d'agissements « objectivement concurrentiels » qui ne pourraient jamais, par conséquent, susciter l'application de l'article 79. La concurrence en matière de prix est certainement l'un des signes à quoi l'on reconnaît un marché concurrentiel. Pourtant, même le fait de « couper les prix » ne saurait écarter de façon absolue un examen sous le régime de l'article 79, parce qu'il peut s'agir d'une pratique d'éviction. Selon le Tribunal, il sera toujours nécessaire d'analyser les faits de chaque cas pour déterminer si, dans les circonstances qui lui sont particulières, la pratique est anticoncurrentielle. Tous les facteurs pertinents doivent être pris en considération pour déterminer si, dans les circonstances, une action donnée relève de la saine concurrence ou constitue une pratique anticoncurrentielle. Il ne peut s'agir d'une question de droit à trancher dans l'abstrait.

²¹⁹ _ Elles s'appuient principalement sur la décision *Clear Communications Ltd. v. Telecom Corp. of New Zealand* (1994), 174 N.R. 266 (C.P.).

C. MARCHÉ DE L'ESPACE PUBLICITAIRE - PUBLICATION

1) Faits

Il a déjà été question des éditeurs indépendants DSP et White à divers endroits des présents motifs, principalement au chapitre « VII. Contrôle : puissance commerciale ». Voici un résumé des faits pertinents les concernant, auxquels nous en ajoutons quelques nouveaux.

Depuis 1993, DSP publie un annuaire de pages blanches et de petites annonces couvrant Sault-Sainte-Marie, Elliot Lake et Wawa dans le Nord-Ouest de l'Ontario. En janvier 1994, DSP est devenue une division de Southam Inc., mais elle est encore exploitée d'une façon largement indépendante des journaux de la société dans la région. Télé-Direct publie trois annuaires distincts pour les régions couvertes par l'annuaire de DSP.

L'annuaire canadien de DSP se combine à un annuaire correspondant couvrant le secteur Sault Ste. Marie au Michigan; la partie américaine est réalisée par Noverr Publishing Inc. (« Noverr ») qui publie plusieurs annuaires dans l'État du Michigan.

White publie des annuaires (Niagara Falls, St. Catharines et Fort-Érié) qui font concurrence aux annuaires de Télé-Direct dans la région de Niagara au Canada. Elle a, elle aussi, commencé à publier au Canada en 1993. Il s'agit d'une filiale en propriété exclusive de la société américaine White Directory Publishers, Inc., société privée contrôlée par la famille Lewis. La

société américaine a débuté en 1968 par la publication d'un annuaire de petites annonces (uniquement des pages jaunes) dans la région de Buffalo. Elle a par la suite ajouté à ses publications un annuaire de pages blanches puis, dans la seconde moitié des années 1980 et au début des années 1990, d'autres annuaires contenant à la fois des pages blanches et des petites annonces, publiés dans d'autres régions des États de New York et de Pennsylvanie. Après être entrée au Canada, White a poursuivi son expansion aux États-Unis, en 1994 et 1995, dans les États de Floride et de Caroline du Nord.

DSP et White ont toutes deux commencé par publier des « prototypes » d'annuaires au Canada, DSP au mois de janvier 1993 et White aux mois de novembre et de décembre 1993²²⁰. Le premier annuaire à revenus de DSP a été publié au mois de novembre 1993. Quant à White, elle a commencé à solliciter pour réaliser son premier annuaire à revenus à la fin de 1993 et a poursuivi sa campagne en 1994. L'annuaire est paru à la fin de 1994.

White et DSP ont dû générer des listes d'abonnés pour produire leurs annuaires de pages jaunes et de pages blanches. Comme il en a été question déjà, elles ne disposaient pas, au moment de leur entrée, d'un accès direct commercialement viable aux listes d'abonnés, malgré la décision rendue par le CRTC en 1992. Elles ont dû utiliser les annuaires les plus récents de Télé-Direct, saisir de nouveau les données, puis vérifier et mettre à jour chaque inscription.

²²⁰ Dans un prototype, les entreprises peuvent annoncer gratuitement. Le prototype sert à donner de la crédibilité au projet d'annuaire d'un nouvel éditeur et fournit l'occasion à ce dernier de prouver aux annonceurs qu'il est profitable d'annoncer dans l'annuaire.

Les annuaires de White et DSP présentait des caractéristiques absentes des annuaires en cours de Télé-Direct de l'une ou l'autre région, dont le service audiotex, des pages d'information communautaire, de plus gros caractères, la présentation en trois colonnes, des couleurs supplémentaires et l'inscription des codes postaux; les éditeurs publiaient en outre un exemplaire gratuit de plus petite dimension (un « mini-annuaire ») en plus de l'annuaire de dimension habituelle²²¹.

La description des deux autres marchés concurrents mentionnés par le directeur est moins détaillée. Au mois d'octobre 1994, un annuaire concurrent a été publié à Joliette (Québec) par Les Pages Soleil, une coentreprise à laquelle participait la société publiant les annuaires *Locator* en Ontario. Cet annuaire comportait lui aussi des nouveautés comme les pages d'information communautaire, les codes postaux et une présentation en seulement trois colonnes.

À Terre-Neuve, la société Unifone Files Inc. (« Unifone ») avait le projet de publier, semble-t-il en 1993 ou 1994, un annuaire couvrant toute la province, appelé *The Big Phone Book*. Télé-Direct (Services) Inc. publie sept annuaires à Terre-Neuve pour le compte de Newfoundland Tel (St. John, la région Ouest, la région Est (quatre) et le centre de la province). En plus de son aire de distribution élargie, l'annuaire d'Unifone devait être imprimé en plus gros caractères et comporter des pages d'information communautaire ainsi qu'un « mini-annuaire ». Au mois de février 1994, toutefois, Unifone n'existait plus, et elle n'a jamais publié d'annuaire.

²²¹ _ L'annuaire de DSP renfermait aussi une partie « annuaire par numéro » dans lequel les numéros des abonnés figurent en premier.

Les tarifs des deux nouveaux arrivants sur le marché pour lesquels nous disposons d'une preuve (White et DSP) étaient de 30 à 40 p. 100 meilleur marché que ceux de Télé-Direct.

Télé-Direct a réagi à ces diverses entrées sur le marché notamment en gelant des prix, en élaborant des programmes d'incitation, en faisant de la publicité et de la promotion et en apportant des améliorations aux annuaires. Elle a également intenté ou menacé d'intenter des poursuites contre les nouveaux venus sur les marchés de Sault-Sainte-Marie et de Niagara. Des détails sur ces initiatives seront donnés plus loin.

À Sault-Sainte-Marie, en 1993, Télé-Direct a gelé les prix. Sauf en 1994, où le gel des prix a visé l'ensemble du territoire de Télé-Direct, les prix augmentaient annuellement pour la vaste majorité des annuaires desservant des territoires où il n'y avait pas concurrence²²². En 1995, il n'y a pas eu de majoration de prix pour les annuaires de Sault-Sainte-Marie, de Joliette et de Niagara. Les renseignements au dossier concernant les prix de 1996 indiquent que tous les marchés ont connu une hausse de prix, y compris les marchés où il y avait concurrence.

Télé-Direct a offert des programmes d'incitation aux annonceurs de son territoire, à divers moments. Ceux qu'elle proposait dans les marchés concurrentiels différaient radicalement de ceux qui étaient offerts dans les autres marchés en ce que les mesures incitatives s'appliquaient aux annonceurs qui *renouvelaient* leur annonce *ou augmentaient* leur niveau de

²²² _ Faisaient exception les annuaires de quartiers et les régions où se produisaient des changements d'aire de distribution ou des divisions d'annuaires. À la demande d'autres compagnies de téléphone, comme Newfoundland Tel et Northern Tel, il y a également eu gel de prix dans ces annuaires en 1995.

dépenses, dans les marchés concurrentiels, et seulement à ceux qui *augmentaient* leur niveau de dépenses, dans les autres.

Le programme d'incitation appliqué à Sault-Sainte-Marie a été offert pour la première fois en 1993. Il devait initialement durer un an, mais s'est étendu sur trois ans, se terminant en 1995²²³. Un programme similaire a été offert à Niagara en 1994 et en 1995. Au moment de l'audience, aucune décision n'avait été prise au sujet de son application pour une troisième année. À Joliette, en 1995, les annonceurs renouvelant ou achetant de la publicité obtenaient une annonce de dimension immédiatement supérieure ou la couleur, le cas échéant. Le même programme était offert à Terre-Neuve, en 1994, à l'égard de quatre annuaires. M. Beauséjour, le vice-président aux finances de Télé-Direct, a confirmé que ce programme avait été mis sur pied par suite de la présence d'Unifone²²⁴.

Pour chaque marché concurrentiel, Télé-Direct a ajouté à ses annuaires des caractéristiques qui avaient été introduites par le nouveau venu. Il s'agit, pour la plupart d'entre elles, de caractéristiques assez répandues sur de nombreux marchés américains. Par exemple, les améliorations apportées par White dans son prototype canadien sont presque toutes des

²²³ La première année (1993), les annonceurs qui renouvelaient leur annonce ou en achetaient une avaient droit à la dimension immédiatement supérieure ou à la couleur, le cas échéant, sans frais supplémentaires. En 1994, tous les annonceurs qui s'étaient prévalus du programme en 1993 avaient droit à une annonce de la dimension immédiatement supérieure, à une annonce en couleur ou à un rabais de 15 p. 100 s'ils renouvelaient ou augmentaient leur publicité. Ceux qui n'avaient pas participé au programme en 1993 et les nouveaux annonceurs obtenaient un rabais de 15 p. 100. La troisième et dernière année, le programme est devenu encore plus complexe, offrant diverses options aux participants de 1994 qui renouvelaient leur annonce, en fonction de l'option qu'ils avaient choisie en 1994 (rabais, dimension supérieure ou couleur). Les non-annonceurs et les non-participants avaient encore droit à un rabais de 15 p. 100, comme également les participants de 1994 qui augmentaient leur publicité.

²²⁴ En 1995, soit après la disparition d'Unifone, les annonceurs pouvaient obtenir un rabais de 15 p. 100 s'ils augmentaient leur publicité, mais les participants de 1994 ne pouvaient y avoir droit que s'ils renouvelaient l'annonce agrandie ou en couleur.

caractéristiques usuelles sur ses marchés américains. Télé-Direct n'a généralement pas recours, pour ses autres marchés, aux éléments qu'elle a ajoutés en réaction à la concurrence.

Nous ne disposons pas de beaucoup de renseignements concernant la situation à Joliette et à Terre-Neuve sur ce point. Télé-Direct a ajouté une section d'information communautaire dans l'annuaire de Joliette. M. Renwicke pensait que les codes postaux avaient également été ajoutés. Une note de service en date d'octobre 1993 fait état d'une recommandation de Télé-Direct (Services) Inc. à l'effet d'apporter aux annuaires de Terre-Neuve [TRADUCTION] « des améliorations, en commençant par l'annuaire 1994 du centre de Terre-Neuve »²²⁵.

À Sault-Sainte-Marie, Télé-Direct a intégré dans ses annuaires des améliorations analogues à celles qu'offrait DSP, y compris la quadrichromie, les codes postaux, les pages d'information communautaire et son propre système audiotex (Pages Jaunes parlantes ou « PJP »). Elle a réagi de la même façon à l'entrée de White sur le marché de Niagara en ajoutant à ses annuaires, dans cette région, des améliorations analogues à celles de White. Toutefois, elle n'a pas introduit toutes les améliorations offertes par les nouveaux venus. Par exemple, elle n'a pas employé de plus gros caractères ni distribué de « mini-annuaires ».

Il importe, pour permettre la compréhension des allégations du directeur, de donner plus de précisions sur le système audiotex ou PJP. Il s'agit d'une technique électronique qui permet aux consommateurs utilisant des appareils de téléphone à clavier d'avoir accès à des messages

²²⁵ Pièce confidentielle CJ-87 (vol. noir n° 14), onglet 104 à la p. 134481.

audio stockés dans un ordinateur. L'éditeur inscrit dans son annuaire les codes que les consommateurs peuvent utiliser pour avoir accès aux messages portant sur divers sujets susceptibles de les intéresser. La fourniture de ce service nécessite du matériel -- les ordinateurs et les antennes paraboliques, par exemple --, ainsi que l'information qu'un fournisseur relaie aux antennes paraboliques et qui est modifiée, selon sa nature, à intervalles réguliers pendant la journée, quotidiennement ou mensuellement.

Télé-Direct a offert son premier service de PJP à Kitchener en 1988 puis, la même année, l'a étendu à Toronto et à Québec. Contrairement au service audiotex comportant la fourniture de renseignements généraux aux consommateurs sur des sujets divers, le service offert à Kitchener et à Québec portait sur des renseignements précis au sujet d'annonceurs. Le code figurait dans l'annonce et le consommateur intéressé pouvait téléphoner pour obtenir plus de détails concernant l'annonceur (des renseignements sur les prix, par exemple). Le service a été abandonné, les annonceurs n'y étant pas intéressés. À Toronto, toutefois, il est toujours offert, mais il s'agit d'un service de renseignements généraux. Depuis que Télé-Direct a introduit le service de PJP, le fournisseur auquel elle s'est adressée a été une société appelée Perception Electronic Publishing (« Perception »)²²⁶. Depuis le mois de novembre 1993, Perception est la propriété de Brite Voice Systems.

Lorsqu'elle est entrée sur le marché de Sault-Sainte-Marie avec son prototype d'annuaire, au mois de janvier 1993, DSP a proposé un service audiotex. C'était la première fois qu'un tel

²²⁶ Son ancien nom était BDR Audio Network.

service était offert dans cette région. DSP a fait appel à Perception pour la fourniture de l'information et, pendant les deux premiers mois de son existence, le service audiotex de DSP a été fortement utilisé.

Télé-Direct a instauré son service de PJP à Sault-Sainte-Marie au mois d'avril 1993, avant la publication, au mois de juin, de son annuaire 1993. Il y avait alors à peu près trois mois que DSP avait publié son prototype d'annuaire et qu'elle avait recours à Perception pour son service audiotex. Télé-Direct s'est servie de prospectus pour faire connaître aux consommateurs les codes à utiliser. C'est à peu près au moment où Télé-Direct instaurait son système de PJP que le service audiotex de DSP a commencé à se détériorer parce que l'information tardait à être mise à jour. DSP ne cessait de communiquer avec Perception pour que la mise à jour se fasse dans un délai acceptable, mais sans succès. Le service audiotex de DSP assuré par Perception est demeuré de piètre qualité jusqu'au mois de novembre 1993, c'est-à-dire en gros jusqu'à l'acquisition de Perception par Brite Voice Systems.

Télé-direct a également effectué d'importantes campagnes de publicité à Sault-Sainte-Marie et à Niagara. Il n'y a pas eu d'information détaillée à cet égard concernant les deux autres marchés concurrentiels. Par rapport à la période antérieure à l'entrée de concurrents, presque toutes les dépenses publicitaires et promotionnelles étaient nouvelles. À Sault-Sainte-Marie, Télé-Direct n'a dépensé que 50 000 \$ environ en publicité en 1992, mais elle en a consacré 215 000 \$ en 1993. En 1994, ces dépenses n'étaient plus que de 22 000 \$. À Niagara, Télé-Direct

a dépensé 43 000 \$ en 1992, 71 000 \$ en 1993 et 28 000 \$ en 1994²²⁷. En 1993, les dépenses liées à la publicité à Sault-Sainte-Marie représentaient approximativement 11 p. 100 des revenus de Télé-Direct rendus publics pour cette ville ; la même année, ces dépenses, pour Niagara, équivalaient à moins de un pour cent des revenus rendus publics.

Une autre circonstance ayant rapport avec les allégations du directeur au sujet des éditeurs est la poursuite que Télé-Direct a intentée contre DSP au mois de mai 1993, par laquelle elle l'accusait d'avoir, avec son prototype d'annuaire, usurpé le logo des doigts qui marchent et porté atteinte aux droits d'auteur de Télé-Direct sur les annonces parues dans l'annuaire de cette dernière. Au printemps de 1995, Télé-Direct a avisé DSP qu'elle tenterait également des poursuites à l'égard des annuaires 1994 et 1995 de DSP. Au moment de l'audience, la poursuite était parvenue au stade de la communication préalable. Un représentant de Télé-Direct avait fait l'objet d'un interrogatoire préalable, et l'interrogatoire préalable du représentant de DSP était prévu pour novembre 1995.

Bien que White n'ait pas été poursuivie, Télé-Direct n'a pas manqué de faire savoir à celle-ci au début de 1993 qu'elle défendrait avec vigueur ses marques de commerce et ce qu'elle estimait constituer ses droits d'auteur à l'égard des annonces publiées dans les annuaires Télé-Direct. Plus particulièrement, elle a avisé White que celle-ci ne pouvait se servir, pour créer le premier annuaire de White, du texte, de la feuille de disposition ou du graphisme de l'annonce existant dans l'annuaire courant de Télé-Direct.

²²⁷ Pièce R-152.

2) Contrôle d'une catégorie ou espace d'entreprises

Le Tribunal a déjà conclu que le marché pertinent du produit est la fourniture de publicité-annuaire et que les marchés géographiques pertinents sont locaux par nature. Il a également jugé que Télé-Direct exerce une puissance commerciale sur ces marchés. Il est convaincu, par conséquent, que Télé-Direct exerce une puissance commerciale sur le marché de la fourniture d'espace publicitaire ou de la publication d'annuaires téléphoniques et que, partant, elle contrôle cette entreprise sur les marchés géographiques pertinents.

3) Pratique d'agissements anticoncurrentiels

a) Allégations - Actes de procédures

La demande modifiée du directeur énonce, au paragraphe 65, que les agissements suivants constituent ensemble une pratique d'agissements anticoncurrentiels visant le marché de l'espace publicitaire ou celui de la publication qui entraîne une diminution sensible de la concurrence dans ce marché :

[TRADUCTION]

...

g) elles offrent des réductions de prix et d'autres rabais visant précisément les marchés dans lesquels des éditeurs concurrents sont entrés ou sont en train d'entrer;

h) elles incitent, directement ou indirectement, les agences de publicité à refuser de placer des annonces dans des annuaires téléphoniques publiés par des éditeurs concurrents ou font autrement de la discrimination contre ces éditeurs

ou elles font en sorte que les agences de publicité indépendantes agissent de façon discriminatoire à l'égard de ceux-ci;

i) elles tiennent des propos désobligeants au sujet des nouveaux venus sur le marché.

Dans son argumentation, le directeur ne mentionne pas les agissements décrits à l'alinéa

i). Il rassemble, sous le titre « *Otherwise Discriminating between Publishers* » (autres actes de discrimination entre éditeurs) de son argumentation écrite, les éléments de preuve relatifs à la politique des défenderesses consistant à ne pas tenir compte des annuaires d'éditeurs concurrents relativement à l'exigence de la parution dans vingt annuaires, applicable de par la définition d'un compte national. Sous le titre « *Targeting/Raising Rivals' Costs* » (ciblage/augmentation des coûts des rivaux), il fait état de diverses réactions des défenderesses à l'entrée d'éditeurs concurrents sur les marchés locaux de Joliette (Québec), Terre-Neuve, Niagara et Sault-Sainte-Marie, qu'il qualifie d'agissements anticoncurrentiels en raison de leur nature, de leur objet et de leur intensité. Les agissements mentionnés sont l'absence de majoration de prix, les programmes d'incitation, les dépenses de publicité et de promotion, l'ajout d'améliorations aux annuaires, l'interférence avec la fourniture du service audiotex de DSP et les poursuites ou menaces de poursuites.

Les défenderesses font valoir que les allégations portant sur les améliorations apportées aux annuaires, sur les dépenses promotionnelles et sur les poursuites ou menaces de poursuites ne figurent pas dans les actes de procédure et que le directeur ne peut s'en prévaloir.

Personne ne conteste que les éléments de preuve et l'argumentation présentés par le directeur sur cette question doivent prendre assise sur le libellé même des actes de procédure ou sur ce qui peut raisonnablement s'en inférer. C'est un lieu commun que de dire que les actes de procédure ont pour objet de définir les questions en litige, d'aviser dûment chaque partie de la position de la partie adverse et d'aider le juge à examiner les allégations et à statuer sur elles. Lorsque, comme en l'instance, ce n'est qu'au cours de l'argumentation finale que la portée de la demande est soulevée, le Tribunal convient avec le directeur que la procédure interlocutoire, la communication préalable et le déroulement de l'audience peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer quelles étaient, selon les *parties*, les questions soulevées par les actes de procédure. Rien n'oblige le Tribunal à examiner les actes de procédure sans contexte.

i) Améliorations

La demande ne fait pas explicitement état des améliorations apportées aux annuaires. Toutefois, White a mentionné au paragraphe 9 de sa demande d'autorisation d'intervenir, les questions en litige qui la touchent et parmi lesquelles figure à l'alinéa e) :

[TRADUCTION]

l'offre d'améliorations (pages d'information communautaire, système audiotex et codes postaux) aux régions où la concurrence existe ou se prépare...

Ainsi que le Tribunal l'a signalé dans les motifs autorisant l'intervention, les défenderesses n'ont pas élevé d'objection à l'intervention, elles se sont simplement opposées à ce que White ait le droit de présenter des observations concernant des questions qui, selon elles, ne relevaient pas de la demande présentée par le directeur. Les défenderesses ont soutenu que les

observations d'un intervenant devaient se rapporter à l'instance telle que la définissaient les actes de procédure des parties. Le Tribunal a souscrit à cette opinion. Les questions soulevées dans l'intervention de White qui, selon les défenderesses, ne relevaient pas de la demande, portaient sur six éléments parmi lesquels l'alinéa e) « améliorations » ne figurait pas. Le Tribunal a exclu de l'intervention quatre questions qui, d'après lui, n'étaient pas appuyées par la demande.

Si les défenderesses estimaient réellement que la question des améliorations ne relevait pas de la demande telle qu'elle était circonscrite dans les actes de procédure, elles auraient alors contesté cette partie de la demande d'intervention de White. En effet, la question de savoir ce qui était étayé ou non par les actes de procédure relativement aux agissements anticoncurrentiels visant les éditeurs indépendants a été abordée directement lors de l'audition de la demande d'intervention. Il faut donc conclure que si les défenderesses ne se sont pas opposées à l'alinéa e), c'est qu'elles considéraient que la question des améliorations était visée par les actes de procédure.

Il ne s'est rien produit non plus, après l'audition de la demande d'intervention, qui aurait pu mener à une autre conclusion. Le directeur a demandé que des documents soient produits et a posé des questions en interrogatoire préalable au sujet des améliorations. Les défenderesses ont finalement produit les documents pertinents sans objection²²⁸. Le directeur avance que ce « retournement » de Télé-Direct sur la question des améliorations vise à expliquer après le fait sa

²²⁸ Pour un examen plus complet de cette question, voir plus loin « b) Agissements anticoncurrentiels reprochés », « ii) Ciblage/augmentation des coûts des rivaux » de la présente section sur l'abus de position dominante dans le marché de la publication.

production tardive d'une boîte complète de documents ayant rapport à ses réactions sur les marchés où il y avait concurrence. Le directeur a présenté des éléments de preuve sur les améliorations sans susciter d'objections, et les défenderesses elles-mêmes ont soumis des éléments de preuve à ce sujet. Télé-Direct ne peut, maintenant, modifier la position qu'elle a adoptée au cours de la procédure interlocutoire et maintenue pendant la communication préalable et l'audience, jusqu'au début de son argumentation finale. Toute l'affaire s'est déroulée en tenant pour acquis que la question des améliorations apportées aux annuaires avait été convenablement soulevée. Le Tribunal en est donc dûment saisi.

ii) Dépenses de publicité et de promotion

La question des dépenses de publicité et de promotion, contrairement à celle des améliorations, n'a pas été abordée explicitement au cours de l'audition de la demande d'intervention de White. Si l'on s'en tenait au seul libellé des actes de procédure, il serait possible de douter qu'il permette de soumettre cette allégation. Ici aussi, toutefois, la conduite des parties nous éclaire beaucoup sur la question de savoir si elles considéraient que les dépenses promotionnelles étaient incluses dans l'allégation d'agissements anticoncurrentiels. À n'en pas douter, elles le pensaient. À l'étape de la communication préalable, le directeur a abordé ce point en interrogatoire préalable et a demandé la production de documents à son sujet. L'avocat du directeur l'a mentionné dans son exposé introductif. Le directeur a soumis des éléments de preuve principale sur la question et les défenderesses ont présenté une contre-preuve. Le Tribunal est donc dûment saisi de cette question.

iii) Poursuites et menaces de poursuites

L'avocat des défenderesses a fait remarquer que le directeur ne demandait aucune mesure de redressement particulière visant les poursuites. L'avocat du directeur n'a pas relevé l'argument des défenderesses selon lequel les poursuites et menaces de poursuites n'avaient pas été plaidées. Dans son argumentation quant au fond, toutefois, le directeur a soutenu que ce point faisait partie des agissements anticoncurrentiels de « ciblage » et d'« augmentation des coûts des rivaux ».

Le libellé des actes de procédure n'inclue pas distinctement une telle notion. L'alinéa 65 h) de la demande originale faisait état d'une pratique anticoncurrentielle par laquelle les défenderesses [TRADUCTION] « menacent d'intenter ou intendent des poursuites judiciaires pour limiter l'accès des fournisseurs concurrents d'espace publicitaire aux listes de renseignements sur les abonnés ou leur utilisation de ces listes ». Le directeur a, par la suite, retiré cette allégation, mais il en a été question, comme pour les dépenses promotionnelles, dans la preuve et dans l'argumentation. Du fait du retrait de la mention des poursuites et menaces de poursuites dans les actes de procédure du directeur, la position des défenderesses sur ce point est plus solide qu'elle ne l'était sur les autres. Il n'est pas nécessaire, toutefois, de trancher cette question sur des motifs procéduraux. Comme nous le verrons, le Tribunal n'est pas convaincu qu'en l'espèce, l'argument voulant que les poursuites ou menaces de poursuites constituent un comportement anticoncurrentiel soit bien fondé.

b) Agissements anticoncurrentiels reprochés

- i) Inciter les agences à refuser de placer des annonces auprès d'indépendants

Les annuaires des éditeurs indépendants ne sont pas comptés pour ce qui est de l'exigence de la parution dans vingt annuaires faisant partie de la définition des comptes ouvrant droit à commission que Télé-Direct a élaborée en 1993. Le directeur prétend que la politique de Télé-Direct en cette matière fait en sorte que les RCA ne recommandent pas les annuaires indépendants aux annonceurs alors qu'ils le feraient si ces annuaires pouvaient compter dans la détermination du droit à une commission. Elle a donc pour effet de priver les indépendants de revenus qu'ils pourraient autrement toucher.

Le directeur s'appuie sur le témoignage de M. Lewis, de White, comparant le placement d'annonces par les RCA dans ses annuaires, au Canada et aux États-Unis. Les éditeurs américains, contrairement à Télé-Direct, tiennent compte de la parution d'annonces dans l'annuaire de tout autre membre de la YPPA pour déterminer si un compte donne droit à une commission. White est membre de la YPPA, par conséquent les annonces publiées dans ses annuaires comptent, aux États-Unis, pour ce qui est de l'exigence de la parution dans un nombre minimal d'annuaires. M. Lewis a témoigné qu'aux États-Unis, huit pour cent des revenus que White tire des annonces proviennent des RCA tandis qu'au Canada ce pourcentage n'est que de 0,5 p. 100.

Les défenderesses soutiennent que ce témoignage seul n'établit pas l'existence nécessaire de l'effet d'exclusion. Elles contestent la validité de la comparaison, parce que White exploite son

entreprise aux États-Unis depuis beaucoup plus longtemps et qu'elle y est donc plus établie qu'au Canada. Elles invoquent aussi le témoignage de Stéphanie Crammond de Media Nexus, une agence spécialisée dans la publicité dans les Pages Jaunes, selon lequel, si elle faisait confiance aux chiffres avancés par les indépendants relativement à la distribution de leurs annuaires, elle envisagerait de placer de la publicité dans ces annuaires. De la même façon, Richard Clark, de DAC, a déclaré, relativement aux annuaires indépendants, qu'il avait pour principe d'« attendre de voir » s'ils se maintenaient et de prendre ensuite une décision en fonction des annuaires les plus utilisés. Il a signalé qu'en règle générale les annuaires de compagnies de téléphone sont les plus utilisés et que, si un annuaire concurrent est utilisé, c'est habituellement à titre subsidiaire, le gros du budget de publicité étant attribué aux annuaires des compagnies de téléphone.

Tout bien pesé, l'argument du directeur ne convainc pas le Tribunal. Certes, les considérations financières ne peuvent manquer d'influer sur les recommandations que les agences font à leurs clients, mais le directeur laisse entendre que les agences ne sont mues que par les commissions et sont prêtes à compromettre la qualité de leurs conseils en omettant les bons annuaires indépendants dans leurs recommandations simplement parce que les annonces placées dans ces annuaires ne contribueraient pas à l'admissibilité du compte au versement d'une commission par Télé-Direct. Le directeur devant par ailleurs prouver, relativement aux agences, qu'elles remplissent notamment un rôle de conseil indépendant à l'égard des annonceurs et qu'elles constituent donc une solution de rechange valable au personnel de vente captif de Télé-Direct, il semble quelque peu incohérent qu'il veuille à présent laisser entendre qu'elles ne

fourniraient pas de bons conseils. En outre, cela mis à part, les éditeurs indépendants versent bien sûr leur propre commission relativement aux annonces placées dans leurs annuaires.

Les décisions des agents, en matière de recommandation d'annuaires à leurs clients, font intervenir d'autres facteurs que les critères de Télé-Direct. Comme l'indique le témoignage de M. Clark, si les éditeurs indépendants ne reçoivent pas beaucoup de commandes de la part d'agences, c'est en grande partie parce que Télé-Direct étant l'éditeur établi, il y a rarement un choix à faire *entre* l'annuaire de Télé-Direct et celui de l'éditeur indépendant dans une région donnée. L'agence recommandera plutôt, en général, de prendre l'annuaire de Télé-Direct comme annuaire principal, parce que son utilisation est répandue et, ensuite, s'il y a encore des fonds disponibles, elle recommandera d'annoncer *aussi* dans l'annuaire indépendant.

En résumé, le Tribunal ne saurait accepter l'affirmation voulant que la politique de parution dans vingt annuaires appliquée par Télé-Direct dissuade les agences de recommander des annuaires indépendants.

Le paragraphe 590 de l'argumentation écrite des défenderesses, aux termes duquel, juridiquement, [TRADUCTION] « il ne peut être anticoncurrentiel pour une entreprise dominante de refuser d'aider un concurrent », appelle une dernière observation. Le Tribunal souscrit au principe général selon lequel une entreprise n'est pas et ne devrait pas être tenue d'« aider » ses concurrents. Les défenderesses, toutefois, ajoutent un élément à ce principe lorsqu'elles plaident que :

[TRADUCTION]

Les agissements anticoncurrentiels énumérés à l'article 78 exigent tous que l'entreprise dominante *fasse activement quelque chose [...] Le refus d'aider ou l'omission de faire quelque chose ne saurait constituer des agissements énumérés... [Non mis en évidence dans l'original.]*

Bien que les défenderesses n'aient pas présenté cet argument en rapport avec l'allégation précise examinée ici (ou, du reste, en rapport avec aucune allégation déterminée), il semble certainement avoir quelque pertinence pour la question de savoir si Télé-Direct devrait être tenue de reconnaître que la publicité placée dans des annuaires indépendants contribue à la satisfaction de l'exigence de la parution dans vingt annuaires appliquée au droit à une commission. Nous le répétons, en règle générale, les concurrents ne devraient pas être tenus à une obligation d'assistance mutuelle. Mais ce principe général peut se révéler inapplicable lorsque le directeur, dans une demande fondée sur l'article 79, prouve que les « agissements » en cause présentent les éléments énoncés dans la disposition et sont des agissements anticoncurrentiels ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. L'ordonnance que pourrait alors rendre le Tribunal sous le régime du paragraphe 79(1) serait donc, par nature, une ordonnance enjoignant de mettre fin au comportement anticoncurrentiel et non d'« aider » un concurrent.

Par conséquent, il ne suffit pas, dans des circonstances comme celles de l'espèce, de plaider le principe général. Il n'est pas concluant de simplement employer, pour qualifier les prétendus « agissements » anticoncurrentiels, les mots « faire quelque chose » (actif) ou « ne pas faire quelque chose » (passif). Les effets anticoncurrentiels de la conduite des défenderesses, qu'elle soit « active » ou « passive », doivent être mis en balance avec toute justification commerciale pour permettre de tirer une conclusion quant à l'existence d'une diminution sensible

de la concurrence. Ceci ne peut se faire qu'en rapport avec la preuve. Sur ce point, Télé-Direct n'a fait que se réclamer du principe général.

ii) Ciblage/augmentation des coûts des rivaux

· Réaction de Télé-Direct

Avant d'examiner la preuve, il s'impose de déterminer ce que le directeur veut dire lorsqu'il allègue que « le ciblage et l'augmentation des coûts des rivaux » sont des agissements anticoncurrentiels. Les auteurs s'intéressent de plus en plus à la question de l'« augmentation des coûts des rivaux » (« ACR »). Ils la décrivent comme un moyen de parvenir à la puissance commerciale qui ressemble à la pratique de prix d'éviction, mais en plus fiable, parce que qu'il ne dépend pas de coupures de prix à court terme excédant la maximisation des bénéfices suivies d'une récupération. Il n'est pas nécessaire avec l'ACR de chercher à expulser les rivaux; ce moyen ne requiert pas d'avoir les « coffres bien garnis », et il permet de réaliser immédiatement des bénéfices supplémentaires²²⁹. La stratégie consiste habituellement à faire croître les coûts des rivaux en élevant le prix de ressources rares, ce qui a pour effet de réduire la production de ces rivaux²³⁰. Autrement dit, il se produit relativement rapidement une diminution de production dans le marché visé. Seuls deux éléments des agissements décrits par le directeur paraissent ressembler un tant soit peu à cette description de l'ACR : l'affaire de l'audiotex et les poursuites

²²⁹ T.G. Krattenmaker et S.C. Salop, « Competition and Cooperation in the Market for Exclusionary Rights » (1986) 76:2 Amer. Econ. Rev. 109.

²³⁰ D.T. Scheffman, « The Application of Raising Rivals' Costs Theory to Antitrust » (1992) 37 Antitrust Bulletin 187.

ou menaces de poursuites. Comme nous le verrons, les autres actions de Télé-Direct ayant trait à l'établissement des prix, aux programmes d'incitation et à la publicité n'ont pas provoqué de réduction de la production dans les marchés en cause. Les facteurs en jeu dans l'ACR sont de peu d'utilité dans l'évaluation des allégations relatives à ces réactions de Télé-Direct sur les marchés concurrentiels ou à l'aspect « ciblage » de ces agissements.

Le directeur n'a pas tenté d'expliquer d'une façon le moins détaillée ce qu'il entendait pas ciblage, considérant peut-être que le terme se passait d'explications. Pourtant, tant s'en faut qu'il s'agisse d'une notion répandue en droit de la concurrence et, bien que le Tribunal n'ait aucune raison de décourager les nouvelles façons de circonscrire des comportements potentiellement anticoncurrentiels pouvant être visés par l'article 79, il lui paraît très difficile d'appliquer la notion de ciblage. Distinguer entre les pratiques anticoncurrentielles et la concurrence normale n'est jamais une opération facile. Les conduites examinées peuvent être généralement bénignes, et ne revêtir de caractère anticoncurrentiel que dans certains contextes. En l'espèce, la difficulté est encore plus prononcée, compte tenu des actions de Télé-Direct que le directeur demande au Tribunal, sinon de prohiber, du moins, de restreindre.

Dans son argumentation, l'avocat du directeur a décrit ainsi la nature du ciblage :

[TRADUCTION]

Les actes d'éviction ou de quasi-éviction peuvent être anticoncurrentiels parce que l'entreprise occupe une position dominante sur un marché plus vaste. Le danger provient de ce qu'au lieu de faire profiter le public de la concurrence se livrant dans un segment particulier, l'entreprise, en dernière analyse, reporte la puissance commerciale qu'elle exerce sur le marché plus vaste sur les segments ciblés où des concurrents arrivent, afin d'éliminer totalement cette concurrence ou, comme en l'espèce, sans viser l'élimination complète, afin de faire en sorte que la concurrence ne s'étende à aucun autre marché et afin d'augmenter les

coûts des concurrents pour leur faire voir qu'il ne sera pas profitable de poursuivre leur expansion.

Ce que nous voulons dire, c'est qu'il s'agit vraiment d'une question de degré, que pour au moins un marché nous disposons d'éléments de preuve établissant l'existence d'un comportement très proche de l'éviction. Nous sommes en présence d'une utilisation si concentrée et si intense, dans les segments ciblés, des ressources découlant de la position dominante qu'il est nécessaire d'imposer une mesure de redressement.

[...]

... On peut formuler divers critères comportant différentes exigences quant à ce qui constituerait le ciblage le plus normal, mais la présente espèce est probablement l'exemple le plus patent d'une action de nature absolument agressive à l'égard des marchés ciblés²³¹.

L'avocat a précisé que « le report de puissance commerciale », dans ce contexte, signifiait le recours à des rentes de monopole tirées d'autres marchés pour financer son comportement de quasi-éviction sur les marchés en cause²³².

L'une des significations ordinaires du mot « cible » (« *target* ») tirée de l'ouvrage *The Concise Oxford Dictionary* est :

[TRADUCTION]

objectif sur lequel on tire avec une arme ou que l'on vise lors de combats...²³³

Un sens manifeste de « ciblage » renvoie donc simplement à des actions ayant un objectif précis plutôt qu'à des actions de nature générale. Les faits démontrent que Télé-Direct a eu un comportement différent sur les marchés où s'exerçait de la concurrence. Si le directeur prétend que les actes de Télé-Direct équivalent à du ciblage anticoncurrentiel simplement parce qu'elle a

²³¹ Transcription, vol. 64 aux pp. 13167-68, 13170 (16 février 1996).

²³² *Ibid.* à la p. 13169.

²³³ 7^e éd., Oxford, Clarendon Press à la p. 1094.

agi différemment sur les marchés sur lesquels entraient des éditeurs d'annuaires à grande aire de distribution, le Tribunal n'accepte pas son argument. La seule existence d'une différence de réactions ne saurait rendre le ciblage anticoncurrentiel; le fait de traiter différemment des concurrents constitue incontestablement une réaction concurrentielle normale. On peut s'attendre à ce que les entreprises en place ne se comportent pas de la même façon lorsqu'elles sont confrontées à une entrée et lorsqu'elles ne le sont pas. On livre concurrence lorsque des concurrents se présentent. De la même façon, l'intensité des réactions peut varier selon la nature des menaces suscitées par la concurrence.

Nous avons établi, lorsqu'il a été question de la puissance commerciale, que Télé-Direct considérait comme des annuaires concurrents les annuaires à grande aire de distribution publiés par les éditeurs entrant sur les marchés « ciblés », mais qu'il n'en allait pas de même pour les annuaires de créneaux dont la distribution était limitée géographiquement ou suivant des caractéristiques précises de la clientèle visée (par exemple, ethnique, religieuse, souhaitant des annuaires faciles à lire). De plus, White et DSP ont toutes deux apporté à leurs annuaires des caractéristiques, comme les codes postaux, des renseignements au sujets d'activités culturelles, des coupons, leur donnant de la valeur et pouvant influencer, si Télé-Direct ne réagissait pas, sur la décision des abonnés des services téléphoniques, dans ces marchés, de conserver les annuaires de Télé-Direct.

Si la différence de réactions seule ne constitue pas du « ciblage », comment distinguer entre ciblage et saine concurrence? Le directeur n'affirme pas, selon nous, qu'il est interdit à une

entreprise en place, même si elle occupe une position dominante, de réagir à une entrée. Bien sûr, si l'entreprise en place facilitait les choses à l'arrivant, elle *encouragerait* l'entrée. Il paraît douteux, toutefois, que quiconque puisse soutenir que cela soit désirable sur le plan de la concurrence. Or, les perspectives post-entrée s'offrant à un nouveau venu seront vraisemblablement, sauf si l'entreprise en place lui facilite les choses, moins attrayantes que les avantages dont jouissaient cette dernière avant l'entrée. Il n'est donc pas suffisant de conclure que les réactions de Télé-Direct ont rendu l'entrée moins attrayante.

En fait, le directeur semble soutenir qu'il est loisible à une entreprise de décourager l'entrée, mais qu'il y a des limites à ce qu'elle peut faire. Cela ressort de la mesure de redressement qu'il propose, laquelle permettrait à Télé-Direct d'avoir recours, sur des marchés individuels, à deux des trois moyens qu'elle emploie : les réductions de prix ou les rabais, les améliorations et les campagnes de publicité²³⁴. L'entreprise en place qui dépasserait ce seuil critique se livrerait à des agissements anticoncurrentiels. Le raisonnement qui sous-tend cet argument, tel que le Tribunal le comprend, veut que le préjudice à long terme découlant du fait de décourager l'entrée l'emporte sur tout avantage immédiat, même si les pratiques utilisées sur les marchés visés ne sont pas particulièrement nuisibles. Autrement dit, les comportements adoptés sur les marchés où entrent de nouveaux venus s'intègrent dans une démarche visant à décourager l'entrée sur d'autres marchés par des manoeuvres qui sont presque de l'éviction sans en être nécessairement au sens strict où ce mot est habituellement utilisé.

²³⁴ Télé-Direct ne serait assujettie à aucune limite si elle recourait à ces moyens dans tout son territoire.

À l'appui de son argument selon lequel le comportement de Télé-Direct a dépassé la réaction « normale », le directeur fait état des intentions exprimées par l'entreprise, du nombre, de la variété et de la gradation de ses réponses ainsi que de l'intensité de celles-ci. Il fait valoir qu'on peut, pour évaluer jusqu'où Télé-Direct est allée, examiner la preuve indiquant que Télé-Direct a essuyé des pertes à Sault-Sainte-Marie, du fait des mesures qu'elle y a prises, établissant une comparaison avec l'expérience des éditeurs indépendants entrant sur des marchés américains et démontrant la différence existant entre les attentes de White et de DSP d'une part et leurs résultats réels et plans futurs d'autre part.

L'avocat du directeur laisse également entendre que Télé-Direct emploie ses rentes de monopole tirées d'autres marchés aux fins de l'interfinancement des mesures qu'elle prend sur les marchés concurrentiels. Ce sens possible de ciblage ne pourrait s'appliquer, toutefois, que lorsque l'entreprise dominante subit des pertes sur les marchés ciblés. Le directeur, cependant, ne semble pas soutenir qu'il s'agisse là d'une condition nécessaire pour que le Tribunal conclue à la nature anticoncurrentielle du « ciblage » en l'espèce.

Premièrement, le Tribunal examinera la question de savoir si les actes de Télé-Direct sur les marchés concurrentiels étaient généralement avantageux pour les consommateurs (les annonceurs), généralement neutres ou, en fait, préjudiciables. Bien que, par son comportement, Télé-Direct ait rendu l'entrée des arrivants sur le marché plus onéreuse que si elle leur avait facilité la tâche, on ne considère pas, en général, comme un acte d'exclusion le fait de s'emparer de la part de marché d'un rival en offrant un meilleur produit ou des prix moins élevés, car ces

mesures profitent aux consommateurs des marchés visés. Le directeur n'a pas essayé de plaider que le comportement de Télé-Direct sur les marchés où il y avait eu entrée avait causé préjudice aux annonceurs de ces marchés. Il a toutefois affirmé que les avantages pour les annonceurs de quelques-unes des actions de Télé-Direct, à tout le moins, étaient négligeables ou temporaires.

Il ne fait aucun doute que les annonceurs ont tiré avantage de la décision de ne pas majorer les prix. Certes, la preuve indique que le programme d'incitation appliqué sur les marchés concurrentiels était soigneusement conçu pour absorber les budgets de publicité des clients de façon qu'il reste peu de fonds disponibles pour les campagnes de sollicitation des nouveaux arrivants, mais il n'en est pas moins difficile de conclure que les annonceurs n'en ont pas tiré avantage, principalement lorsque des rabais étaient offerts. L'ajout d'améliorations rendant les annuaires plus attrayants et l'accroissement de la publicité faite par Télé-Direct tendent à augmenter l'utilisation des annuaires et, par conséquent, profitent aux annonceurs de ces marchés. Certains éléments de preuve indiquent, par ailleurs, que l'entreprise voyait dans ces améliorations des expédients temporaires. Par exemple, elle a procédé à l'ajout des codes postaux, dans la région de Niagara, en veillant à pouvoir facilement les retrancher²³⁵. Toutefois, comme il n'a pas été prouvé que la section du code postal avait effectivement été supprimée, force est de conclure que Télé-Direct l'a maintenue. De plus, bien que le directeur ait soutenu que le gros de la publicité faite par Télé-Direct consistait en de la publicité « négative » dénigrant ses concurrents, le Tribunal ne dispose pas d'assez de renseignements sur la campagne publicitaire

²³⁵ M. Bourke a écrit à M. Renwicke que les codes postaux ne devaient pas être intégrés dans l'inscription (comme White l'avait fait), autrement [TRADUCTION] « il ne sera pas possible de s'en débarrasser » : pièce confidentielle CJ-86 (vol. noir n° 13), onglet 101 à la p. 134297.

pour pouvoir déterminer quelles en étaient les parties « négatives » et si celles-ci primaient sur les positives. Somme toute, on ne peut que conclure que le comportement de Télé-Direct en réaction à l'entrée de concurrents s'est traduit par des améliorations pour les annonceurs des marchés « ciblés ».

Qu'en est-il alors de la possibilité que les effets de ces réactions sur de futures entrées ou participations accrues sur le marché cause un préjudice dans l'ensemble du territoire de Télé-Direct? Des éléments de preuve indiquent que Télé-Direct ne cherchait pas seulement à « répondre » à la concurrence à Sault-Sainte-Marie et à Niagara. Télé-Direct craignait aussi que des concurrents ne s'installent dans d'autres secteurs, en particulier DSP qui était affiliée à Southam et pouvait tirer profit de l'influence et de l'organisation locales des journaux de cet éditeur. Cela ressort clairement du témoignage de M^{me} McIlroy, laquelle occupait, à l'époque, le poste clé de vice-présidente au marketing.

M^{me} McIlroy a déclaré que Télé-Direct avait d'abord élaboré sa stratégie pour le marché de Sault-Sainte-Marie et qu'elle l'avait réutilisée dans celui de Niagara quand White y avait fait son apparition. Elle a confirmé qu'un de ses objectifs à Sault-Sainte-Marie, comme l'exposait un document réunissant ses notes en vue d'une présentation, était de [TRADUCTION] « affaiblir la motivation de Southam à continuer à mettre en place des Pages Jaunes en Ontario »²³⁶. Elle a expliqué en outre que si l'intention de Southam de se lancer dans la publication d'annuaires se concrétisait par une stratégie à long terme bien financée, son deuxième objectif, de « riposte »,

²³⁶ Pièce confidentielle CJ-33 (vol. noir n° 12), onglet 88 à la p. 133221A.

était de [TRADUCTION] « faire en sorte que sa concurrence à Télé-Direct, marché par marché, lui coûte excessivement cher »²³⁷.

Ce n'était pas là les seuls objectifs. M^{me} McIlroy a également décrit la stratégie de Télé-Direct en ces termes :

[TRADUCTION]

... l'élément fondamental était de rendre onéreuse toute concurrence avec nous et de s'attacher à prendre toutes les mesures nécessaires à Sault-Sainte-Marie et à bien les appliquer, en y investissant ce qu'il fallait, pour éviter toute [perte] inutile de part de marché et pour protéger nos intérêts sur ce marché²³⁸.

De la même façon, elle a énuméré, dans une présentation s'adressant aux autres dirigeants de Télé-Direct, les points suivants constituant le « défi » de Télé-Direct :

[TRADUCTION]

- . Protéger l'utilisation et la notoriété - promotion
- . Donner plus à l'annonceur - incitation
- . Donner plus à l'utilisateur - améliorations du produit
- dimensions et couleurs
- . Maintenir le profil de leadership
- . Faire concurrence sur la valeur par rapport au coût
- . *Faire que la concurrence soit une option coûteuse*²³⁹ [Non mis en évidence dans l'original.]

M. Renwicke a contesté que ce dernier point ait jamais été accepté comme politique de l'entreprise. En cas de non-concordance entre le témoignage de M^{me} McIlroy et celui des autres

²³⁷ Transcription, vol. 21 aux pp. 4088-89 (17 octobre 1995).

²³⁸ Transcription, vol. 20 aux pp. 3918-19 (16 octobre 1995).

²³⁹ Pièce confidentielle CJ-33 (vol. noir n° 12), onglet 88 à la p. 133316.

dirigeants de Télé-Direct, le Tribunal retient celui de M^{me} McIlroy; elle a quitté l'entreprise en bon termes et on ne voit pas quelle raison elle aurait de déformer son témoignage, compte tenu, plus particulièrement, du fait qu'elle était la dirigeante chargée de la préparation des tactiques que le directeur demande au Tribunal de déclarer anticoncurrentielles.

Seul l'aspect de la stratégie de Télé-Direct consistant à rendre « onéreuse » toute concurrence soulève des questions quant à une visée anticoncurrentielle. La possibilité que Télé-Direct puisse parvenir à cette fin sans nuire à sa propre rentabilité est douteuse. Selon M^{me} McIlroy, ceux qui participaient à la réunion des cadres ont été abasourdis de ce qu'il en coûtait à la société pour rendre la concurrence onéreuse. Ils ont consenti « à faire les dépenses nécessaires » à la condition qu'elles soient sélectives et que les dirigeants soient régulièrement tenus au courant de ce qui se produisait, aussi fréquemment, même, qu'à toutes les semaines. Le fait que M^{me} McIlroy les ait convaincus d'adopter une telle politique alors qu'elle aurait pour effet de faire chuter les bénéfices peut indiquer que Télé-Direct tentait d'influencer la conduite future de ses concurrents dans une certaine mesure.

Un autre élément doit être pris en considération. Les documents ayant trait aux réactions de Télé-Direct sur les marchés de Sault-Sainte-Marie et de Niagara n'ont pas été produits dans le délai imparti pour la communication des documents. Ils ne sont apparus que plus tard, après que Télé-Direct a, semble-t-il, appris que le directeur avait communiqué avec M^{me} McIlroy et qu'il l'appellerait à témoigner. L'avocat de Télé-Direct a tenté d'expliquer que c'était par inadvertance que les documents avaient été produits en retard, la boîte s'étant égarée, mais personne n'a

semblé savoir où ni pourquoi. Compte tenu de la question controversée dont ils traitent et du fait que la teneur de certains d'entre eux nuit indéniablement à la position de Télé-Direct, il s'imposait d'expliquer avec précision la perte des documents. Une explication vague a peu de poids. Le Tribunal ne peut que tirer des conclusions défavorables à Télé-Direct quant à ses intentions en cette matière du fait de ce dépôt tardif et de cette explication inadéquate. Télé-Direct considérait apparemment qu'elle avait peut-être réagi de façon « exagérée » sur les marchés visés. Cela, joint aux énoncés de politique de la société, étaye l'hypothèse que Télé-Direct voulait, dans un sens subjectif, lancer un avertissement aux concurrents potentiels tout en protégeant sa position sur les marchés particuliers sujets à l'entrée de concurrents.

La question primordiale n'en reste pas moins de savoir si les gestes de Télé-Direct auront vraisemblablement pour effet de décourager de futures entrées. Si tel est le cas, il faut se demander si les effets négatifs possibles l'emportent sur les avantages démontrés que procureront aux marchés visés les améliorations apportées au produit, le gel des prix et l'accroissement des dépenses de publicité, toutes mesures qui contribuent, jusqu'à un certain point, à intensifier l'utilisation des annuaires téléphoniques, laquelle est généralement considérée comme favorable à la concurrence. Il doit y avoir une probabilité suffisante de préjudice important à long terme pour mettre un frein à ces tactiques.

Le directeur s'appuie quelque peu sur le témoignage des représentants de White et de DSP, qui sera examiné plus loin, au sujet des projets de développement des sociétés, lesquels, selon lui, démontrent que le comportement de Télé-Direct *a fait* obstacle à l'entrée et au

développement futurs de ces entreprises. Cet élément de preuve ne représente, toutefois, qu'une petite fraction de la preuve soumise par le directeur à l'appui de ses allégations. Le directeur demande en fait au Tribunal de *déduire* de « l'extrême intensité » des réactions de Télé-Direct sur les marchés où elle était confrontée à de nouveaux concurrents que les possibilités d'entrée sur d'autres marchés *seront* découragées.

Il convient de préciser, avant d'examiner les arguments plus détaillés, que le Tribunal éprouve de sérieuses réserves à l'égard de la thèse de l'extrême intensité retenue par le directeur. Ce dernier n'a avancé aucun critère « objectif » qui permettrait au Tribunal d'évaluer si les gestes accomplis par Télé-Direct sur les marchés concurrentiels revêtent le caractère ou le « but » anticoncurrentiel général requis par l'article 79.

Le directeur ne prétend pas que, par son comportement, Télé-Direct se livrait à de l'éviction, mais l'éviction est certainement ce à quoi la conduite qu'il décrit ici s'apparente le plus. L'allégation de pratique de prix d'éviction consiste essentiellement à affirmer que l'entreprise renonce à court terme à des revenus en coupant les prix de façon à chasser ses rivaux et à se donner ainsi, grâce aux bénéfices plus élevés que l'absence de concurrence lui permettra de réaliser à plus long terme, la possibilité de récupérer ses pertes et davantage. Il est difficile de prouver une telle allégation parce qu'à court terme, à tout le moins, les consommateurs semblent profiter des prix moins élevés. De plus, une telle pratique ne peut réussir que si son auteur peut se maintenir plus longtemps que ses rivaux et s'il peut raisonnablement escompter récupérer ses

pertes. Pour distinguer l'établissement concurrentiel de prix de la pratique de prix d'éviction, les tribunaux ont élaboré et appliqué le « critère Areeda-Turner »²⁴⁰.

La difficulté qui se pose ici provient de ce que ni le directeur ni ses experts n'ont proposé de « critère ». Le Tribunal reconnaît certes qu'il est très improbable qu'on puisse établir des critères objectifs permettant de distinguer entre une conduite préjudiciable et une conduite bénéfique dans ce genre de situation. Mais, à cause de l'absence de critère, le directeur demande en fait au Tribunal de se mettre à la place d'un concurrent potentiel pour évaluer la crédibilité de la prétendue « menace » que Télé-Direct a lancée par ses réactions à l'entrée de concurrents. Le Tribunal doit déterminer si les réactions de Télé-Direct sur les premiers marchés où sont entrés des concurrents étaient d'une si « extrême intensité » qu'elles intimideraient les nouveaux venus et qu'elles feraient obstacle à l'entrée et à la participation accrue dans ces marchés²⁴¹. Ce qui peut paraître une réaction d'une « extrême intensité » à une personne peut sembler anodine à une autre. L'évaluation ne peut être que hautement subjective. Si le Tribunal devait imposer des limites à des actions concurrentielles parce que celles-ci sont extrêmement intenses, il formulerait, au sujet de la concurrence, un message peu rassurant qui, selon lui, serait incompatible avec l'objet de la Loi énoncé à l'article 1.1. En l'absence d'un critère objectif, il est à craindre que les entreprises ne puissent savoir ce qui distingue une réaction « concurrentielle »

²⁴⁰ En bref, ce critère énonce essentiellement que constitue un prix d'éviction un prix inférieur au coût marginal à court terme raisonnablement prévisible, alors qu'un prix supérieur à ce coût n'a pas cet effet. On se sert habituellement du coût variable moyen au lieu du coût marginal parce que les données sur ce coût sont souvent impossibles à obtenir. Pour un résumé des conclusions de MM. Areeda et Turner à ce sujet, voir *Antitrust Law*, vol. 3, Toronto, Little, Brown, 1978 au para. 711d.

²⁴¹ À l'évidence, l'entreprise en place aurait peu à gagner à se comporter agressivement dans tous les marchés sujets à entrée dans le seul but d'intimider ou de menacer puisque cette stratégie aurait déjà fait long feu. Si l'entreprise en place devait généraliser ses réactions à tous les marchés où s'est produit ou risque de se produire une entrée, les consommateurs seraient favorisés à court terme sans qu'on puisse discerner d'effets négatifs à long terme.

d'une réaction « anticoncurrentielle » en face de réponses analogues à celles qu'a eues Télé-direct en l'espèce (par exemple, gel ou coupure de prix, incitatifs, améliorations du produit, accroissement de la publicité).

Télé-Direct a certes répondu très vigoureusement à l'entrée de concurrents sur les marchés de Niagara et de Sault-Sainte-Marie, mais le Tribunal ne dispose d'aucune méthode certaine pour déterminer avec quelle force Télé-Direct aurait réagi si elle n'avait pas cherché, notamment, à décourager d'autres entrées. Affirmer que l'entreprise a réagi plus fortement qu'elle ne l'aurait fait autrement suppose la capacité de juger jusqu'où l'entreprise pouvait aller tout en continuant d'agir de manière concurrentielle et, par conséquent, de déterminer avec assez de certitude à partir de quel point elle a dépassé ce seuil et a adopté un comportement anticoncurrentiel. Pour tenter de faire la comparaison demandée par le directeur, il convient de reconnaître que les nouveaux arrivants livraient à Télé-Direct une concurrence assez forte. Leurs annuaires offraient plus de caractéristiques, et leurs prix pouvaient être jusqu'à 40 p. 100 moins élevés que ceux de Télé-Direct. Bien que Télé-Direct ait considérablement augmenté ses dépenses de publicité et de promotion, DSP a dépensé plus qu'elle en 1992, 1993 et 1994, en consacrant notamment des sommes importantes à la publicité dans le journal local de Southam.

L'affirmation du directeur selon laquelle les actions de Télé-Direct ont excédé les limites de la concurrence « normale » et, prises ensemble, ont constitué des agissements anticoncurrentiels repose sur deux arguments généraux. Selon le premier, le résultat « net » de Télé-Direct à Sault-Sainte-Marie en 1993, lorsqu'on tient compte des coûts liés aux améliorations

apportées aux annuaires et des dépenses de publicité et de promotion, révèle que l'entreprise a à peine fait ses frais sur ce marché. M. Beauséjour ne conteste pas cette conclusion et reconnaît que le résultat indiqué [TRADUCTION] « ne dépasse guère le seuil de rentabilité ».

L'analyse soumise au témoin, toutefois, traitait le paiement fait à Bell Canada (CSC) comme une « dépense » à déduire des revenus. Si, toutefois, on considère Bell et Télé-Direct comme une entreprise intégrée, comme cela a été jugé adéquat dans l'examen de l'étude de rentabilité de Télé-Direct dans le contexte des ventes liées, il est inexact de voir dans les résultats obtenus par Télé-Direct à Sault-Sainte-Marie une situation de « bénéfices ou de pertes marginaux ». La part du versement à Bell devrait être rajoutée à ces résultats. Comme ce versement, qui n'est pas minime, constitue, en grande partie, un apport aux bénéfices, cela porterait les résultats bien au-dessus du seuil de rentabilité, même en tenant compte des dépenses supplémentaires attribuables aux améliorations et à la publicité. Il semblerait même que le versement à Bell représente la plus grande partie du « profit » qui attire les éditeurs indépendants sur les marchés de Télé-Direct et qui leur permet d'envisager de pouvoir établir des prix inférieurs de 30 ou 40 p. 100 à ceux de Télé-Direct tout en demeurant profitables. Dans la région de Niagara, Télé-Direct a fait des bénéfices en 1993, même en comptabilisant le paiement à Bell comme une dépense.

Comme deuxième argument, le directeur avance que l'expérience de l'industrie démontre également que les réponses de Télé-Direct ont dépassé les bornes de la concurrence « normale ». Cela comprend la preuve concernant les attentes de White et de DSP par opposition à leur

expérience et à leurs projets futurs ainsi que la preuve relative à la façon dont les compagnies de téléphone américaines publiant des annuaires ont réagi à l'entrée de concurrents sur leurs marchés.

Quant à ce dernier élément de preuve, M. Anderson, qui travaillait pour NYNEX a déclaré, au cours de son interrogatoire principal, que lorsque cette entreprise considérait des éditeurs indépendants d'annuaires comme des concurrents importants, elle signalait leur présence à son personnel de vente, elle pouvait accroître ses efforts publicitaires et elle examinait l'aire de distribution et les caractéristiques de ses annuaires. Il a signalé également qu'il n'avait pas constaté que l'ajout de nouvelles caractéristiques ne se faisait que pour les marchés concurrentiels. Après une période d'essai, si la caractéristique avait du succès, elle était adoptée « dans toute la ligne de produits ». En contre-interrogatoire, il a reconnu que NYNEX n'avait jamais, du moins à sa connaissance, eu recours à un programme d'incitation analogue à celui que Télé-Direct avait offert sur les marchés concurrentiels par suite de l'entrée d'un éditeur indépendant. Il a donné la même réponse à une question relative à un marché précis où NYNEX aurait pu, en réponse à l'entrée d'un concurrent, geler les prix pendant deux ans sur certains marchés, sans modifier l'aire de distribution. Relativement aux dernières possibilités soumises par l'avocat du directeur, M. Anderson a déclaré qu'il n'était pas au courant (par exemple, la publicité comme poste budgétaire distinct) ou qu'elles ne s'appliquaient pas en contexte américain (par exemple, les compagnies de téléphone publiant des annuaires ne peuvent offrir le service audiotex, il n'y a pas de marque de commerce à protéger en intentant des poursuites). Il

est impossible au Tribunal, dans l'ignorance où il se trouve des conditions du marché sur lequel NYNEX intervient, de tirer des conclusions de ce témoignage.

Relativement à White, M. Lewis a déclaré que l'expérience acquise de l'entrée sur des marchés aux États-Unis le portait à croire que White aurait pu réaliser, à Niagara, plus de ventes qu'elle ne l'avait fait. Avec son premier annuaire générateur de revenus, White comptait capturer entre 30 et 40 p. 100 des revenus de Télé-Direct²⁴². En fait, les revenus que White a tirés de la publication de son deuxième annuaire (le premier à générer des revenus), en 1994, équivalaient à 17 p. 100 des revenus de Télé-Direct. Le troisième annuaire (l'annuaire 1995), qui représentait une augmentation de neuf pour cent par rapport au précédent, avait généré des revenus équivalant à peu près à 19 p. 100 des revenus de Télé-Direct.

M. Lewis a déclaré qu'il avait mis en veilleuse son plan initial de prendre de l'expansion, au Canada, hors de la région de Niagara à cause de la conduite de Télé-Direct *et* de l'incapacité où il se trouvait d'obtenir des renseignements sur les abonnés. Au moment de l'audience, cette dernière question était en appel devant le Cabinet fédéral. Il a ajouté que si le Cabinet prenait, relativement à la question de la protection des renseignements personnels, une décision favorable à l'entreprise, il prévoyait introduire d'autres annuaires dans les régions de Niagara et de Toronto. Il est difficile de conclure, devant ce témoignage et devant la décision subséquente du Cabinet d'infirmer la décision du CRTC portant que les consommateurs devraient pouvoir s'opposer à ce

²⁴² _ Les ventes prévues sont exprimées sous la forme d'un pourcentage des revenus estimés de l'annuaire existant. Il ne faut pas en conclure que toutes les ventes sont réalisées auprès de clients de l'éditeur en place, car on s'attend à ce que l'introduction d'un nouvel annuaire fasse augmenter la demande de publicité-annuaire.

que les renseignements afférents à leur inscription soient communiqués aux éditeurs indépendants²⁴³, que la conduite de Télé-Direct a fait obstacle à une participation accrue de White sur le marché et qu'elle peut donc être qualifiée d'anticoncurrentielle.

DSP a pris en considération en élaborant sa stratégie d'entrée, dans son plan d'entreprise, le risque de poursuites et la possibilité de riposte concurrentielle de la part de Télé-Direct. DSP a estimé, à tort en l'occurrence, que Télé-Direct ne réagirait pas beaucoup, parce qu'elle avait pratiquement fermé les yeux sur l'entrée de *Locator* dans un grand nombre de localités. Comme il en a été fait état, les annuaires *Locator* ne sont d'aucune manière de proches substituts des annuaires Télé-Direct. DSP s'attendait à réaliser environ la moitié des revenus de Télé-Direct avec son premier annuaire générateur de revenus. Pour parvenir à cette estimation, DSP avait passé en revue l'expérience américaine et avait beaucoup consulté son coentrepreneur, Noverr. L'annuaire n'a engendré que la moitié des revenus escomptés. Les revenus tirés du deuxième annuaire générateur de revenus, publié en 1994, étaient eux aussi considérablement inférieurs aux revenus prévus. Il était toutefois prévu que les revenus découlant de la publication de l'annuaire 1995 seraient plus élevés et procureraient de légers bénéfices.

DSP a également décidé de ne pas prendre d'expansion en Ontario, même si elle en avait initialement eu l'intention. Elle a invoqué la conduite de Télé-Direct pour expliquer cette décision, mais la preuve indique que d'autres raisons étaient également à l'oeuvre. Il appert, plus particulièrement, que DSP avait visé passablement haut pour une entreprise nouvelle et que, dans

²⁴³ _ Pour plus d'explications sur cette question, se reporter au chapitre « VII. Contrôle : puissance commerciale », à la section « A. Manière indirecte : structure du marché », « 2) Entraves à l'accès », « c) i) Renseignements sur les abonnés », plus haut.

une certaine mesure (en se fiant à l'expérience de *Locator*), elle s'était trompée. Le directeur affirme que la section Sault Ste. Marie (Michigan) de l'annuaire conjoint de DSP, qui n'avait pas été l'objet de réactions comme celles de Télé-Direct, avait connu beaucoup plus de succès que la section ontarienne, sans toutefois atteindre les résultats escomptés pour une première année « normale » d'exploitation, ce qui autorise encore plus à penser que DSP a pu avoir des attentes irréalistes.

Le Tribunal, faute de preuves suffisantes, ne peut formuler de conclusion quant aux effets d'empêchement que les réactions de Télé-Direct ont eus sur l'entrée ou sur la participation accrue de concurrents sur les marchés de Terre-Neuve et de Joliette.

Entre le dépôt de sa demande et la présentation de son argumentation finale, le directeur a modifié la mesure de redressement proposée. Selon nous, celle qu'il soumet actuellement illustre à quel point il est difficile de conclure au caractère anticoncurrentiel du « ciblage ». Dans son avis de demande, le directeur requérait, au sous-alinéa 1b)(xiii), une ordonnance enjoignant aux défenderesses :

[TRADUCTION]

de ne pas offrir de réductions de prix et d'autres rabais relativement à l'espace publicitaire visant les marchés sur lesquels des éditeurs concurrents sont entrés ou sont en train d'entrer.

Dans son argumentation orale, l'avocat du directeur a expliqué que le directeur demandait en fin de compte la mesure de redressement suivante :

[TRADUCTION]

qu'il soit interdit aux défenderesses, pendant une période de cinq ans, de faire ce qui suit : i) offrir des prix, des réductions de prix et d'autres rabais, notamment

tout programme d'incitation proposant l'ajout de couleur ou la dimension supérieure sans frais ou un rabais pour première commande lorsque les dépenses annuelles de publicité n'augmentent pas, ii) offrir des améliorations aux annuaires, notamment le service audiotex, *et* iii) diriger toute campagne de publicité sur un marché où des éditeurs concurrents sont entrés, sont en train d'entrer, ou sont raisonnablement susceptibles d'entrer, à moins de les offrir ou de les diriger uniformément et en même temps sur la majorité de leurs marchés d'annuaires.

L'emploi de la conjonction « et » est déterminant. Le directeur propose que Télé-Direct soit autorisée à accomplir *un* ou *deux* des trois gestes énumérés sur un marché ou un éditeur concurrent est entré, mais si elle devait se livrer aux trois, il lui faudrait alors le faire pour la majorité de ses marchés locaux.

Le Tribunal constate que le directeur essaie probablement, par ce compromis, de reconnaître que les gestes de Télé-Direct sont profitables aux consommateurs sur le marché où elle s'y livre. Cette intention illustre bien la difficulté que soulève l'allégation de « ciblage ». Premièrement, le nombre de réactions concurrentielles (une ou deux) permises à Télé-Direct est entièrement arbitraire. Le directeur n'a pas expliqué au Tribunal pourquoi il ne serait pas anticoncurrentiel d'avoir une ou deux réactions (mais non trois). Il ne laisse pas entendre, en outre, que le Tribunal devrait imposer des limites à l'utilisation en défense, par Télé-Direct, des réponses concurrentielles qui lui sont permises. Pourtant, il allègue que les réponses de Télé-Direct sur les marchés où se trouvaient des rivaux étaient anticoncurrentielles, *en raison* notamment de leur intensité et de leur férocité.

Compte tenu de la difficulté qu'il y a à définir le « ciblage » de façon à ne pas décourager les actions concurrentielles souhaitables, le Tribunal conclut que Télé-Direct ne s'est pas

comportée de façon anticoncurrentielle relativement à l'établissement des prix, à la promotion et à la modification de ses annuaires sur les marchés où des rivaux étaient présents, en particulier dans les régions de Sault-Sainte-Marie et de Niagara.

· Poursuites ou menaces de poursuites

Enfin, le Tribunal se penche sur l'argument du directeur selon lequel les poursuites ou les menaces de poursuites, considérées avec les autres gestes de Télé-Direct, contribuent au ciblage et à l'augmentation des coûts des rivaux.

Le directeur soutient que l'utilisation faite par Télé-Direct des poursuites ou des menaces de poursuite « s'ajoute aux autres éléments » pour établir son intention et le caractère excessif de sa réponse globale à l'entrée de rivaux. Son argument ne repose pas sur la nature des poursuites. Il ne prétend pas, par exemple, que les poursuites étaient « de mauvaise foi ». Les poursuites intentées de « mauvaise foi » ou les poursuites que les demandeurs savent ne pas être fondées, qui sont employées pour étouffer ou entraver la concurrence, peuvent constituer une technique d'éviction²⁴⁴. Pour citer Robert Bork, [TRADUCTION] « [L]es poursuites intentées de mauvaise foi sont théoriquement l'une des techniques d'éviction les plus prometteuses »²⁴⁵.

²⁴⁴ Les poursuites intentées de mauvaise foi peuvent comprendre les demandes ne comportant pas de cause d'action raisonnable, susceptibles d'être déclarées irrecevables aux premiers stades de l'instance ou les demandes fondées sur des faits qui sont mensongers ou qui n'appuient pas la demande, lesquelles peuvent donner lieu à une longue instance.

²⁴⁵ R.H. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, Basic Books, 1978 à la p. 347.

Comme il n'a pas été soutenu que la poursuite intentée contre DSP par Télé-Direct était « sans fondement »²⁴⁶, il faut recourir à d'autres moyens pour déterminer si elle constitue un comportement anticoncurrentiel. Le Tribunal ne pense pas qu'il soit suffisant de n'examiner la poursuite qu'en combinaison avec les autres réponses. La preuve doit comporter des éléments ayant trait à l'institution elle-même de l'action ou à son déroulement, qui pourraient nous amener à conclure que la poursuite avait davantage pour but de contribuer à entraver la concurrence que de protéger des droits de propriété.

Le directeur souligne que, bien que M. Crawford, secrétaire et conseiller juridique de Télé-Direct, ait initialement déclaré dans son témoignage que la société ne laissait passer aucune utilisation non autorisée de ses marques de commerce ou droits d'auteur, il est devenu apparent au cours de son contre-interrogatoire que cela n'était pas vrai. Télé-Direct n'a pas relevé certaines utilisations non autorisées. Il se peut que la crédibilité problématique du témoin sur cette question et le fait que les poursuites ne semblent intentées que contre des concurrents précis invitent à penser que Télé-Direct a concentré son action sur ces concurrents. Toutefois, ces éléments, pris isolément, ne sont pas suffisants si les poursuites ne sont pas intentées de mauvaise foi.

Les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure que Télé-Direct a intenté, a continué ou a menacé d'intenter des poursuites qui paraissaient autrement valides, d'une façon indiquant clairement qu'elle cherchait par-là à mettre en oeuvre un autre moyen d'entraver la concurrence

²⁴⁶ Il a été mentionné que la demande en matière de droits d'auteur pouvait être une interprétation « large » du droit américain actuel, mais cette affirmation fait difficilement autorité.

sur les marchés où des concurrents étaient entrés plutôt qu'à protéger ses droits de propriété intellectuelle. Il n'y a, par exemple, aucune preuve de retard indu. À la date de l'audience, l'interrogatoire préalable du représentant de DSP n'avait pas encore eu lieu, mais le principal motif de ce retard était la maladie de ce représentant, M. McCarthy. Cet interrogatoire était toutefois prévu pour le mois de novembre 1995, le témoin étant alors M. Campbell.

L'interrogatoire préalable des représentants de Télé-Direct était terminé à la date de l'audience. Aucun élément de preuve n'établit que l'instance ne s'est pas déroulée « normalement ». Il n'a pas été démontré que les défenderesses avaient agi, comme dans l'affaire *Laidlaw*, « de façon on ne peut plus agressive » à un incident apparemment banal, et avaient invoqué de multiples causes d'actions et menacé en termes à peine voilés d'acculer le concurrent à « fermer ses portes » en intentant, notamment, des poursuites judiciaires pour lesquelles, comme le représentant de *Laidlaw* en avait informé le concurrent, une importante somme d'argent avait été mise de côté²⁴⁷. Télé-Direct n'a pas donné suite aux menaces de poursuite qu'elle a formulées contre White, mais il est plausible qu'elle ait agi ainsi parce que les questions litigieuses étant semblables à celles de l'affaire DSP, Télé-Direct pouvait penser que cette dernière affaire réglerait définitivement la question des droits d'auteur, à tout le moins, et établirait un précédent qui régirait les relations de Télé-Direct avec les autres éditeurs.

Le Tribunal, par conséquent, ne saurait accepter l'argument du directeur voulant qu'en l'espèce les poursuites ou menaces de poursuite puissent constituer un élément amenant le Tribunal à conclure que Télé-Direct s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels.

²⁴⁷ *Laidlaw*, *supra* note 33 aux pp. 16-17.

· Service audiotex à Sault-Sainte-Marie

Le directeur allègue que Télé-Direct s'est servie du pouvoir qu'elle exerçait en qualité d'acheteur important pour influencer le fournisseur de l'information audiotex à Sault-Sainte-Marie, Perception, et pour entraîner la dégradation du service offert à DSP. Les défenderesses reconnaissent dans leur argumentation écrite, que les actions alléguées peuvent constituer des agissements anticoncurrentiels si elles sont prouvées, mais contestent que cette preuve ait été faite. Il importe de déterminer si Télé-Direct se bornait à revendiquer l'exécution d'obligations contractuelles et quelle part de responsabilité, si part il y a, peut lui être attribuée quant à la qualité du service que Perception a fourni à DSP.

Télé-Direct avait-elle un droit contractuel d'exclusivité?

Les défenderesses affirment, au paragraphe 930 de leur argumentation écrite que [TRADUCTION] « Perception a reconnu que Télé-Direct avait droit en exclusivité à ses services... ». Cette affirmation n'est pas étayée par la preuve. Jusqu'au mois de janvier 1994, le seul contrat liant Télé-Direct et Perception visait la région de Toronto et prévoyait que Télé-Direct disposait d'un accès exclusif aux services de Perception dans la seule zone d'appels locaux de Toronto. Perception avait en fait refusé d'accorder l'exclusivité à Télé-Direct pour d'autres zones parce que cela aurait limité sa capacité de commercialiser ses services.

À l'automne 1992, lorsque Télé-Direct a appris que DSP se proposait d'entrer sur le marché de Sault-Sainte-Marie et d'y offrir, notamment, le service audiotex, Télé-Direct a commencé à négocier avec Perception pour que celle-ci y fournisse le service de PJP. Télé-Direct cherchait, entre autres, à obtenir l'exclusivité à Sault-Sainte-Marie, de façon que DSP n'ait pas accès au même service. La preuve révèle que les parties ne se sont entendues sur l'exclusivité que beaucoup plus tard. Bien qu'il ait été question d'exclusivité dans une lettre datant de mars 1993²⁴⁸, le projet de contrat que Perception a envoyé à Télé-Direct au mois de mai 1993 est instructif. On peut lire, dans la lettre d'accompagnement, que [TRADUCTION] « dans l'excitation d'avoir donné la parole à Sault-Sainte-Marie », Perception avait négligé d'envoyer le contrat, lequel stipule expressément qu'il s'agit d'une autorisation « non exclusive » de recevoir et de stocker de l'information²⁴⁹.

Télé-Direct n'a jamais signé le contrat, mais ce document n'en établit pas moins que Perception, à tout le moins, ne considérait pas, alors, que Télé-Direct jouissait de l'exclusivité de ses services. Les parties ne s'entendaient certainement pas sur ce point. Le contrat final concernant Sault-Sainte-Marie, qui renferme une clause d'exclusivité, n'a été signé qu'en janvier 1994²⁵⁰. Une lettre datée de septembre 1993 énonce que sur acceptation d'une nouvelle entente par Télé-Direct, [TRADUCTION] « BDR Audio Network ne sera accessible qu'aux éditeurs d'annuaires au Canada et, en Ontario et au Québec, qu'à Télé-Direct »²⁵¹. Peter Dolan,

²⁴⁸ Pièce confidentielle CJ-86 (vol. noir n° 13), onglet 96 à la p. 134118.

²⁴⁹ Projet de contrat et lettre d'accompagnement : pièce confidentielle CJ-87 (vol. noir n° 14), onglet 114 aux pp. 134825-27.

²⁵⁰ Pièce confidentielle CJ-31 (vol. noir n° 10), onglet 68 aux pp. 131548-54.

²⁵¹ *Ibid.* à la p. 131555.

directeur principal des ventes de Télé-Direct (Services) Inc., a reconnu, toutefois, que Télé-Direct a dû « s'y reprendre » plusieurs fois pour que la clause d'exclusivité soit réinsérée dans le contrat final. Télé-Direct ne semble pas avoir eu, avant le mois de novembre 1993, l'exclusivité des services de Perception et, par suite, elle n'était pas justifiée, avant cette date, d'insister ou de tenter d'insister pour obtenir des services exclusifs.

Télé-Direct a-t-elle influé sur la fourniture de services à DSP par Perception?

Quand Télé-Direct a appris, vers la fin de 1992, que Perception était aussi fournisseur d'information pour DSP et que le contenu de l'information fournie à DSP était le même que celui qu'elle-même recevait de Perception, elle a signifié son mécontentement à cette dernière par l'entremise de M. Dolan. Perception a accepté de corriger la situation avant la publication de l'annuaire de DSP. M. Dolan a déclaré qu'il croyait que Perception ferait l'acquisition d'un autre service d'information pour DSP. Au même moment, Télé-Direct insistait auprès de Perception pour obtenir l'exclusivité.

Les PJP de Télé-Direct ont été mises en service à la mi-février 1993. Télé-Direct était mécontente des suites données par Perception à ses plaintes concernant l'information fournie à DSP, notamment de la démarche entreprise au début du mois de février pour envoyer des messages légèrement modifiés ou reformulés à DSP. En contre-interrogatoire, M. Dolan a

indiqué que Télé-Direct voulait un [TRADUCTION] « service supérieur » à celui que DSP recevait²⁵².

Le 23 février 1993, une rencontre avec Perception était prévue. Dans l'ordre du jour remis à cette dernière, on pouvait lire que Télé-Direct n'était pas « satisfaite » des mesures prises par Perception à l'égard du service fourni à DSP. M. Dolan a expliqué que Perception ne faisait que modifier les messages et a répété que Télé-Direct était mécontente parce qu'elle désirait un service « supérieur ». Cette préoccupation a été communiquée à Perception au cours de la réunion.

En réinterrogatoire, M. Dolan a répondu à l'avocat des défenderesses qui le renvoyait à la clause 8 du contrat passé avec Perception au cours du mois de janvier 1994, dans laquelle le mot « supérieur » est employé, que ce mot voulait dire « d'excellente qualité » et que c'était dans ce sens qu'il l'avait utilisé en contre-interrogatoire. La clause 8 est ainsi conçue :

[TRADUCTION]

... Brite s'engage à maintenir la même qualité exceptionnelle fournie à l'affiliée en ce qui concerne le BDR Audio Network. BDR continuera à fournir un service de qualité supérieure et d'avoir recours à son propre personnel pour la création et la diffusion de l'information²⁵³.

La clause 11.6, sur laquelle l'attention du témoin a ensuite été attirée, est instructive :

²⁵² Transcription, vol. 42 à la p. 8856 (20 novembre 1995).

²⁵³ Pièce confidentielle CJ-31 (vol. noir n° 10), onglet 68 à la p. 131550.

[TRADUCTION]

... Brite continuera à fournir le niveau supérieur de programmation que l'affiliée en est venue à attendre d'elle. Brite Voice Systems ou toute société qui lui est affiliée où liée n'offrira aucun réseau audio excédant les produits mesurables de BDR Audio Network, notamment la fréquence des rapports, le volume d'information, le choix et la diversité de programmes ainsi que la qualité de la voix. Brite s'efforcera d'éviter l'emploi d'expressions familières américaines...²⁵⁴

Il appert même du contrat, donc, que le mot [TRADUCTION] « supérieur » est employé dans un sens comparatif et non absolu²⁵⁵. Lorsque le Tribunal l'a questionné au sujet de cette clause, M. Dolan a reconnu qu'elle visait à faire en sorte que personne ne dispose d'un *meilleur* système que celui de Télé-Direct. Le Tribunal conclut donc que M. Dolan a employé le mot « supérieur » dans son sens comparatif dans tout son témoignage, même s'il a par la suite tenté d'apporter des réserves à cette utilisation. Télé-Direct faisait pression sur Perception pour recevoir un meilleur service que celui qui était fourni à DSP.

Autre fait très important, Télé-Direct a tendu, le 25 janvier 1993, ce qu'on ne peut manquer de considérer comme une très appétissante « carotte » à Perception. M. Dolan, pour le compte de Télé-Direct, a écrit à Perception lui demandant « conseils et recommandations » sur la façon la plus efficace de fournir un service de PJP dans tout le territoire de Télé-Direct²⁵⁶. La preuve indique qu'en mars 1993, à la suite d'une rencontre des dirigeants tenue le 25 février 1993, ce plan a été réduit de façon radicale. La mise en place du service de PJP ne devait avoir lieu que sur les marchés visés par une menace réelle ou potentielle de concurrence,

²⁵⁴ *Ibid.* à la p. 131551.

²⁵⁵ Ce mot est également employé dans la lettre du mois de septembre 1993, laquelle parle des [TRADUCTION] « produits mesurables » (pièce confidentielle CJ-31 (vol. noir n° 10), onglet 68 à la p. 131555), pratiquement dans les termes qui ont plus tard été utilisés dans le contrat passé en janvier 1994.

²⁵⁶ Pièce confidentielle CJ-86 (vol. noir n° 13), onglet 95 à la p. 134080.

soit une dizaine environ. Le service de PJP était considéré comme un outil stratégique à utiliser contre les concurrents plutôt que comme une innovation répandue. En fait, ce service n'a été offert, après Sault-Sainte-Marie, qu'à Niagara Falls, en réaction à White, et à Windsor, où Télé-Direct était préoccupée à la fois par le fait que Southam possédait le *Windsor Star* et par la crainte de voir entrer White. Il est difficile de ne pas conclure que Télé-Direct, lorsqu'elle a introduit son service de PJP à Sault-Sainte-Marie au mois de février 1993, se servait de la promesse de la mise en place de ce service dans tout son territoire pour se gagner la collaboration de Perception.

Il ressort clairement de la lettre adressée par Perception à Télé-Direct le 1^{er} mars 1993, à la suite de la rencontre du mois de février, que la mise en place du service de PJP était un facteur important des rapports entre Télé-Direct et Perception. Cette dernière y informait Télé-Direct qu'une [TRADUCTION] « autre source audio » serait fournie à DSP d'ici le 29 mars 1993 et disait, en conclusion, [TRADUCTION] « ... vous êtes une cliente très importante et nous voulons travailler avec vous à la mise en place du service audiotex dans tout votre territoire »²⁵⁷.

La détérioration du service fourni à DSP a coïncidé avec la première campagne de sollicitation de cette entreprise au printemps et à l'été 1993 (son premier annuaire générateur de revenus a été publié au mois de novembre 1993). La piètre qualité de l'information a fait que le service audiotex n'a pas été utilisé aussi fréquemment que dans les deux premiers mois de sa mise en service, et DSP n'a pu, du fait de cette réduction de volume, faire état du nombre

²⁵⁷ _ *Ibid.* à la p. 134107.

d'appels faits à son service audiotex pour démontrer l'ample utilisation de son annuaire par les consommateurs. Le service audiotex n'a donc pas été aussi utile qu'il aurait pu l'être pour vendre l'annuaire aux annonceurs.

M. Campbell a déclaré qu'il aurait été pratiquement impossible à DSP de changer de fournisseur quand elle a éprouvé des problèmes. Malgré les affirmations de M. Dolan, Télé-Direct avait peu de raisons de penser que Perception pouvait, même si elle le voulait, fournir un autre service de haute qualité à DSP. En fin de compte, le service fourni à DSP n'est redevenu acceptable qu'après le fusionnement de Perception et de Brite qui a rendu disponible une autre source d'alimentation vers le mois de novembre 1993.

Le Tribunal estime que Télé-Direct a utilisé le pouvoir de négociation que lui procurait sa position dominante sur le marché de la fourniture de publicité-annuaire pour faire pression sur Perception afin que celle-ci cesse d'approvisionner DSP, dans le but de faire échec ou, à tout le moins, de nuire à la tentative de cette dernière d'entrer sur le marché de Sault-Sainte-Marie²⁵⁸. Contrairement aux autres mesures prises par Télé-Direct à l'égard des marchés concurrentiels, les seuls effets perceptibles que ce geste a eus sur les consommateurs et les annonceurs ont été négatifs. Le Tribunal est d'avis que le type de comportement auquel Télé-Direct s'est livrée à l'égard du service audiotex à Sault-Sainte-Marie relève de la catégorie d'agissements anticoncurrentiels contre lesquels l'article 79 élève une protection.

²⁵⁸ L'entrée s'entend de la tentative de DSP de s'installer à Sault-Sainte-Marie par la publication d'un annuaire générateur de revenus, et non par celle d'un seul prototype.

Télé-Direct s'est-elle livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels relativement au service audiotex offert à Sault-Sainte-Marie? D'après les normes établies dans la décision *NutraSweet*²⁵⁹, un « acte isolé » ne constitue pas une pratique. En l'espèce, la détérioration du service audiotex fourni à DSP a fait suite à des efforts vigoureux et répétés de la part de Télé-Direct qu'il est difficile de considérer comme des « actes isolés ». En outre, la durée raisonnablement prévisible des conséquences de ces efforts et leur gravité n'invitent pas à penser qu'il puisse s'agir d'actes « isolés » qui ne seraient donc pas visés par l'article 79. Le Tribunal est d'avis, par conséquent, que le comportement de Télé-Direct relativement au service d'alimentation fourni à DSP pour le service audiotex qu'elle offrait à Sault-Sainte-Marie constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels.

De plus, le Tribunal n'a aucune peine à conclure que la détérioration de la qualité du service audiotex a entraîné une diminution sensible de la concurrence dans le marché de Sault-Sainte-Marie. DSP a été frustrée, lorsqu'elle a procédé à sa première campagne de sollicitation, de l'avantage qu'aurait pu représenter, sur le plan du marketing, le fait de se prévaloir du volume d'appels à son service audiotex pour démontrer aux annonceurs potentiels que son annuaire était utilisé, parce que le service s'est détérioré juste au moment où elle amorçait la campagne. Or, le principal obstacle auquel se heurte l'éditeur d'un nouvel annuaire est celui de l'établissement de sa crédibilité auprès des annonceurs²⁶⁰. Le problème du service audiotex a gravement handicapé DSP dans sa première démarche visant le recrutement d'annonceurs payants. Comme le directeur

²⁵⁹ *Supra* note 4 à la p. 67.

²⁶⁰ Pour un éditeur d'annuaire, démontrer Voir l'analyse de cette question aux pp. 133-34.

n'a pas sollicité, toutefois, de mesure de redressement particulière concernant ce problème ou, plus généralement, concernant les relations de Télé-Direct avec les fournisseurs, cette conclusion ne donne lieu à aucune mesure de redressement.

D. MARCHÉ DES SERVICES PUBLICITAIRES

1) Catégorie ou espèce d'entreprises au Canada (marché pertinent) : agents

Le directeur relève un certain nombre d'agissements anticoncurrentiels qui, selon lui, constituent une pratique ayant pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la fourniture de services publicitaires. Ces agissements qualifiés d'anticoncurrentiels touchent des agents et des consultants, ou, dans certains cas, les uns ou les autres. Le directeur est d'avis que, pour déterminer s'il y a empêchement ou diminution sensible de la concurrence, il faut tenir compte des effets conjugués de tous les agissements énumérés reconnus comme étant anticoncurrentiels parce que tous ces agissements ont des répercussions sur le marché des services publicitaires. En outre, l'un des prétendus agissements anticoncurrentiels est celui qui consiste à lier la fourniture de services publicitaires à la fourniture d'espace publicitaire, allégation dont nous avons déjà traité dans la section de la présente décision portant sur les ventes liées. Un autre agissement qualifié d'anticoncurrentiel, qui ressemble beaucoup à une allégation de ventes liées, est celui qui est visé à l'alinéa « *Squeezing* » (Compression) et qui consiste [TRADUCTION] « à réduire de plus en plus, avec le temps, les possibilités [pour les autres fournisseurs de service] de toucher une commission ».

Les défenderesses soutiennent que, dans la mesure où il existe un marché distinct des « services », les consultants et les agents exercent leurs activités sur des marchés différents et que les agissements touchant plus d'un marché ne peuvent être combinés pour constituer une pratique ni, du reste, pour déterminer s'il y a eu empêchement ou diminution sensible de la concurrence. Un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence doit avoir été reconnu *dans un marché*, aux termes de l'article 79. Elles prétendent également que Télé-Direct n'exerce de puissance commerciale ni sur l'un ni sur l'autre des marchés des services.

Étant donné que le Tribunal a reconnu qu'il existait un groupage anticoncurrentiel pour une partie seulement du marché des services publicitaires, le Tribunal ne peut partager l'opinion du directeur selon laquelle le marché des services publicitaires sur lequel les agents et les consultants exercent leurs activités englobe *tous* les clients de Télé-Direct. Les clients qui font paraître une annonce donnant droit à une commission selon la règle de 1993 font évidemment partie du marché des services publicitaires. Le segment du marché que représentent les clients dont le Tribunal a déterminé qu'ils étaient l'objet d'un groupage anticoncurrentiel au sens de l'article 77 -- en l'occurrence, les clients régionaux -- en fait également partie. (Nous reviendrons plus loin sur la question de savoir si la pratique des ventes liées devrait aussi être incluse dans l'allégation fondée sur l'article 79.) Les agents exercent leurs activités sur ce marché. Et Télé-Direct fait concurrence aux agents en fournissant des services à ces clients. Les consultants, eux, ne leur font pas concurrence.

Il est difficile de concevoir comment des agissements survenant sur des marchés différents pourraient logiquement être combinés pour déterminer s'il y a eu empêchement ou diminution sensible de la concurrence sur un marché en particulier. Par conséquent, seuls les agissements visant des agents peuvent être combinés pour déterminer s'il y a eu diminution sensible de la concurrence sur le marché des services publicitaires.

De ce fait, seuls les agissements visant les consultants peuvent être combinés pour déterminer s'il y a eu diminution sensible de la concurrence sur le marché pertinent où ils exercent leurs activités. C'est là une allégation distincte relevant de l'article 79. Les allégations détaillées contre les consultants seront traitées plus loin, dans la section intitulée « Consultants ».

Par ailleurs, les prétendues pratiques d'agissements anticoncurrentiels visant les agents ne revêtent pas toutes un caractère suffisamment semblable pour qu'on puisse les combiner dans le but de déterminer s'il y a eu empêchement ou diminution sensible de la concurrence sur le marché des services. En particulier, l'allégation de ventes liées (et sa reformulation comme le fait de « réduire de plus en plus avec le temps les possibilités de toucher une commission ») diffère grandement des autres agissements qualifiés d'anticoncurrentiels. Le directeur a fondé cette allégation sur les articles 77 et 79. Les deux dispositions donnent lieu à la même analyse et au même résultat. Le Tribunal ayant conclu que les ventes liées ont pour effet de diminuer sensiblement la concurrence en faisant obstacle à l'entrée ou à la participation accrue des agents sur le segment du marché que représentent les annonceurs faisant paraître de la publicité sur six à huit marchés, ou en les excluant de ce segment du marché, cette diminution sensible de la

concurrence doit-elle être combinée aux effets de toute autre pratique d'agissements anticoncurrentiels dont le directeur réussit à faire la preuve? Dans l'affirmative, tous les agissements reconnus comme étant anticoncurrentiels mèneraient alors automatiquement à la conclusion qu'il y a empêchement ou diminution sensible de la concurrence en raison de la conclusion du Tribunal au sujet des ventes liées.

Selon le Tribunal, il ne convient pas de combiner les effets des ventes liées aux effets de la pratique d'autres agissements anticoncurrentiels. Les autres prétendus agissements anticoncurrentiels (sauf pour ce qui concerne la publicité collective) se rapportent à un marché historique précis, soit le marché des comptes donnant droit à une commission, y compris les comptes satisfaisant à la règle des huit marchés, pour lesquels des droits acquis sont maintenus. Il est possible d'évaluer les effets des agissements qualifiés d'anticoncurrentiels dans ce contexte bien défini. La question est de déterminer s'il y a eu diminution sensible de la concurrence sur les marchés où les agents se font concurrence depuis longtemps. Dans le cas des ventes liées, l'allégation est que la taille du marché elle-même a été limitée.

En l'espèce, il y a une nette différence entre la nature et l'effet des ventes liées et la nature et l'effet des autres agissements qualifiés d'anticoncurrentiels, sauf pour ce qui concerne la publicité collective, dont nous traitons plus loin. Le Tribunal signale que cette différence pourrait ne pas exister dans les cas où il pourrait y avoir une certaine interaction ou une démarcation moins nette entre les allégations fondées sur l'article 77 et les allégations fondées sur l'article 79. Le fait de conclure que les défenderesses se sont livrées à des ventes liées ne signifie pas que l'on

doive conclure qu'il y a eu diminution sensible de la concurrence sur le segment du marché où les agents se font concurrence. Interdire les ventes liées devrait permettre aux agents de se faire concurrence sur le marché élargi comme ils l'ont fait sur le marché historique des comptes donnant droit à une commission. La conclusion selon laquelle il y a eu diminution sensible de la concurrence sur le marché historique des comptes donnant droit à une commission devrait, par conséquent, reposer sur une pratique d'agissements survenus sur ce marché.

Par conséquent, le Tribunal n'a pas besoin d'examiner plus à fond la question des ventes liées dans l'optique de l'article 79. Il se penchera maintenant sur les allégations concernant le marché des comptes donnant droit à une commission, puis sur l'allégation relative à l'interdiction de vendre de la publicité collective, qui est distincte.

2) **Contrôle du marché existant des comptes donnant droit à une commission**

Il est évident que, malgré les allégations du directeur à ce sujet, Télé-Direct n'exerce pas de contrôle ni de puissance commerciale *direct* sur le marché actuel des services publicitaires donnant droit à une commission. Elle détient une petite part d'environ 25 p. 100 de ce marché²⁶¹. En outre, le directeur avance une affirmation subsidiaire qui n'est pas fondée sur le contrôle direct exercé par Télé-Direct, mais bien sur l'hypothèse selon laquelle Télé-Direct reporte, sur le marché des services publicitaires, la puissance commerciale dont elle jouit sur celui de la vente d'espace publicitaire. Le Tribunal a conclu que Télé-Direct exerce un contrôle sur le marché de la

²⁶¹ _ Voir l'analyse plus poussée sur les parts de marché sous la rubrique « Analyse du marché actuel des comptes donnant droit à une commission » plus loin.

publicité-annuaire ce qui lui donne une puissance commerciale sur le marché de la vente d'espace publicitaire. Le directeur prétend que Télé-Direct se sert de cette puissance commerciale comme d'un levier pour exercer une puissance commerciale sur le marché des services publicitaires en se livrant aux prétendus agissements anticoncurrentiels. Le Tribunal convient qu'il s'agit là d'une thèse défendable qui pourrait, si la preuve en était faite, entrer dans le champ d'application de l'article 79. Il faut maintenant déterminer si Télé-Direct a effectivement utilisé ainsi la puissance commerciale dont elle jouit.

3) Analyse du marché actuel des comptes donnant droit à une commission

Les agissements qualifiés d'anticoncurrentiels sont énoncés en détail au paragraphe 65 de la demande. Nous ne paraphrasons ici (pas nécessairement dans l'ordre où ils figurent au paragraphe 65) que ceux qui visent les agents et le prétendu abus de position dominante :

1) elles [les défenderesses] « compressent » la marge bénéficiaire réalisable par les agents en leur transférant des tâches, en refusant de leur fournir des services et en rendant plus onéreuses les conditions afférentes à la fourniture d'espace publicitaire aux agents;

2) elles exercent une discrimination contre les agents en leur fournissant de l'espace publicitaire selon des modalités et des conditions moins favorables qu'au personnel de vente de Télé-Direct, notamment :

- *publicité collective* - elles interdisent la publication d'annonces contenant le nom de plus d'un annonceur local, par exemple, des franchisés;
- *facturation à la parution* - elles exigent des agents qu'ils acquittent au nom de leurs clients le montant total de la parution d'une annonce au moment de la parution de l'annonce plutôt que mensuellement, qui est la méthode de paiement utilisée pour les ventes de publicité effectuées par le personnel de vente de Télé-Direct;
- *date limite* - elles exigent des agents qu'ils présentent, avant la date qui est fixée pour le personnel de vente de Télé-Direct, la publicité à faire paraître;
- *justificatifs de parution, etc.* - elles refusent de fournir aux agents des justificatifs de parution, d'autres renseignements ou documents, ou elles leur fournissent trop tard;
- *programme de promotion* - elles tardent à informer les agents de l'existence de certains programmes de promotion qui sont offerts à leurs clients ou elles soustraient les clients des agents de l'application de ces programmes, notamment :
 - un programme dans le cadre duquel un annonceur faisant appel au personnel de vente de Télé-Direct pourrait obtenir une réduction du prix de son annonce dans les Pages Jaunes si par ailleurs une publicité par un autre média mentionnait les Pages Jaunes;
 - des programmes de publicité collective selon lesquels un fournisseur participe aux frais de publicité de son client ou de son distributeur;
 - des programmes de publicité codée consistant à placer dans les Pages Jaunes une nouvelle annonce comportant un nouveau numéro de téléphone et à surveiller les appels faits à ce numéro afin de déterminer l'efficacité de l'annonce;
 - d'autres programmes d'essai et de test.

Le directeur prétend que ces agissements ont porté préjudice aux agents et qu'aucune justification commerciale n'empêcherait les agissements d'être reconnus comme étant anticoncurrentiels. Le Tribunal pourrait constater que certains de ces agissements semblent avoir causé des difficultés aux agents et que, dans certains cas, ils ne semblent pas avoir de justification commerciale acceptable. Cependant, il n'est pas nécessaire de se lancer dans une

analyse détaillée de chacun des agissements pour mesurer leurs effets sur les agents par rapport à leur justification commerciale parce que nous avons conclu que le directeur n'a pas démontré que les agissements ont ou auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché pertinent des services publicitaires.

Les deux parties ont cité le passage de la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*, où il est dit que :

[e]ssentiellement, il faut déterminer si les agissements anti-concurrentiels auxquels se livre [...] [une entreprise] préservent ou augmentent son emprise sur le marché²⁶².

Selon la thèse du directeur, Télé-Direct étend la puissance commerciale dont elle jouit sur le marché de l'espace publicitaire au marché des services publicitaires en se livrant aux prétendus agissements anticoncurrentiels. Cela signifie que le directeur doit faire la preuve que Télé-Direct exerce, est en train d'établir, ou établira probablement une puissance commerciale sur le marché des services publicitaires.

Afin de déterminer si Télé-Direct contrôle maintenant le marché des services publicitaires, le Tribunal examine d'abord les parts de marché sur le marché actuel des comptes donnant droit à une commission. Le directeur et Télé-Direct divergent d'opinion sur les parts de marché respectives de Télé-Direct et des agents. Les parties se fondent sur diverses données qui, pour la plupart, soutiennent leurs thèses. Les estimations des parts de marché vont de 65 à 87 p.

²⁶² *Supra* note 4 à la p. 91.

100 dans le cas des agents et de 13 à 35 p. 100 dans le cas de Télé-Direct. Le Tribunal rejette les valeurs extrêmes avancées par le directeur et Télé-Direct puisqu'elles ne sont pas étayées par la preuve et, de fait, ni l'une ni l'autre partie ne les ont avancées sérieusement. Bien que les données présentent certaines lacunes, le Tribunal est persuadé que des parts de marché d'environ 75 p. 100 pour les agents et de 25 p. 100 pour Télé-Direct sont raisonnablement exactes²⁶³.

Une part de marché élevée pour les agents et une part de marché proportionnellement faible pour Télé-Direct donnerait à entendre que, même si Télé-Direct s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels, elle n'a pas réussi à exercer une puissance commerciale sur le marché des services publicitaires. En réalité, le fait que la part de marché de Télé-Direct soit aussi élevée peut fort bien être attribuable à des facteurs propres à Télé-Direct, mais qui ne sont pas anticoncurrentiels, par exemple le désir de certains annonceurs de traiter directement avec l'éditeur. Selon les données disponibles, il est évident que, même sur une base individuelle, Télé-Direct ne détient pas une part de marché aussi élevée que celle de DAC/NDAP, qui est d'environ 40 p. 100. Compte tenu de ces considérations, le Tribunal est convaincu que la part de marché de 25 p. 100 de Télé-Direct est bien en-deçà du niveau qu'on pourrait considérer comme dénotant l'exercice d'une puissance commerciale.

Le Tribunal doit en outre déterminer s'il existe des preuves permettant de conclure à une hausse progressive importante de la part de marché de Télé-Direct, ce qui pourrait indiquer que

²⁶³ Les deux parties ont convenu que la part de marché des agents en 1993 était de 80 p. 100 environ : pièce confidentielle CJ-31 (vol. noir n° 10), onglet 69 à la p. 131680. Si l'on redresse les données pour exclure les ventes d'annonces dans les annuaires de Télé-Direct réalisées par les agents établis à l'extérieur du territoire de Télé-Direct, on obtient approximativement des parts de 75 p. 100 pour les agents et de 25 p. 100 pour Télé-Direct.

Télé-Direct est en voie ou est susceptible, dans l'avenir, d'acquérir une puissance commerciale par le fait des agissements que le directeur prétend anticoncurrentiels. Certes, des éléments de preuve anecdotiques indiquent que des annonceurs passent d'un agent à Télé-Direct pour certaines des raisons qui constituent des agissements dont le directeur affirme qu'ils sont anticoncurrentiels, comme la facturation à la parution. Aucune tendance à la diminution de la part de marché des agents ou à l'augmentation de celle de Télé-Direct n'a été démontrée pour quelque période que ce soit. De plus, il ne semble pas que le domaine des agences de publicité soit peu attractif ni que les agences soient toutes en train de fermer leurs portes. Au contraire, le Tribunal a la preuve que d'autres agents ont été accrédités ces dernières années et que d'autres encore souhaitent obtenir l'accréditation.

Y a-t-il des raisons de croire que, à l'avenir, les agissements qualifiés d'anticoncurrentiels auront sur les agents un effet néfaste *plus grand* que celui qu'ils auraient pu avoir par le passé? Le Tribunal reconnaît qu'un élément nouveau a été ajouté aux interactions sur le marché par la création relativement récente du RCA de Télé-Direct. Se pourrait-il que les agissements qualifiés d'anticoncurrentiels, conjugués aux activités de Télé-Direct (Média) Inc., qui sont pour Télé-Direct un moyen supplémentaire de se livrer à des pratiques analogues à ceux-ci, aient pour effet dans l'avenir d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché?

Le Tribunal est incapable d'arriver à cette conclusion. Il n'a aucune preuve de l'incidence sur les concurrents de l'arrivée du RCA de Télé-Direct sur le marché. Ce dernier livre concurrence depuis 1994, mais aucun élément de preuve n'a été présenté au Tribunal pour lui permettre de conclure que sa présence sur le marché, conjuguée aux prétendus agissements

anticoncurrentiels de Télé-Direct, s'est traduite ou se traduira par une part de marché considérablement moins élevée pour les agents et une part de marché proportionnellement plus élevée pour Télé-Direct. Si la présence du RCA sur le marché avait été un facteur important, il y aurait eu lieu de s'attendre à ce qu'un grand nombre de clients délaissent les agents indépendants pour faire affaire avec le RCA de Télé-Direct. Or, la preuve de ce changement de fournisseur n'a pas été faite. Il est vrai que l'existence du RCA de Télé-Direct est encore jeune et qu'il peut ne pas être aussi efficace maintenant qu'il le sera dans l'avenir. Pour être valables, toutefois, les inférences quant à l'avenir doivent être fondées sur des éléments de preuve. Compte tenu de la preuve au dossier, toute conclusion au sujet de l'effet futur du RCA de Télé-Direct conjugué aux supposés agissements anticoncurrentiels serait hypothétique.

Le fardeau de prouver qu'il y a diminution sensible de la concurrence incombe au directeur. Le Tribunal conclut que, bien que certains des désavantages sur lesquels reposent les allégations d'abus de position dominante avancées par le directeur et qui ont été imposés aux agents par Télé-Direct puissent avoir eu certains effets néfastes sur ces derniers, ces effets n'ont pas pu être importants et ne le seront vraisemblablement pas, autrement les agents ne détiendraient pas 75 p. 100 du marché ou encore il existerait des preuves d'une diminution avec le temps de la part de marché des agents.

4) Publicité collective

On appelle publicité collective la publicité par grande annonce où figurent les noms commerciaux individuels d'un certain nombre de franchisés ou de distributeurs sous un même logo ou une marque de commerce commune²⁶⁴. Ce genre d'annonce est désormais interdit par Télé-Direct et à tous égards n'est vendu ni par les agents ni par Télé-Direct²⁶⁵. Les revenus qui pourraient peut-être être convertis en revenus de publicité collective sont actuellement ceux qui proviennent de comptes ne donnant pas droit à une commission et dont s'occupe le personnel de vente, à titre de comptes d'annonceurs locaux ou individuels.

La prétendue pratique d'agissements anticoncurrentiels concernant la publicité collective a pour effet d'empêcher la concurrence en limitant la taille du marché des comptes donnant droit à une commission ouvert aux agents, plutôt qu'en limitant la capacité des agents de soutenir la concurrence pour les comptes existants donnant droit à une commission. En raison de la nature différente des allégations, la question de savoir si la pratique de Télé-Direct en ce qui concerne la publicité collective est susceptible d'empêcher sensiblement la concurrence doit être évaluée séparément des prétendues pratiques d'agissements anticoncurrentiels ayant trait au marché existant des comptes donnant droit à une commission.

²⁶⁴ La difficulté ici réside dans le fait que certains franchisés ou licenciés exploitent un certain nombre d'autres entreprises en plus de celle qu'ils exploitent en vertu d'un contrat de franchisage ou d'une licence et qu'ils n'exploitent pas cette entreprise sous une « dénomination sociale ». Ils veulent une inscription dans l'annuaire sous leur propre nom, qui bien souvent jouit d'une bonne réputation dans leur collectivité, tout en participant à la publicité collective pour faire connaître leur franchise ou leur licence. Les concessionnaires Autopro sont un bon exemple : les garages ou stations-service accrédités Autopro n'affichent pas la bannière Autopro. Télé-Direct ne leur permet pas d'être inscrits sous leur nom individuel dans un annuaire.

²⁶⁵ Des éléments de preuve ont révélé qu'il arrive qu'une annonce qui semble être une annonce collective ou quelque chose ressemblant à une annonce collective soit publiée, mais le Tribunal est convaincu que la politique de Télé-Direct est d'interdire la publicité collective.

Selon le Tribunal, la politique de Télé-Direct en matière de publicité collective est dictée par sa crainte de perdre des revenus nets si les annonceurs décidaient d'abandonner ou de réduire la publicité individuelle au profit de la publicité collective. L'effet secondaire de cette politique est qu'elle interdit un type de publicité qui aurait principalement intéressé les gros annonceurs, par exemple, les franchiseurs, dont certains sont des cibles probables des agences. Bien que le Tribunal ait entendu des témoignages anecdotiques ayant montré que certains annonceurs préféreraient participer à une publicité collective, aucun élément de preuve ne lui a été présenté concernant l'ampleur de l'effet de cette restriction. En ce qui a trait aux agents, le Tribunal croit que de tels renseignements auraient dû être fournis. Sans ces éléments de preuve, le Tribunal ne peut conclure que le fait d'interdire la publicité collective constitue un empêchement sensible de la concurrence.

5) Conclusion

Le Tribunal ne peut conclure que les éléments de preuve démontrent que les agissements qualifiés d'anticoncurrentiels sur le marché existant des comptes donnant droit à une commission et relativement à la publicité collective ont, ont eu, ou auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Par conséquent, le Tribunal n'a pas compétence pour ordonner des mesures de redressement en vertu de l'article 79 de la Loi. Il n'y a donc pas lieu d'examiner en détail si chacun des agissements reprochés est anticoncurrentiel et si ces agissements, dans leur ensemble ou individuellement, constituent une pratique.

Le Tribunal est bien conscient que certains des agissements de Télé-Direct à l'égard des agents semblent intentionnels et insensés. Toutefois, le Tribunal de la concurrence n'est pas là en général pour régler les pratiques d'un secteur. Il a pour seule compétence de remédier à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence et, lorsque cet empêchement ou cette diminution n'est pas prouvé, il ne peut ordonner des mesures de redressement.

E. CONSULTANTS

1) Introduction

À l'alinéa 65b) de la demande, le directeur affirme que Télé-Direct s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels en refusant de traiter directement avec les consultants représentant des annonceurs achetant de l'espace publicitaire auprès de Télé-Direct. L'alinéa se poursuit comme suit :

[TRADUCTION]

Les défenderesses ont formulé des lignes directrices à l'intention de leur personnel de vente d'espace publicitaire, où il est prévu que le client doit traiter avec les vendeurs des défenderesses et qu'aucun consultant ne peut traiter avec leur personnel de vente en qualité de représentant d'un client.

Les aspects plus précis, énoncés ci-après, du refus de traiter directement avec les consultants ont été fournis dans l'argumentation écrite, au paragraphe 297 :

[TRADUCTION]

[I.]

a) instructions écrites : refus de donner suite aux instructions écrites reçues des consultants au nom des annonceurs;

b) instructions verbales : refus de donner suite aux instructions verbales reçues des consultants au nom des annonceurs ou de rencontrer des consultants ou l'annonceur en présence de consultants pour recevoir ces instructions;

c) suivi : refus de traiter avec des consultants relativement à des erreurs ou à des problèmes subséquents.

Au sous-alinéa 65c)(v) de la demande, le directeur affirme que Télé-Direct s'est également livrée à des agissements anticoncurrentiels en fournissant de l'espace publicitaire aux consultants selon des modalités et conditions moins favorables qu'à son propre personnel de vente, notamment en rejetant ou en traitant de façon dilatoire des commandes en prétendant qu'elles contenaient des erreurs ou présentaient d'autres problèmes qui n'auraient pas retardé le placement ou n'auraient pas entraîné le rejet de ces mêmes commandes si elles avaient émané de son personnel de vente. Énoncés au paragraphe 296 de l'argumentation écrite, les aspects précis de ces agissements sont les suivants :

[TRADUCTION]

[II.]

a) problèmes liés à la livraison et au traitement : refus de donner suite ou d'accuser réception des commandes pour lesquelles des consultants sont intervenus, ce qui entraîne le retard ou le rejet de ces mêmes commandes, ou refus de traiter ces commandes ou de les retourner à l'annonceur ou au consultant;

b) prétendues erreurs : décèlement dans les commandes d'erreurs ou de problèmes qui ne retarderaient pas le traitement ou n'entraîneraient pas le rejet de ces commandes si celles-ci étaient traitées par le personnel de vente des défenderesses;

c) instructions verbales : refus de rencontrer l'annonceur pour recevoir des instructions résultant des conseils fournis par un consultant;

d) agissements indirects : rejet des commandes provenant des consultants ou retard dans le traitement de ces commandes, ce qui a pour effet de permettre ou de faciliter les agissements indirects suivants :

i) informer les annonceurs que leurs commandes risquent de ne pas être traitées si elles sont préparées par des consultants, dire que les consultants sont des « escrocs », qu'ils ont commis des erreurs ou faire d'autres menaces du même genre ou des commentaires de nature à discréditer les consultants;

ii) inciter les annonceurs à rompre leur contrat avec les consultants.

Les derniers agissements qualifiés d'anticoncurrentiels visant les consultants sont énoncés à l'alinéa 65e) de la demande. Le directeur prétend que Télé-Direct s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels en refusant de fournir aux consultants les normes applicables au placement d'annonces dans ses annuaires.

Le Tribunal examinera les prétendus agissements anticoncurrentiels aux rubriques a) Refus de traiter directement avec les consultants, b) Agissements discriminatoires et c) Normes, à la section « 5) Agissements anticoncurrentiels » plus loin.

2) Allégations - Actes de procédure

Selon les défenderesses, les « agissements indirects » énumérés à l'alinéa II d) ci-dessus ne sont pas visés par le sous-alinéa 65c)(v) de la demande et ne devraient donc pas être considérés par le Tribunal. Les défenderesses soutiennent également que l'une des mesures de redressement demandées par le directeur, relativement aux droits d'auteur dans les annonces, n'a pas été plaidée. Le directeur a reconnu que les arguments en faveur de cette mesure de redressement ne sont pas solides, de sorte que le Tribunal ne s'y penchera pas plus longuement.

Au sujet de l'interprétation des actes de procédure et de ce qui peut être considéré comme en relevant raisonnablement, le Tribunal a indiqué, à l'étape de l'argumentation finale, que ce qui

est déterminant est la question qui, selon les parties, est en litige, quand on considère l'ensemble de la poursuite. Le Tribunal utilisera la même approche pour examiner les arguments ici.

L'avocat des défenderesses a admis que les aspects IIa) et IIb) relevaient clairement de la demande et que l'aspect IIc) pouvait raisonnablement être déduit de la demande, mais que l'aspect IId) était étranger aux actes de procédure. Les éléments de d), mis en évidence dans l'exposé verbal des motifs d'opposition des défenderesses, avaient trait à l'incitation des annonceurs à rompre leurs contrats avec les consultants et aux allégations de médisance à l'endroit des consultants. En réponse à ces objections, l'avocat du directeur a précisé que le directeur ne demandait pas qu'une mesure de redressement soit prise relativement aux agissements indirects et qu'il n'y avait pas vraiment lieu de déterminer si ces agissements relevaient des allégations. Le Tribunal fait quelques réserves sur cette position. Le directeur demande de toute évidence une mesure de redressement pour les agissements qualifiés d'anticoncurrentiels consistant pour Télé-Direct à fournir de l'espace publicitaire aux consultants selon des modalités et conditions moins favorables qu'à son propre personnel de vente, notamment en rejetant ou en traitant de façon dilatoire des commandes en prétendant qu'elles contiennent des erreurs ou présentent d'autres problèmes, dont l'acte énoncé au sous-alinéa IId)(i), du moins, est un élément. Le directeur a également reconnu cependant, et le Tribunal est aussi de cet avis, que l'examen de toute question concernant l'incitation à la rupture de contrat est du ressort des tribunaux civils. Le Tribunal ne poussera donc pas plus loin l'étude de cette question. Les autres agissements énoncés au sous-alinéa IId) ont été abordés par les *deux* parties au moyen de la preuve et de l'argumentation. La façon dont les défenderesses se sont comportées

depuis le début de l'instance indique qu'elles savaient que ces agissements étaient en cause.

L'examen au fond de ces questions par le Tribunal ne leur causera donc aucun préjudice.

3) Concurrence entre les consultants et Télé-Direct

Pour que le Tribunal donne raison au directeur relativement à ses allégations, celui-ci doit d'abord démontrer que Télé-Direct et les consultants se font concurrence. Les défenderesses soutiennent que les consultants ne travaillent pas à « réaliser une vente », mais bien à la « défaire ». Elles décrivent les consultants comme des fournisseurs indépendants (ou non partisans) de conseils à des annonceurs locaux dans les annuaires téléphoniques Pages Jaunes, annonceurs qui sont mécontents. Elles affirment que Télé-Direct n'exerce pas ses activités sur ce marché puisque les annonceurs reconnaissent que les conseils que fournit Télé-Direct sont partisans et non indépendants.

Le Tribunal croit que, si la relation entre Télé-Direct et les consultants n'est pas celle que l'on voit dans le contexte de concurrence le plus courant, ils ne se font pas moins concurrence. Il est vrai que les consultants prodiguent des conseils qui ont pour effet de réduire les ventes, tandis qu'il est fort peu probable que les représentants de Télé-Direct offrent le même genre de conseils. Il est également vrai que les conseils des consultants sont indépendants alors que ceux que fournissent les représentants de Télé-Direct sont, par définition, partisans. En outre, les consultants n'ont généralement pas une relation de longue durée avec un annonceur et leur

rémunération prend une forme différente de celle des représentants de Télé-Direct. Il est possible qu'il y ait d'autres différences mineures.

Au fond, cependant, aussi bien les consultants que les représentants de Télé-Direct fournissent des services qu'utilise un client pour avoir en définitive une annonce dans les Pages Jaunes. Selon la preuve déposée en l'espèce, un client a le choix de recourir soit aux services d'un consultant soit à ceux d'un représentant de Télé-Direct pour obtenir ces services. En ce sens, ils peuvent se substituer l'un à l'autre et ils se font concurrence pour servir les clients annonceurs. De nombreux éléments de preuve présentés au Tribunal ont montré que Télé-Direct, en fait, considère les consultants comme d'importants concurrents, qu'elle surveille leur expansion et qu'elle prend des mesures pour tenter de les empêcher d'empiéter sur ses revenus.

Cela ne veut pas dire que les consultants (et les représentants de Télé-Direct) exercent leurs activités sur le marché « distinct » des services publicitaires, argument que le Tribunal a déjà rejeté. Les consultants comme Télé-Direct participent au grand marché des services de publicité-annuaire. Télé-Direct contrôle ce marché, tel qu'il a été décrit au chapitre « VII. Contrôle : puissance commerciale ».

4) Faits

a) Consultants et méthode de fonctionnement

Trois consultants en publicité-annuaire ont témoigné devant le Tribunal. Jim Harrison, de Tel-Ad Advisors Ltd. (« Tel-Ad »), dessert le marché ontarien à partir d'un bureau dans la région de Toronto depuis juin 1984. Avant cette date, M. Harrison travaillait pour Dominion Directory. Serge Brouillet, qui travaillait auparavant aux ventes, puis à la formation et à la promotion chez Télé-Direct, a mis sur pied Ad-Vice Communications (« Ad-Vice ») au milieu de 1989, à Sudbury, pour desservir le Nord de l'Ontario. En automne de 1990, M. Brouillet a vendu à Charles Blais les activités relatives à la région du Nord de l'Ontario, qui allaient être exploitées sous le nom de Ad-Vice North, puis il s'est établi à Toronto. M. Blais, qui a aussi comparu comme témoin, a exploité la franchise Ad-Vice, à Sudbury, de novembre 1990 à décembre 1992, date à laquelle il l'a revendue à M. Brouillet, qui l'a dirigée en 1993.

Un résumé du *modus operandi* des consultants en général servira de toile de fond à l'examen des relations entre les consultants et Télé-Direct et des allégations du directeur. Le travail des consultants repose sur le principe que de nombreux annonceurs dans les Pages Jaunes peuvent réduire leurs dépenses de publicité dans les Pages Jaunes sans diminuer pour autant l'efficacité de la publicité. Autrement dit, les consultants ciblent les clients qui sont insatisfaits du montant qu'ils versent à Télé-Direct et qui sont prêts à payer les honoraires d'un consultant pour réduire ce montant. Les consultants recrutent leurs clients dans les Pages Jaunes où ils repèrent des candidats possibles pour leurs services, des clients à qui ils peuvent faire économiser de l'argent. Deux des principaux facteurs de sélection sont le format de l'annonce et l'utilisation de la couleur. Le nombre de rubriques et le nombre d'annuaires sont également pris en compte.

Après avoir communiqué avec le client par téléphone pour savoir si celui-ci est intéressé à utiliser ses services, le consultant, ou un employé du consultant, rencontre le client pour lui présenter les différentes façons possibles de modifier la publicité. Le risque de conflit avec Télé-Direct et ses représentants commerciaux à commission est dès le départ évident. Le revenu des consultants repose sur la réduction des dépenses des clients au titre de la publicité dans les Pages Jaunes. Par conséquent, les consultants essaient de convaincre le client que le montant supplémentaire qu'il paie pour des options comme un plus grand format et de la couleur n'en vaut pas la peine. À cette fin, ils peuvent attirer l'attention du client sur ce qu'il lui en coûte de plus pour ces options et remettre en question l'efficacité de ces options pour lui. Les représentants de Télé-Direct, évidemment, insistent sur l'importance et sur l'efficacité de la couleur, du format et autres en s'appuyant sur des arguments et des preuves établis par Télé-Direct pour montrer que ces options valent leur pesant d'or.

Au début de ses activités, Tel-Ad envoyait les commandes de ses clients à Télé-Direct pour leur traitement. Télé-Direct rejetait ces commandes. Tel-Ad a alors envoyé les commandes sur un bon de commande général, non personnalisé. Ces commandes ont aussi été rejetées et retournées soit à Tel-Ad soit aux clients. Les tentatives d'envoi des commandes accompagnées d'une lettre de procuration du client ont également échoué. Finalement, Tel-Ad a simplement confié aux clients le soin de présenter leur commande à Télé-Direct. En juillet 1984, Tel-Ad a intenté une poursuite contre Télé-Direct parce que cette dernière refusait d'accepter les commandes de publicité directement de Tel-Ad. Elle a également demandé une injonction interlocutoire exigeant que Télé-Direct accepte les commandes présentées par Tel-Ad au nom

des annonceurs. La demande d'injonction a été rejetée parce qu'aucun préjudice irréparable n'avait été causé, et la poursuite a été abandonnée plus tard. Les activités de Tel-Ad sont à l'origine de la première version des lignes directrices de Télé-Direct, rédigées en 1986, en ce qui concerne la façon de traiter avec les consultants. Les lignes directrices de Télé-Direct sont examinées plus en détail ci-après.

b) Réaction de Télé-Direct - Généralités

L'existence et les activités des consultants attaquent la fiabilité des conseils prodigués par les représentants commerciaux de Télé-Direct et mettent en péril des activités fort lucratives. Télé-Direct fait tout en son pouvoir pour empêcher que les consultants soient écoutés de ses clients. Elle a diffusé des annonces mettant ses clients en garde contre les consultants. Par l'entremise de ses représentants et des lettres qu'elle envoie à ses clients, Télé-Direct exhorte ceux-ci à l'appeler si des consultants communiquent avec eux.

Selon les lignes directrices de 1986 de Télé-Direct sur la façon de traiter avec les consultants, le message « officiel » que doivent communiquer aux clients les représentants de Télé-Direct est que l'objectif des consultants est de réduire la publicité dans les Pages Jaunes, ce qui aura pour effet de diminuer l'efficacité de la publicité et, vraisemblablement, de nuire aux affaires du client, selon des études réalisées par Télé-Direct. Les représentants de Télé-Direct insistent sur le fait que les consultants ne sont payés que si le client réduit ses dépenses de publicité dans les Pages Jaunes, insinuant par là que les consultants fournissent probablement des

conseils biaisés, et que Télé-Direct fournira le « même » service que le consultant (conseils et conception graphique) « sans frais supplémentaires »²⁶⁶. Télé-Direct encourage également ses représentants à faire remarquer au client que, si Télé-Direct considère ses clients dans une perspective à long terme, les consultants, eux, n'entretiennent pas de relation continue avec leurs clients, de sorte qu'ils ne sont pas portés à considérer les répercussions négatives possibles à long terme de leurs conseils sur les affaires du client.

Selon la preuve déposée, au moins quelques représentants commerciaux ont poussé beaucoup plus loin leurs efforts visant à discréditer les consultants, les traitant d'« escrocs » et d'autres noms, affirmant qu'ils ne connaissaient pas bien les normes de Télé-Direct et montrant à des clients de mauvaises photocopies d'annonces dont la conception graphique avait été réalisée par des consultants, afin de semer des doutes quant à leur éthique et à leur professionnalisme.

Télé-Direct a pris également d'autres mesures, positives celles-là, pour tenir tête aux consultants en améliorant ses services à la clientèle. Par exemple, Télé-Direct a essayé de créer une meilleure relation fournisseur-client en pratiquant la « vente-conseil » et en assignant des représentants à des clients pour une période allant jusqu'à trois ans plutôt que de changer de représentant chaque année. Bien que ces changements n'aient pas été apportés par Télé-Direct uniquement pour réagir à la concurrence des consultants, ils trouvaient leur origine dans l'insatisfaction des clients à l'égard des services de Télé-Direct.

²⁶⁶ Ces affirmations ne tiennent pas compte du fait que les représentants de Télé-Direct donneraient rarement aux clients des conseils sur la façon de réduire leurs dépenses de publicité, voire jamais.

c) Lignes directrices de Télé-Direct concernant les consultants

Les lignes directrices énoncent la marche à suivre et les directives de Télé-Direct à l'intention de son personnel de vente pour ce qui concerne la façon de traiter les commandes de publicité provenant de consultants et la manière de traiter avec les clients quand la participation d'un consultant a été détectée ou soupçonnée. Cette relation entre les consultants, les clients et Télé-Direct est au coeur des allégations de pratique d'agissements anticoncurrentiels faites par le directeur. Bien que l'application des diverses lignes directrices ait été quelque peu inégale et que l'interprétation de leurs modalités ait varié, il est clair que Télé-Direct n'a, en aucun moment, traité directement avec un consultant agissant *au nom* ou en qualité de représentant d'un annonceur. Télé-Direct a toujours insisté pour se rendre chez un client qu'elle soupçonnait de recourir aux services d'un consultant, même après avoir reçu une commande du client et obtenu sa signature sur ses propres documents. La trousse que M. Brouillet, d'Ad-Vice, a remise à ses clients, après avoir vainement tenté de leur éviter la visite du représentant de Télé-Direct en leur fournissant lui-même le contrat de Télé-Direct ou un document semblable²⁶⁷, contenait une note les informant qu'un représentant de Télé-Direct communiquerait avec eux pour le transfert des modalités du plan de publicité sur les formulaires de Télé-Direct.

i) Lignes directrices de 1986 et application

Comme règle générale, les lignes directrices de 1986 précisaient ce qui suit :

²⁶⁷ Télé-Direct l'a menacé d'engager une poursuite contre lui pour violation de droit d'auteur dans ses dispositions contractuelles.

[TRADUCTION]

c) Télé-Direct refusera toute commande d'insertion reçue directement de consultants qui n'ont pas le statut d'agence de publicité accréditée par Télé-Direct.

d) Les représentants commerciaux de Télé-Direct devraient continuer de communiquer avec leurs clients directement et leur demander de signer les contrats et les feuilles de mise en page de Télé-Direct pour s'assurer de l'exactitude de la proposition de publicité dans les Pages Jaunes préparée par un consultant en publicité-annuaire²⁶⁸.

S'il est possible que la politique de Télé-Direct de ne pas accepter directement de commandes de consultants ait été observée dans l'Ouest du territoire desservi par Télé-Direct, elle ne l'a pas été dans l'Est, en particulier à Montréal, à Sudbury et à Ottawa. Dans les lettres qu'elle a envoyées, en 1989, à Consultant en publicité annuaire et communication (CEPAC 2000) Inc. (« CEPAC 2000 ») à Montréal et à Ad-Vice à Sudbury et, en 1990, à Steven White de Tel-Ad à Ottawa²⁶⁹, Télé-Direct précisait à l'intention des consultants en question la marche à suivre pour lui présenter des commandes²⁷⁰. Les commandes devaient être envoyées à des gestionnaires désignés de Télé-Direct aux bureaux compétents, accompagnées de l'autorisation adéquate de l'annonceur sur le papier à en-tête de l'entreprise de l'annonceur.

Paul de Sève, vice-président aux ventes pour la région de l'Est chez Télé-Direct, a confirmé que, même si la politique de Télé-Direct était de ne pas traiter directement avec le consultant au nom de l'annonceur, dans la région de l'Est du moins, les commandes des

²⁶⁸ Pièce confidentielle CJ-10 (vol. bleu n° 1), onglet 5 (public).

²⁶⁹ Non affilié à M. Harrison.

²⁷⁰ Télé-Direct a d'abord refusé les commandes de M. Brouillet, jusqu'à ce qu'il obtienne une copie de la lettre envoyée à CEPAC 2000.

consultants étaient acceptées. Elles n'étaient pas automatiquement rejetées ni retournées au consultant même si Télé-Direct savait qu'un consultant était intervenu. Les commandes étaient vues comme une indication que le client voulait modifier sa publicité et un représentant de Télé-Direct se rendait chez l'annonceur pour traiter directement avec lui. Selon les propres mots de Télé-Direct :

[TRADUCTION]

... Peu importe que l'« agent au rabais » ou le client envoie une commande d'insertion, de modification ou d'annulation de sa publicité dans les Pages Jaunes par lettre ou par bon de commande, nous considérons cette information comme une indication que le client souhaitait renégocier sa publicité dans les Pages Jaunes. Le représentant de Télé-Direct traitait directement avec notre client, utilisant nos formulaires et nos contrats pour la mise en forme de la publicité dans les Pages Jaunes²⁷¹.

ii) Politique de 1990 et application

En décembre 1990, Télé-Direct a mis en oeuvre de nouvelles lignes directrices concernant les consultants. La version révisée des lignes directrices commençait de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Nous avons modifié notre mode de fonctionnement en ce qui a trait aux « agents au rabais » depuis décembre 1990, afin de renforcer notre philosophie de service direct à la clientèle.

Ces modifications ont été apportées pour faire en sorte que nous ne donnions pas suite aux instructions des « agents au rabais » concernant l'insertion, la modification ou l'annulation de la publicité de nos clients dans les Pages Jaunes. En outre, ces modifications visent à faire savoir clairement à nos clients que nous ne faisons aucunement affaire avec les « agents au rabais »²⁷².

²⁷¹ Mode de fonctionnement en vigueur avant décembre 1990 : pièce confidentielle CJ-11 (vol. bleu n° 2), onglet 58 à la p. 107788 (publique).

²⁷² Mode de fonctionnement, décembre 1990 : *ibid.* à la p. 107792 (publique).

Les « règles générales » établies par ces lignes directrices étaient les suivantes :

[TRADUCTION]

- Nous accepterons toujours les lettres ou les enveloppes que nous expédient ou nous donnent les clients et nous agirons selon leurs volontés.
- Au meilleur de notre connaissance, nous n'accepterons pas l'information que des « agents au rabais » nous envoient ou nous donnent au nom de nos clients, ni ne donnerons suite à cette information, pas plus que nous n'accepterons l'information que nous envoient ou nous donnent nos clients et qui contient des instructions provenant d'« agents au rabais », ni ne donnerons suite à cette information.

Notre politique sera plutôt de refuser les enveloppes envoyées par des « agents au rabais » ou des clients pour des « agents au rabais », et, si une enveloppe est acceptée par erreur, son contenu sera retourné à l'« agent au rabais » avec une lettre explicative²⁷³.

Les lignes directrices fournissent ensuite plus de détails sur la marche à suivre dans des situations particulières. L'essentiel de cette marche à suivre était que, si, par suite de l'examen externe d'une lettre ou d'une enveloppe, il était clair que cette lettre ou ce colis provenait d'un consultant ou d'un client travaillant avec un consultant, la lettre ou l'enveloppe serait retournée au consultant. Si la lettre ou l'enveloppe provenait, selon toute apparence, d'un client et que rien à l'extérieur n'indiquait l'intervention d'un consultant, elle serait ouverte, mais si l'examen du contenu révélait l'intervention ou la présence d'instructions d'un consultant, la lettre ou l'enveloppe serait retournée au consultant. Même quand la lettre ou l'enveloppe semblait provenir ou était, de fait, laissée par le client, si elle était rejetée en raison de l'intervention d'un consultant, le client ne serait pas informé que la commande serait retournée au consultant.

M. de Sève a admis que les procédures décrites ci-dessus représentaient un changement radical par rapport aux lignes directrices de 1986, du moins en ce qui concerne la façon dont les bureaux de Montréal, de Sudbury et d'Ottawa fonctionnaient²⁷⁴. Il est également évident, selon

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Il n'est pas certain si les consultants touchés avaient été informés spécifiquement des modifications apportées à la politique ou des dispositions exactes de la nouvelle politique. MM. Brouillet et Blais affirment qu'ils ne l'ont pas été.

son témoignage, que la raison principale de la modification était que Télé-Direct se demandait si elle avait bien fait de « légitimer » les consultants comme elle l'avait fait en rédigeant, en 1989 et en 1990, les lettres dont il a été question précédemment. La grève des représentants commerciaux de Télé-Direct en 1990 laisse supposer que les consultants ont été particulièrement occupés à l'automne de cette année-là.

Sur un point, les lignes directrices de 1990 ont été observées à la lettre. Télé-Direct n'a jamais accepté de commandes qui n'étaient pas présentées sur du papier à en-tête du client. Quant aux autres aspects des lignes directrices, il semble qu'ils aient été observés de façon inégale. Malgré l'énoncé de Télé-Direct selon lequel elle accepterait *toujours* les commandes de ses clients et « agirait selon leurs volontés », il régnait de toute évidence chez Télé-Direct beaucoup d'incertitude quant à la façon dont les lignes directrices devaient être appliquées en ce qui concerne le rejet des commandes de clients ayant fait affaire avec un consultant. Certaines commandes portant des indications de l'intervention d'un consultant ou pour lesquelles il était clair qu'un consultant était intervenu ont été acceptées sans incident ou acceptées après un premier rejet. Pourtant, selon le témoignage de M. de Sève, que le Tribunal considère comme une application « officielle » des lignes directrices étant donné le titre de vice-président des ventes pour la région de l'Est que portait M. de Sève, lorsqu'il y avait un doute, Télé-Direct *supposait* que les documents provenaient d'un consultant et on retournait ceux-ci au consultant sans en informer le client.

C'est ce qui s'est produit à l'été de 1991, dans le cas d'une enveloppe contenant 23 commandes signées par des clients, mais préparées en réalité par Ad-Vice North (M. Blais).

Un document interne de Télé-Direct décrivant la façon dont il convenait de répondre à une plainte de M. Blais au sujet de cet incident indique que les commandes ont été retournées à Ad-Vice North par le personnel du bureau de Sudbury *bien que* le nom de l'agence Ad-Vice North n'ait été mentionné nulle part sur la correspondance et *indépendamment* du fait que la lettre d'instructions provenait du client, parce que les employés avaient reconnu la « présentation » propre à Ad-Vice. M. de Sève a avancé qu'on avait probablement supposé l'intervention du consultant à cause du nombre de commandes dans une seule enveloppe.

M. de Sève a également confirmé que, en 1991, Télé-Direct a adopté une autre politique selon laquelle elle refuserait de traiter conformément aux instructions du client les commandes reçues à la date limite si ces commandes provenaient d'un consultant, alors qu'elle accepterait de les traiter si elles provenaient de son propre personnel de vente. Télé-Direct tiendrait plutôt compte du contrat de l'année précédente conclu avec le client ou du contrat le plus récent signé par le client.

iii) Politique de 1992 et application

Les difficultés qu'ont entraînées les lignes directrices de 1990 et le manque d'uniformité dans leur application ont mené à la formulation, en février 1992, des lignes directrices les plus récentes de Télé-Direct concernant les consultants. Ces lignes directrices sont actuellement en vigueur. Le mode de fonctionnement décrit dans ces lignes directrices précise que celles-ci visent à [TRADUCTION] « donner un caractère officiel à notre politique actuelle qui est de traiter directement avec les clients ». Voici deux aspects importants de cette politique :

[TRADUCTION]

... Télé-Direct n'acceptera pas qu'un consultant nommé par un client représente celui-ci auprès de Télé-Direct, et Télé-Direct, en connaissance de cause, ne donnera pas suite aux instructions d'un consultant agissant au nom d'un client²⁷⁵.

La marche à suivre détaillée précise que, lorsque de la correspondance est reçue d'un consultant, que ce soit par la poste, par messenger, par livraison, ou par d'autres méthodes, l'envoi est ouvert et le contenu examiné afin de déterminer les mesures à prendre (selon une liste de mesures identifiées de A à D). Selon celles-ci, toute lettre provenant d'un client qui a nommé un consultant pour agir en son nom doit être retournée au client accompagnée d'une lettre type indiquant que Télé-Direct ne traite qu'avec ses clients directement (B). Toute « directive » émanant d'un consultant doit être retournée au consultant accompagnée d'une lettre type indiquant simplement que les documents ont été reçus « par erreur » (C). Une deuxième lettre type doit être envoyée au client pour lui expliquer que les documents ont été retournés au consultant sans avoir été traités et que Télé-Direct a pour politique de ne traiter qu'avec ses clients directement. Les lignes directrices précisent également que toute lettre reçue d'un consultant au sujet de problèmes ou d'erreurs dans la publicité publiée doit être ignorée et que la question doit être réglée directement avec le client (D).

Plus important encore, si la lettre contient les instructions d'un client au sujet de son annonce, les lignes directrices précisent que les instructions doivent être acceptées et qu'on doit y donner suite [TRADUCTION] « de la manière habituelle, c'est-à-dire, en traitant directement avec le client » (A). Les témoignages de MM. Renwicke et de Sève sur ce que Télé-Direct

²⁷⁵ Pièce confidentielle CJ-12 (vol. bleu n° 3), onglet 105 à la p. 109796 (publique).

entend par une lettre contenant des instructions provenant « d'un client » qu'elle acceptera et à laquelle elle donnera suite « de la manière habituelle » prouvent que les lignes directrices peuvent encore donner lieu à des interprétations différentes. Dans son témoignage, M. de Sève a déclaré que, même si les instructions proviennent du client, sur le papier à en-tête du client, si elles font une référence quelconque à l'intervention d'un consultant, la commande sera rejetée. Il était d'avis qu'une situation de ce genre entrerait dans la catégorie B ou C mentionnée précédemment. M. Renwicke, par contre, a d'abord déclaré qu'une telle commande sera acceptée. Il a ensuite nuancé en disant que cela dépendait du « ton » de la lettre ou de toute référence à l'intervention d'un consultant. Selon lui, le critère déterminant est d'établir si le consultant [TRADUCTION] « sera vu comme jouant ou pouvant jouer un rôle de premier plan pour ce compte »²⁷⁶.

En supposant que la commande est acceptée, les lignes directrices comportent également un « protocole » régissant les rapports des représentants commerciaux avec les clients lorsqu'ils traitent « directement » avec ceux-ci, lequel protocole témoigne du peu d'importance accordé à la commande déjà reçue du client. Les représentants doivent se comporter [TRADUCTION] « d'une manière professionnelle », mais [TRADUCTION] « ne fournir des services de vente de publicité dans les Pages Jaunes que *directement à un client* ». Bien que les représentants de Télé-Direct aient le droit (mais ne soient pas tenus) de rencontrer un client en présence d'un consultant, ils doivent ignorer *toute* instruction émanant d'un consultant, même si le client insiste. Selon le protocole, toutes les instructions doivent provenir directement du client. Si le client refuse de traiter directement avec le représentant de Télé-Direct, celui-ci doit rappeler au

²⁷⁶ Témoignage de P. de Sève : transcription, vol. 44 aux pp. 9123-27 (22 novembre 1995); témoignage de D. Renwicke : transcription, vol. 46 aux pp. 9630-34 (27 novembre 1995).

client les obligations que lui impose le contrat qu'il a conclu avec Télé-Direct, c'est-à-dire lui préciser que la publicité de l'année précédente sera simplement renouvelée. Si cette façon de procéder ne donne pas les résultats escomptés, le représentant commercial doit essayer de prendre un autre rendez-vous plus tard avec le client. Si le client refuse toujours de traiter directement avec le représentant, celui-ci doit l'informer que le contrat demeurera en vigueur selon les modalités existantes.

M. de Sève a admis que, selon ce protocole, lorsqu'un client remettait au représentant de Télé-Direct une enveloppe contenant des instructions préparées par un consultant et demandait au représentant de s'y conformer, cela mettait fin à l'entrevue et aucune suite n'était donnée aux instructions en question. M. de Sève a également admis que, en fait, les représentants de Télé-Direct refusaient de rencontrer le client en présence du consultant parce qu'ils ne pouvaient discuter « personnellement » avec le client du bien-fondé des modifications à apporter au plan de publicité.

d) Incidents précis

Pour étayer ses allégations, le directeur s'appuie sur de nombreux incidents précis visant les consultants et leurs clients. Les défenderesses prétendent que certains de ces incidents ne se sont pas produits ou, si oui, qu'ils ne sont pas survenus de la façon dont l'ont relaté les témoins du directeur.

Le Tribunal croit qu'il y a eu des moments où Télé-Direct a fait plus que de simplement rejeter ou retourner les commandes des clients pour lesquelles elle soupçonnait l'intervention

d'un consultant et qu'elle a traité ces commandes d'une façon extrêmement cavalière. Par exemple, en 1989, une enveloppe contenant les commandes de clients préparées par M. Brouillet, dont une de l'avocat d'Ad-Vice, a été confiée à une secrétaire de Télé-Direct, qui l'a lancée dans le couloir hors des bureaux de Télé-Direct. L'avocat a pu savoir, après un certain nombre d'appels téléphoniques, que sa commande avait été retirée de l'enveloppe et qu'elle avait été traitée. Quand il a demandé ce qu'il était advenu des autres commandes qui se trouvaient dans l'enveloppe, Télé-Direct a refusé de le lui dire.

De même, en 1990, alors que le gestionnaire affecté à la réception des commandes provenant d'Ad-Vice à Sudbury était absent du bureau, le huissier a laissé une enveloppe sur le comptoir et la réceptionniste l'a jetée à la poubelle. Apparemment, la commande n'avait pas été traitée conformément aux instructions, selon les défenderesses, parce qu'elle avait été envoyée trop tard. La seule preuve déposée devant le Tribunal à cet effet est une note récente du représentant de Télé-Direct sur laquelle était écrit : [TRADUCTION] « livrée après la date limite - n'avons pas utilisé leurs documents »²⁷⁷. Selon l'affidavit de signification souscrit, cependant, l'enveloppe a été livrée le 16 août 1990. Dans son témoignage, M. de Sève a déclaré que la date limite pour Sudbury était novembre. Le Tribunal conclut donc que l'enveloppe n'a pas été livrée en retard.

Le Tribunal accepte la preuve montrant que, dans certains cas, des commandes provenant de clients ayant fait appel aux services d'un consultant ont fait l'objet d'« erreurs » de traitement de la part de Télé-Direct. Dans trois cas, Télé-Direct a fait savoir aux clients que des erreurs

²⁷⁷ Pièce confidentielle CJ-27 (vol. noir n° 6), onglet 33 à la p. 128522.

avaient été commises et leur a accordé un crédit. Il s'agissait de Todd Optical Ltd. (erreur portant sur le numéro de téléphone et l'adresse), Adler Moving Systems (annonce dans l'annuaire d'Elliot Lake oubliée) et Forest Products and Builders (non publication de l'annonce), tous des clients de M. Brouillet. Le propriétaire de Todd Optical Ltd. avait écrit une lettre d'appui à l'égard d'Ad-Vice. Le Tribunal signale que ces erreurs ont toutes eu des répercussions potentiellement néfastes pour les entreprises touchées.

Un autre client d'Ad-Vice, Lockerby Taxi Inc., dont le propriétaire, M. Flinn, a comparu comme témoin, a été victime d'une étrange erreur. Une annonce bouche-trou, qu'il n'avait pas payée, affichait le nom Lockerby avec la question « *Sales Down?* » en arrière-plan. M. Flinn n'a jamais reçu d'explication ni d'excuses pour cette erreur. Télé-Direct a refusé de le dédommager parce qu'il n'a pas pu prouver qu'un préjudice avait été causé à son entreprise.

Le directeur a également présenté la preuve que Télé-Direct, pour le moindre prétexte, informait les clients que la publicité préparée par un consultant ne répondait pas à ses normes²⁷⁸. Plusieurs exemples concernaient des clients de M. Brouillet qui a témoigné que, à sa connaissance, les annonces répondaient aux normes existantes. Les défenderesses n'ont présenté aucune preuve que la publicité ne répondait pas aux normes. Dans un cas, les défenderesses ont reconnu que l'annonce préparée par CEPAC 2000 répondait effectivement aux normes²⁷⁹. Le Tribunal conclut que Télé-Direct n'aurait pas rejeté ces annonces s'il n'y avait pas eu l'intervention d'un consultant dans chaque cas.

²⁷⁸ Par ex., Postime Distributors (mauvais papier, mauvais format), Paul's Quality Woodcraft (non-respect des normes en général), M & L Service (mauvais papier) et Canac-Marquis Grenier (annonce sans encadré non permise).

²⁷⁹ L'annonce avait été préparée pour Canac-Marquis Grenier.

Comme il a été mentionné précédemment, la pratique reconnue chez Télé-Direct est de ne pas donner suite à la commande d'un client si l'on soupçonne qu'un consultant est intervenu, jusqu'à ce qu'un représentant de Télé-Direct ait rencontré le client. Télé-Direct considère plutôt la commande du client simplement comme une « indication » que celui-ci veut modifier sa publicité. Par conséquent, chaque fois que Télé-Direct soupçonne l'intervention d'un consultant auprès d'un client, elle dépêchera un représentant chez ce client. Au moment de la rencontre entre le représentant de Télé-Direct et le client, habituellement celui-ci a déjà signé un contrat avec le consultant, contrat par lequel il accepte les changements recommandés par le consultant et consent à lui payer ses honoraires. Les défenderesses nient que les représentants de Télé-Direct avaient l'habitude de retarder jusqu'à la dernière minute une visite à un client qu'ils soupçonnaient d'avoir fait appel à un consultant ou dont ils savaient qu'il avait recouru aux services d'un consultant, qu'ils profitaient de leur visite pour faire des remarques désobligeantes insinuant que le client « s'était fait rouler » par le consultant ou encore qu'ils utilisaient d'autres méthodes pour inciter le client à changer d'avis au sujet du plan recommandé par le consultant.

Le Tribunal croit que ces tactiques ont été utilisées plutôt largement par les représentants de Télé-Direct. Plusieurs exemples de communication de dernière minute avec le client, qui ont eu pour résultat d'exercer des pressions sur celui-ci ou de semer de la confusion dans son esprit quant à savoir ce qu'il devait faire pour que son annonce paraisse comme il l'avait commandée à l'origine, ont été présentés au Tribunal. M. Harrison a relaté l'exemple de M. Kantor de Tiremag Corp. La commande de M. Kantor avait été livrée sous pli recommandé à Télé-Direct en avril 1993. Un représentant de Télé-Direct a communiqué avec M. Kantor six mois plus tard, soit à l'approche de la date limite fixée pour l'annuaire de Brampton, et l'a informé qu'aucune

commande n'avait été reçue pour cet annuaire et que, à moins que des mesures ne soient prises, il faudrait utiliser son annonce de l'année précédente. M. Kantor a précisé qu'il avait déjà donné ses instructions à Télé-Direct, mais celle-ci n'a jamais retrouvé l'enveloppe. L'annonce de l'année précédente a donc été publiée, puis Télé-Direct a retrouvé l'enveloppe et a admis qu'elle avait fait une erreur. Pat's Party Rentals, entreprise cliente de M. Brouillet, a connu des problèmes du même genre²⁸⁰. Au nombre des autres exemples figurent le Britannia Restaurant & Banquet Hall, autre client de M. Brouillet, et le Muskoka Riverside Inn, client de M. Blais²⁸¹.

Eric Beesley, de Georgetown Quik-Lube Ltd., qui a comparu en personne, a déclaré que sa commande avait été soumise depuis déjà longtemps quand, la veille de la date limite, un représentant de Télé-Direct a communiqué avec lui pour tenter de le persuader de ne pas modifier le plan existant. Puis, à la date limite, il a reçu un autre appel l'informant qu'il devait se présenter en personne aux bureaux de Télé-Direct pour faire modifier le plan. Toutefois, M. Beesley savait que, selon une clause du contrat, il avait le droit de soumettre par écrit avant une certaine date les changements à apporter. Il a fait remarquer qu'il avait observé cette clause, et la publicité a été publiée telle qu'il l'avait commandée.

²⁸⁰ La commande, signée par la propriétaire de l'entreprise, avait été envoyée le 15 juillet 1991. Le 30 septembre 1991, la cliente a reçu une lettre type de Télé-Direct l'informant que les documents avaient été retournés au consultant sans avoir été traités. (À cette date, Ad-Vice n'avait rien reçu.) La cliente s'est affolée, pensant que son annonce ne paraîtrait pas dans l'annuaire. M. Brouillet n'a pu obtenir la confirmation que l'annonce allait paraître telle qu'elle avait été commandée. Pour finir, la cliente a traité directement avec Télé-Direct et M. Brouillet a dû tenter une poursuite pour se faire payer.

²⁸¹ La commande du Britannia Restaurant & Banquet Hall avait été envoyée le 2 août 1991. Le 25 septembre 1991, soit peu de temps avant la date limite, Télé-Direct a envoyé par télécopieur au client ses documents contractuels, qui décrivaient le plan de publicité de l'année précédente. Le client a simplement signé les documents, pensant qu'ils représentaient la nouvelle commande. L'ancienne annonce a été publiée, le client a protesté, et Télé-Direct a insisté pour obtenir un paiement complet. Le client a refusé de payer et s'est finalement vu interdire de placer d'autres annonces dans les annuaires de Télé-Direct. Une note de Télé-Direct sur un document concernant ce client fait naître certains doutes, même de la part de Télé-Direct, sur ce qui s'est passé. Le Muskoka Riverside Inn a envoyé sa commande avant la date limite fixée pour soumettre des modifications. La commande a été retournée au consultant et le client avisé qu'il devait soumettre lui-même la commande. Le client a raté la date limite fixée pour modifier la présentation graphique de l'annonce, et Télé-Direct a publié l'ancienne annonce.

La preuve documentaire déposée ne renferme qu'un exemple d'un cas où un représentant de Télé-Direct a *bel et bien* conseillé à un client de ne pas respecter un contrat conclu avec un consultant²⁸². Il est clairement dit dans les lignes directrices de Télé-Direct que les représentants ne doivent pas fournir de conseils relativement aux obligations juridiques des clients. Toutefois, la preuve déposée contient nombre d'exemples où des clients ont refusé de payer les consultants après avoir rencontré le représentant de Télé-Direct. Si le client refuse de payer, le consultant est obligé d'intenter une poursuite pour recouvrer les sommes qui lui sont dues²⁸³. En général, les consultants qui se sont adressés aux tribunaux ont obtenu gain de cause et réussi à faire respecter le contrat. Bien que l'on puisse avancer que le refus persistant des clients de payer les consultants traduise une insatisfaction à l'égard de leurs services plutôt que des tactiques employées par les représentants de Télé-Direct, selon la preuve déposée, le Tribunal croit qu'il y a un lien entre la visite du représentant et les cas de refus de payer les honoraires des consultants.

La question, dans bon nombre de ces cas, est de savoir si Télé-Direct a commis des erreurs innocemment ou si l'attitude des représentants de Télé-Direct à l'égard des consultants a conduit à ce qui fut, en réalité, un sabotage de la relation entre les consultants et leurs clients. Une des raisons importantes qui incitent à conclure qu'il ne s'agissait pas seulement d'erreurs commises innocemment est la preuve montrant que Télé-Direct était prête à sacrifier les intérêts des clients en plaçant ceux-ci au centre de la lutte entre elle et les consultants. Il y a plus d'un signe de malveillance dans la décision officielle et explicite, énoncée dans les lignes directrices

²⁸² L.J. Sunshine Hardwood Flooring. Ad-Vice a poursuivi le client pour rupture de contrat. Pour sa défense, le client a affirmé que le représentant de Télé-Direct lui a dit qu'il avait reçu de fausses informations et qu'il devrait faire opposition à son chèque.

²⁸³ _ Ou, évidemment, de radier le compte ou d'accepter un montant moins élevé dans le cadre du règlement du litige, comme l'a fait M. Blais une fois.

de 1990, de ne pas informer les clients que les commandes présentées en leur nom étaient refusées (bien que cette décision ait été modifiée dans les lignes directrices de 1992).

5) Agissements anticoncurrentiels

Le directeur affirme que Télé-Direct s'est livrée à un certain nombre d'agissements qu'il qualifie d'anticoncurrentiels visant des consultants en refusant de traiter directement avec des consultants représentant des clients, en traitant de façon discriminatoire des clients et les commandes de clients provenant de consultants et en refusant de fournir des normes aux consultants. Aucun de ces agissements n'est mentionné spécifiquement dans la liste qui figure à l'article 78 de la Loi. Cependant, comme la liste n'est pas exhaustive, il n'y a aucune raison de ne pas évaluer les agissements qualifiés par le directeur d'anticoncurrentiels pour déterminer s'ils visent l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas.

Les défenderesses prétendent que les agissements reprochés ne peuvent être qualifiés d'anticoncurrentiels parce qu'ils sont, en général, conformes aux lignes directrices de Télé-Direct concernant les consultants. Selon les défenderesses, ces lignes directrices n'avaient pas pour but ni n'ont pour effet d'empêcher les consultants de faire leur travail, mais plutôt de rendre les relations entre Télé-Direct et les consultants « équitables et uniformes ». Elles affirment en outre que leur politique repose sur des justifications commerciales valables. Ces « justifications commerciales » seront examinées en détail pour chacun des agissements qualifiés d'anticoncurrentiels.

Dans un argument connexe, les défenderesses soutiennent que, dans la mesure où le directeur peut prouver que Télé-Direct s'est livrée à l'un ou l'autre des prétendus agissements anticoncurrentiels, ces agissements ont pris fin en 1992 par suite de l'entrée en vigueur des lignes directrices les plus récentes concernant les consultants, lesquelles ont été appliquées uniformément, contrairement aux versions précédentes. Les défenderesses affirment qu'aucune pratique ne peut entrer dans le champ d'application de l'article 79, puisque plus de trois années se sont écoulées depuis qu'elles ont pris fin. Le Tribunal ne voit pas la validité de cet argument. Les lignes directrices de 1992 sont de toute évidence encore en vigueur. Le directeur n'a pas prétendu que c'est le seul fait de ne pas respecter les lignes directrices qui est anticoncurrentiel, mais bien que certains agissements de Télé-Direct, qui ne vont peut-être pas à l'encontre des lignes directrices (refus de traiter directement avec des consultants représentant des annonceurs) ou dont il n'est tout simplement pas question dans les lignes directrices (certains agissements discriminatoires, refus de fournir des normes), sont anticoncurrentiels. Dans la mesure où les lignes directrices régissent la conduite que le directeur qualifie d'anticoncurrentielle, alors le directeur met effectivement en doute les lignes directrices et leur application. Les lignes directrices n'interdisent certainement pas (et peuvent en fait encourager) la conduite particulière de Télé-Direct visée par les allégations.

a) Refus de traiter directement avec les consultants

Les défenderesses reprennent ici l'argument dont nous avons traité précédemment, dans la section portant sur l'abus de position dominante, relativement aux éditeurs et à la règle des vingt annuaires. Elles prétendent qu'un refus *ne peut* être un acte anticoncurrentiel et qu'elles ne

sont pas tenues d'aider leurs « détracteurs » en traitant avec les consultants, puisque cela équivaudrait à imposer aux défenderesses une obligation positive. Comme il a été précisé dans cette section, les arguments sémantiques visant à déterminer si l'acte en question est actif ou passif éclairent peu l'étude des vraies questions en litige. Nous passerons donc à l'analyse des arguments de fond sans autres commentaires.

La preuve déposée montre clairement que Télé-Direct a, depuis l'arrivée de M. Harrison et de Tel-Ad, en 1984, refusé de traiter directement avec des consultants agissant pour le compte de clients comme il est décrit au paragraphe I de l'introduction plus haut. Télé-Direct a refusé de donner suite aux instructions écrites provenant de consultants représentant des annonceurs; elle a refusé de donner suite aux instructions verbales reçues de consultants représentant des annonceurs ou de rencontrer des consultants ou l'annonceur en présence des consultants pour connaître ces instructions et elle a refusé de traiter avec des consultants au sujet d'erreurs ou de problèmes subséquents.

Dans la région de l'Est, entre 1986 et 1990, Télé-Direct a agi à l'encontre de ses propres lignes directrices de 1986 en *acceptant* des commandes de CEPAC 2000, d'Ad-Vice et de Tel-Ad, au moins, comme en témoignent les lettres. Même ces lettres, toutefois, précisent clairement que la commande doit être accompagnée d'une lettre *du client sur du papier à en-tête du client*.

La preuve a également permis d'établir que Télé-Direct refuse de donner suite aux instructions verbales reçues des consultants. Les lignes directrices de 1992 précisent que le représentant de Télé-Direct ne doit accepter d'instructions, même indirectement, de personne

d'autre que le client. Si les lignes directrices actuelles autorisent le représentant à rencontrer le client en présence du consultant, elles ne l'obligent cependant pas à le faire. Selon la preuve déposée, la plupart du temps, le représentant refuse de rencontrer le client en présence du consultant. De même, Télé-Direct ne traite pas du suivi de certaines questions avec les consultants agissant au nom des clients.

Le Tribunal doit mesurer les effets anticoncurrentiels des agissements en fonction des justifications commerciales invoquées par les défenderesses. Il ne fait aucun doute que Télé-Direct a tenté de faire la vie dure aux consultants en refusant de traiter directement avec eux en leur qualité de représentants des annonceurs. Télé-Direct ne voulait pas que les consultants interviennent dans ses affaires avec ses clients. Les lignes directrices de 1990 ont été formulées dans le but d'éliminer la légère indulgence ayant résulté des lignes directrices de 1986, à la suite desquelles des lettres de Télé-Direct avaient été envoyées à divers consultants de la région de l'Est pour confirmer que les commandes provenant d'eux seraient acceptées et traitées par Télé-Direct.

Le refus de Télé-Direct de traiter avec des consultants représentant des clients peut entraîner deux types d'effets néfastes. Le premier est que les consultants voient peut-être leurs coûts augmenter parce qu'ils devraient exercer leurs activités selon une méthode par détour plutôt que de soumettre les commandes directement. Le deuxième, et plus important, est que les consultants perdent de leur crédibilité aux yeux de leurs clients à qui ils doivent expliquer que Télé-Direct ne les autorise pas à envoyer directement des commandes en leur nom et qu'ils doivent utiliser une méthode indirecte. Cela jette le discrédit sur les consultants, surtout si les clients sont déjà au courant des relations tendues entre Télé-Direct et les consultants. Dans ce

contexte, la méthode indirecte à laquelle les consultants doivent recourir pour présenter des commandes à Télé-Direct pourrait apparaître comme un subterfuge.

La preuve n'indique pas que les hausses de coûts qu'entraîne le refus de Télé-Direct ont causé un préjudice réel aux consultants. Les entreprises des consultants ont connu des hauts et des bas. Bien que les affaires de M. Harrison n'aient pas prospéré entre 1986 et 1992, celui-ci ayant servi en moyenne 60 nouveaux clients par année, elles ont repris de la vigueur ces dernières années et l'agence gère désormais entre 200 et 250 nouveaux comptes par année. M. Brouillet a déclaré que les revenus d'Ad-Vice provenant de la prestation de conseils relatifs à la publicité dans les Pages Jaunes avaient atteint un sommet entre 1992 et 1994, mais qu'ils avaient diminué d'environ 50 p. 100 de ce montant ces deux dernières années. M. Brouillet a diversifié ses activités au cours des dernières années. M. Blais a finalement renoncé et a quitté le domaine.

Bien que les trois consultants mentionnés aient témoigné à l'audience, aucun d'eux n'a expressément lié les difficultés qu'il ait pu avoir à une *hausse des coûts*. Même M. Blais n'a pas établi ce lien. Sans aucun doute, les consultants aimeraient pouvoir traiter directement avec Télé-Direct au nom des annonceurs. Le Tribunal trouve révélateur le fait que M. Harrison ait exercé ses activités depuis le milieu des années 80, et qu'il les exerce toujours, en dépit du refus de Télé-Direct de traiter directement avec lui en sa qualité de représentant des annonceurs. De toute évidence, M. Harrison, comme d'autres consultants sans doute, a réussi à trouver une solution de rechange à la présentation directe des commandes qui n'entraîne pas une hausse importante, ou qui n'entraîne aucune hausse, des coûts pour son entreprise. Le Tribunal ne peut donc pas voir

d'effets néfastes liés aux coûts pour les consultants résultant du refus de Télé-Direct de traiter directement avec ceux-ci en leur qualité de représentants des annonceurs.

La question des effets négatifs possibles sur la réputation ou la crédibilité des consultants découlant du refus de Télé-Direct de traiter avec eux en leur qualité de représentants des annonceurs est complexe. Si les consultants perdent leur réputation ou que leur crédibilité est amoindrie, les clients seront vraisemblablement moins portés à faire appel à leurs services. Nous avons la preuve, présentée par les consultants, que leur réputation a été entachée. Par exemple, dans son témoignage, M. Brouillet a déclaré qu'il ne pouvait pas garder de commis à la vente à cause de l'environnement négatif et que, selon ses vendeurs, les annonceurs les considéraient comme illégitimes et les voyaient comme des « escrocs » ou des « arnaqueurs ».

Malheureusement, il est difficile de déterminer si ces effets découlent du refus de Télé-Direct de traiter directement avec les consultants ou d'autres agissements de Télé-Direct qui ne sont pas qualifiés d'anticoncurrentiels. Le directeur n'a pas qualifié d'anticoncurrentielle l'hostilité générale de Télé-Direct envers les consultants, qui s'est manifestée sous la forme d'annonces mettant les clients en garde contre les consultants, de lettres adressées aux clients et de visites de représentants chez les clients pour leur communiquer le même message. Selon le Tribunal, les effets négatifs sur la réputation des consultants sont largement attribuables au climat général créé par Télé-Direct plutôt qu'au refus précis de Télé-Direct de traiter directement avec les consultants représentant les annonceurs. Toute association entre l'atteinte à la réputation ou la perte de crédibilité des consultants et le refus de Télé-Direct de traiter directement avec eux est très faible.

Nous examinons maintenant les justifications commerciales sur lesquelles reposent les lignes directrices de Télé-Direct et, partant, le refus de celle-ci de donner suite aux instructions écrites ou verbales des consultants ou de traiter avec eux pour le suivi de certaines questions. La position générale des défenderesses est que leur refus de traiter avec les consultants « est de toute évidence une réponse efficiente à l'effet néfaste des consultants sur leurs activités ». Elles font remarquer que les consultants ont pour objectif de réduire la publicité-annuaire, ce qui est exactement contraire à l'objectif que visent les défenderesses, qui est, selon ces dernières, de vendre de la publicité-annuaire « afin d'accroître l'utilisation des annuaires et de publier un annuaire plus exhaustif ». Parce que les consultants servent généralement les clients une seule fois, les défenderesses sont d'avis qu'ils poursuivent l'objectif « inique » de « réduire la publicité », portant ainsi atteinte à l'exhaustivité des annuaires.

Nous avons déjà traité de l'« exhaustivité » dans le cadre de l'analyse portant sur les ventes liées. Comme le Tribunal l'a conclu à ce sujet, il est loin d'être certain que tous les attributs supplémentaires dans la publicité (en particulier le format et la couleur, que cherchent précisément à réduire les consultants) contribuent à l'exhaustivité. Par conséquent, la vente de formats et de couleurs supplémentaires par les représentants de Télé-Direct ne peut être considérée comme étant socialement bénéfique, pas plus que le fait pour les consultants de chercher à réduire ces attributs ne peut être considéré comme étant socialement néfaste. La meilleure situation possible est celle où les deux points de vue sont présentés aux annonceurs de sorte que ceux-ci puissent eux-mêmes choisir librement.

Au paragraphe 840 de leur argumentation écrite, les défenderesses ont aussi donné les raisons suivantes, qui sont plus détaillées, pour justifier la diffusion et l'application de leurs lignes directrices concernant les consultants :

[TRADUCTION]

- i) parce que les consultants n'acceptent aucune responsabilité quant au paiement de la publicité;
- ii) pour veiller à ce que le client soit bien renseigné au sujet de la publicité qu'il achète et des options qui s'offrent à lui;
- iii) pour veiller à ce que le client sache bien à qui il a affaire;
- iv) pour éviter les conflits qui pourraient survenir si les représentants commerciaux des défenderesses devaient recevoir directement des instructions des consultants;
- v) pour veiller à ce que les annonceurs soient bien au courant des nouveaux programmes et des nouvelles initiatives.

Nous ne nous pencherons que sur le premier point. Le directeur a en effet admis la validité de la première justification commerciale des défenderesses, c'est-à-dire que les consultants n'assument aucune responsabilité financière pour la publicité, si l'on en juge par les mesures de redressement qu'il demande. Au sous-alinéa 69b)(iii) de la demande, la mesure de redressement proposée est la suivante :

[TRADUCTION]

... d'accepter des commandes d'espace publicitaire données par toute personne pouvant établir, suivant les normes de preuve raisonnables formulées par les défenderesses, qu'elle est autorisée à agir au nom d'un annonceur et qu'elle peut payer l'espace demandé. [Non mis en évidence dans l'original.]

Au paragraphe 391 de l'argumentation écrite, la mesure de redressement suivante a été ajoutée :

[TRADUCTION]

... que les défenderesses n'aient pas le droit d'exiger que les clients qui choisissent de faire appel aux services d'un tiers pour le placement d'une publicité soient tenus de conclure un contrat directement avec les défenderesses lorsque le tiers a été établi, suivant les normes de preuve raisonnables formulées par

les défenderesses, qu'il est autorisé à agir au nom de l'annonceur et *lorsque le tiers a garanti qu'il peut payer au nom du mandant*. [Non mis en évidence dans l'original.]

Ces mesures de redressement proposées signifient que, selon le directeur, il est raisonnable de la part de Télé-Direct d'insister pour obtenir des garanties financières si elle doit traiter avec des consultants agissant en qualité de représentants des clients. Actuellement, les consultants n'assument aucune responsabilité financière. Le directeur a proposé une méthode de fonctionnement différente pour Télé-Direct lorsque cette dernière traite avec des consultants. Il propose en effet que Télé-Direct commence à traiter directement avec des consultants agissant en qualité de représentants des clients en créant une troisième force de vente (en plus de son personnel de vente et des agents).

Des éléments de preuve démontrent que pour faire affaire directement avec les consultants, Télé-Direct devrait mettre en place une interface supplémentaire. Comme l'a décrit M. Logan de la YPPA, c'est ce qu'a fait US West en mettant sur pied un groupe d'employés spécialement formés pour traiter avec les consultants afin d'éviter des problèmes avec son personnel de vente lorsqu'il traitait directement avec les consultants. Par conséquent, le fait de traiter directement avec les consultants entraînerait de toute évidence pour Télé-Direct des coûts supplémentaires. En outre, Télé-Direct ne se préoccupe pas actuellement de garanties au sens où l'entend le directeur. Les agents, bien sûr, paient simplement d'avance. Cette nouvelle façon de fonctionner avec des garanties exigerait la mise en place d'un système.

Dans ce contexte, le Tribunal est d'avis que les coûts supplémentaires que devrait supporter Télé-Direct si elle était obligée de traiter directement avec les consultants agissant au

nom d'annonceurs constituent une justification valable pour refuser de traiter directement avec eux, puisque les agents n'ont subi aucun effet néfaste lié aux coûts et que les effets négatifs sur leur réputation du refus de Télé-Direct de traiter directement avec eux sont, au mieux, minimes. Le Tribunal conclut donc que, dans l'ensemble, Télé-Direct ne se livre pas à des agissements anticoncurrentiels en refusant de traiter directement avec des consultants agissant au nom d'annonceurs ni, en particulier, en refusant d'accepter des instructions écrites ou verbales de leur part ou de communiquer avec eux pour un suivi.

b) Agissements discriminatoires

Les agissements discriminatoires concernent les actions de Télé-Direct une fois que le client a présenté une commande sur le conseil d'un consultant de même que les répercussions de ces actions. Malgré la politique de Télé-Direct, les commandes présentées par un client sont parfois renvoyées parce que Télé-Direct croit qu'un consultant est intervenu dans leur préparation. Rien ne justifie que Télé-Direct empêche un annonceur de faire appel à un consultant si l'annonceur le veut. Cela est même reconnu dans les lignes directrices établies par Télé-Direct. Pourtant, les lignes directrices, même celles de 1992, prévoient aussi le renvoi de certaines commandes provenant de clients. Le fait que M. de Sève, cadre supérieur chez Télé-Direct, soit au courant et, apparemment admette, que des commandes de clients ont été retournées parce qu'on soupçonnait l'intervention d'un consultant prouve qu'il ne s'agit pas d'erreurs ou de cas isolés.

De plus, l'historique des lignes directrices de 1990 met en évidence le fait que Télé-Direct connaissait parfaitement et, de fait, approuvait les conséquences négatives prévues de ces lignes directrices pour ses annonceurs. Les intérêts des annonceurs ont été sacrifiés pour contrarier les consultants. Les lignes directrices de 1990 ont eu pour effet, comme l'a reconnu Télé-Direct elle-même au moment de la rédaction de la première version, de placer les annonceurs, à leur détriment, au milieu de la lutte entre Télé-Direct et les consultants.

Dans un document annexé aux lignes directrices, on cerne les « lacunes perçues » dans ces lignes directrices, qui devaient être revues avec les conseillers juridiques. La première lacune se rapporte au fait que Télé-Direct rejeterait toute enveloppe envoyée par un consultant ou portant une indication externe de l'intervention d'un consultant, même si l'enveloppe était livrée par le client ou comportait des renseignements relatifs au client. Des enveloppes seraient donc rejetées même si elles contenaient peut-être des instructions données par le client sur du papier à en-tête du client. On se demandait également s'il était commercialement sensé de ne pas aviser les clients que la lettre ou l'enveloppe envoyée à Télé-Direct avait été rejetée et retournée au consultant. En dépit de ces doutes, la nouvelle politique a été mise en place.

Selon le document interne portant sur l'incident où 23 commandes préparées par M. Blais ont été rejetées même si elles portaient la signature des clients, le conseiller juridique a, en fait, recommandé la suppression de la marche à suivre prévue dans les lignes directrices et permettant ce genre de rejet. Comme il a été signalé dans la lettre, il était d'avis que les clients avaient le droit de faire affaire avec qui ils voulaient pour concevoir leur publicité, qu'ils avaient en outre le droit d'envoyer à Télé-Direct leurs instructions sur leur papier à en-tête et qu'ils pouvaient

s'attendre à ce que Télé-Direct y donne suite comme émanant d'eux, pourvu que Télé-Direct ne soit pas tenue de traiter directement avec le consultant et que l'envoi ne porte aucune indication de l'identité du consultant.

Les défenderesses n'ont pas tenté de fournir une justification commerciale pour le rejet ou le renvoi des commandes des clients lorsqu'il n'y avait aucune preuve de non-respect des normes ou de livraison tardive. Dans ces circonstances, le Tribunal conclut que le rejet et le renvoi de commandes reçues de clients ayant fait affaire avec un consultant de même que le refus d'accepter ou de traiter ces commandes constituent des agissements anticoncurrentiels.

Comme il a été souligné précédemment, le directeur ne croit pas que l'insistance de Télé-Direct à visiter un client après que celui-ci a signé un contrat avec un consultant et présenté une commande à Télé-Direct constitue, en soi, un agissement anticoncurrentiel. Selon lui, le problème réside dans les indications que donne le représentant au client et dans le traitement de la commande reçue d'un client. Le Tribunal reconnaît que c'est là le cœur du problème. Les agissements anticoncurrentiels sont ceux qui portent les clients à croire qu'ils seront désavantagés ou qui leur causent réellement un préjudice parce qu'ils ont eu recours aux services d'un consultant. Ce sont, par exemple, le signalement d'erreurs douteuses, les appels à la dernière minute ayant pour effet de semer la confusion dans l'esprit de l'annonceur au sujet de ce qu'il doit faire pour que sa nouvelle annonce soit publiée ou de faire rater à l'annonceur la date limite, les erreurs ou problèmes dans la publicité relevés par Télé-Direct et qui n'en auraient pas été autrement et le fait d'informer les clients que leurs commandes ne seront peut-être pas traitées.

Le Tribunal croit que des incidents de ce genre se sont produits et que rien ne garantit qu'ils ne se reproduiront pas tant que les consultants seront vus comme une menace.

Les défenderesses soutiennent que, dans tous les cas, Télé-Direct essayait d'exercer ses activités de façon efficiente en exigeant des consultants qu'ils respectent les dates limites et les normes. Le Tribunal a conclu que le non-respect des normes et des échéances était en grande partie un prétexte pour essayer d'inciter les clients à changer d'avis au sujet des recommandations faites par un consultant. Il serait plus exact de dire que la majorité des incidents déposés en preuve ont été hautement perturbateurs en raison de leur effet négatif sur les clients et que contrairement à ce que les défenderesses ont avancé, ils n'ont pas assuré le fonctionnement efficient de l'entreprise. Le Tribunal n'hésite pas à conclure que les déclarations ou les actions de Télé-Direct visant à dissuader les annonceurs de faire affaire avec des consultants en leur indiquant expressément ou implicitement qu'ils seront de ce fait désavantagés par Télé-Direct constituent des agissements anticoncurrentiels.

Le directeur affirme que les défenderesses ont fait de la discrimination envers les consultants en refusant de rencontrer des clients pour prendre connaissance d'instructions découlant des conseils que leur avait donnés un consultant. À première vue, cette allégation ressemble beaucoup à l'allégation décrite à l'alinéa Ib) et s'insère dans le refus de Télé-Direct de traiter directement avec les consultants agissant au nom des annonceurs. Il est probable que l'acte discriminatoire qui est visé par cette allégation est le refus d'accepter les instructions verbales de la part de clients faisant appel aux services d'un consultant alors que les commandes verbales provenant de clients qui ne recourent pas aux services d'un consultant sont acceptées et traitées.

Comme il a déjà été signalé, Télé-Direct exige que les clients qui font affaire avec des consultants signent les documents préparés par Télé-Direct. En soi, cela ne constitue pas un acte anticoncurrentiel. Ce pourrait, cependant, être un acte discriminatoire si les clients qui n'utilisent pas les services d'un consultant ne sont pas tenus, eux, de signer un contrat dans des circonstances semblables.

Toutefois, selon le témoignage de M. Giddings, de façon générale, tous les clients de Télé-Direct signent ses documents. En fait, M. Giddings a déclaré que les seuls contrats qui n'ont pas besoin d'être signés sont ceux qui concernent le renouvellement d'une publicité d'une valeur de moins de 100 \$. En outre, M. Giddings a indiqué que, dans le cas des contrats qui ne requièrent pas la signature du client, s'il y a un différend entre le client et le représentant au sujet de ce qui a été réellement commandé, ce qui se solde par une « radiation », le représentant est financièrement responsable de la radiation. Cette politique ne semble pas déraisonnable sur le plan de l'exploitation. Quant aux commandes verbales que Télé-Direct acceptera des clients faisant affaire avec ses représentants (c'est-à-dire celles qui représentent une valeur inférieure à 100 \$), rien ne prouve que les consultants traitent avec des clients, ou sont intéressés à faire affaire avec des clients, dont les commandes représentent un montant aussi peu élevé. Selon le Tribunal, cette allégation ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

Il ne fait pas de doute que les actes discriminatoires commis par Télé-Direct dont le Tribunal a conclu qu'ils étaient anticoncurrentiels constituent une pratique. Ce ne sont pas des « agissements isolés ».

c) Normes

Le directeur prétend que le refus de Télé-Direct de fournir des normes aux consultants constitue un agissement anticoncurrentiel. Il affirme que les consultants ne peuvent pas conseiller judicieusement les clients qui choisissent de recourir à leurs services s'ils n'ont pas accès à des renseignements techniques de base à jour. Le directeur renvoie à l'élément de preuve selon lequel Télé-Direct invoque le non-respect des normes pour retarder le traitement des commandes ou discréditer les consultants aux yeux des clients.

i) Opinion de la majorité (le juge Rothstein et C. Lloyd)

La majorité des membres du Tribunal ne sont pas d'accord avec le directeur pour les raisons suivantes. Nous considérons le refus de Télé-Direct de fournir des normes aux consultants comme une autre manifestation de l'aversion générale qu'éprouve Télé-Direct pour les consultants. Si l'on considère les affaires des consultants et le refus de Télé-Direct de leur fournir des normes, il est évident que ce refus n'a nui en rien à leur capacité de soutenir la concurrence. Les consultants exercent leurs activités depuis 1984 et nous n'avons rien entendu qui nous inciterait à croire que le refus de Télé-Direct de leur fournir des normes leur a causé des difficultés²⁸⁴. D'une façon ou d'une autre, les consultants connaissaient les normes établies par Télé-Direct.

Quant à déterminer si le refus de Télé-Direct de fournir des normes aux consultants causerait des problèmes dans l'avenir, M. Brouillet a déclaré ce qui suit :

²⁸⁴ Ce qui ne veut pas dire que Télé-Direct n'a pas rejeté certaines commandes sous prétexte qu'elles ne répondaient pas aux normes. Il est possible que ce rejet ait été attribuable au fait que le consultant ne s'est pas conformé aux normes qu'il connaissait, ou au fait que Télé-Direct, sans raison, a voulu créer des difficultés pour un consultant. Mais le rejet des commandes par Télé-Direct n'est pas attribuable au fait que les consultants ne connaissaient pas les normes établies par Télé-Direct.

[TRADUCTION]

... Si les normes avaient été modifiées et qu'on ne nous en ait pas informés, alors, bien sûr, cela aurait causé des problèmes. S'il y avait vraiment un problème, le client n'avait qu'à nous appeler dans un délai de 24 heures, nous corrigeons ce qui n'allait pas, puis nous acheminons le tout à Télé-Direct²⁸⁵.

Aucun élément de preuve déposé ne nous porte à croire que les normes de Télé-Direct étaient fréquemment modifiées. Le fait que les consultants n'aient pas déposé de preuve visant à montrer que des modifications fréquentes causaient un problème nous incite plutôt à croire le contraire. M. Brouillet a déclaré que, une fois qu'un problème était signalé, il pouvait être réglé rapidement. Selon ce témoignage, nous sommes convaincus que tout changement apporté aux normes sera connu rapidement des consultants. Par conséquent, rien ne nous permet de conclure que le refus de fournir des normes aux consultants nuira de quelque façon que ce soit à leur capacité de soutenir la concurrence dans l'avenir.

Les défenderesses n'ont pas justifié leur refus de fournir des normes aux consultants en prétendant que c'était pour que « le client sache bien à qui il a affaire », bien qu'elles aient invoqué ce motif pour justifier d'autres agissements. Cependant, nous sommes d'avis, selon la preuve déposée, que cette justification commerciale s'applique ici. Des éléments de preuve déposés devant le Tribunal ont montré qu'il y avait parfois de la confusion dans l'esprit des annonceurs quant au lien exact entre un consultant et Télé-Direct²⁸⁶.

²⁸⁵ Transcription, vol. 15 à la p. 2762 (6 octobre 1995).

²⁸⁶ Preuve concernant M. Lee, de M & L Service, M. et M^{me} Jovandin, de L.J. Sunshine Hardwood Flooring, M. Fox, de Fox Partners Limited, M. Harmic, de Dominion Springs Corporation, et M. McMaster, de H.R. Home Renovations. Évidemment, les consultants ont blâmé Télé-Direct pour cette confusion et Télé-Direct a blâmé les consultants. Nous ne sommes pas en mesure de dire avec certitude comment est née dans chaque cas la confusion au sujet du lien entre Télé-Direct et les consultants, mais il semble qu'il régnait bel et bien de la confusion dans l'esprit de certains clients.

Nous supposons, à en juger par la façon dont certains consultants exercent leurs activités, que cette confusion pourrait être aggravée si un consultant, venu rencontrer un client éventuel, avait en sa possession des normes à jour obtenues de Télé-Direct. Certaines indications dans les éléments de preuve donnent à entendre que, lors de leur premier contact avec les annonceurs, les consultants ne font pas beaucoup d'efforts pour se distinguer des représentants de Télé-Direct. Dans certains cas, la preuve a montré que le client demeure incertain quant au lien exact qui existe entre le consultant et Télé-Direct²⁸⁷. Dans d'autres, il semble que, si au départ un annonceur peut avoir des doutes, tôt ou tard le fait que le consultant ne représente pas Télé-Direct devienne évident. Ce peut être au cours de la conversation entre l'annonceur et le consultant ou lorsque l'annonceur est invité à payer le consultant indépendamment de Télé-Direct. Dans le cas d'Ad-Vice, c'est une lettre de relance qui clarifie la question²⁸⁸.

Toutefois, à notre avis, c'est la confusion initiale qui est à la source du problème. Selon nous, les consultants ne devraient pas profiter de cette confusion pour établir un premier contact avec les annonceurs. S'ils disposaient des normes de Télé-Direct, ils pourraient s'en servir comme d'une « carte de visite » laissant supposer l'existence, entre eux et Télé-Direct, d'un lien qui, en réalité, est inexistant. En dépit du fait que, dans bien des cas, la confusion finit par disparaître, nous sommes d'avis que les clients sont mieux servis quand ils savent exactement dès le départ à qui ils ont affaire et, en l'espèce, quand ils sont au courant du lien ou de l'absence de lien entre Télé-Direct et un consultant. Nous croyons donc que Télé-Direct est en droit de refuser de fournir des normes aux consultants et nous concluons que ce refus ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

²⁸⁷ Par ex., M. Lee, de M & L Service.

²⁸⁸ _ L'enveloppe fournie par M. Brouillet à ses clients contenait une lettre les informant qu'un représentant de Télé-Direct communiquera avec eux pour transférer le plan de publicité sur les formulaires de Télé-Direct.

Nous ne sommes pas convaincus que le directeur a prouvé que le refus de fournir des normes aux consultants constitue un agissement anticoncurrentiel, mais nous sommes cependant conscients que, en définitive, ce sont les annonceurs qui pourraient avoir des problèmes s'ils retiennent les services de consultants qui utilisent des normes désuètes. C'est pourquoi nous avons, en prescrivant une mesure de redressement à l'égard des agissements discriminatoires envers les annonceurs, exigé de Télé-Direct qu'elle prenne, à son choix, des mesures positives pour réviser la commande d'un client qui n'est pas conforme à ses normes de façon à la rendre conforme ou pour informer le client de ce qui est incorrect et lui indiquer la façon de corriger la commande de façon à ce qu'elle soit conforme à ses normes.

ii) Opinion de la minorité (F. Roseman)

À mon avis, le refus de fournir des normes constitue un agissement anticoncurrentiel. Bien que je ne sois pas d'accord avec les conclusions de la majorité, je reconnais que bien peu d'éléments de preuve montrent que ce refus a causé dans le passé un préjudice aux consultants. Néanmoins, les consultants pourraient subir un préjudice dans l'avenir si Télé-Direct modifiait ses normes. Les consultants apprendront un jour ou l'autre, par essais et erreurs, que les normes ont été modifiées, ce qui fait qu'il y aura un degré d'incertitude important pendant une période indéterminée. Il est donc possible que les activités des consultants soient fort ralenties. Par conséquent, le refus de fournir des normes devrait être considéré comme un agissement anticoncurrentiel étant donné l'absence totale de justification commerciale valable de ce refus.

Les défenderesses n'ont pas fourni de justification commerciale valable. Elles ont avancé que leur refus se justifiait par la nature unique et complexe des activités de Télé-Direct et son désir de conserver la valeur et la qualité de son produit. Il est difficile de voir comment des erreurs évitables dans les commandes préparées par des consultants (et envoyées par des clients) contribuent à la qualité.

Je ne suis pas d'accord avec l'opinion de la majorité selon laquelle les éléments de preuve permettent de conclure que le fait de fournir des normes aux consultants aurait pour effet d'accroître la confusion dans l'esprit des clients quant à l'identité et aux buts des consultants. Je reconnais avec la majorité qu'il est impossible de cerner la source de la confusion qui existe apparemment dans l'esprit de certains clients²⁸⁹. Toutefois, il convient de signaler qu'aucun des cas de confusion auxquels a fait référence la majorité n'était relié à M. Harrison²⁹⁰, mais seulement à M. Brouillet. Pourtant, c'est M. Harrison qui a pu obtenir de la YPPA, par l'intermédiaire d'une société affiliée située aux États-Unis, un accès permanent aux normes de Télé-Direct. Je crois que le refus de fournir des normes nuira vraisemblablement beaucoup à la capacité des consultants de soutenir la concurrence et que le refus ne repose sur aucune justification commerciale valable. Je conclus donc que ce refus constitue un agissement anticoncurrentiel.

6) Diminution sensible de la concurrence

²⁸⁹ *Supra* note 287.

²⁹⁰ *Ibid.* Tous les cas mentionnés se rapportaient à des clients d'Ad-Vice, à l'exception de M. Fox, de Fox & Partners Limited, qui n'avait de lien avec aucun consultant en particulier.

La compétitivité des consultants a été réduite à la suite d'actes discriminatoires auxquels s'est livrée Télé-Direct. Les consultants doivent supporter des coûts plus élevés parce qu'ils sont forcés de se défendre devant des clients et qu'ils doivent demander l'aide des tribunaux pour faire honorer leurs contrats. Ces activités exigent du temps et des ressources financières qui autrement pourraient servir à recruter et à servir des clients.

En outre, la capacité des consultants de recruter de nouveaux clients est menacée quand leurs clients actuels subissent des désagréments ou des torts à cause des actes discriminatoires auxquels se livre Télé-Direct. Les clients ainsi touchés sont peu portés à recourir de nouveau aux services des consultants ou à recommander ces services à d'autres annonceurs dans les Pages Jaunes.

Bien que les consultants ne desservent actuellement qu'une petite partie de l'ensemble du marché des services de publicité-annuaire, ils sont importants du point de vue de la concurrence. Télé-Direct a été forcée de réagir positivement à leur présence en améliorant ses services à sa clientèle. Par conséquent, les consultants ont eu et ont encore une influence positive importante sur le niveau de service qu'offre Télé-Direct à sa clientèle, Télé-Direct s'efforçant légitimement de neutraliser les incursions que font les consultants dans ses ventes de publicité dans les Pages Jaunes.

Il est difficile de quantifier l'effet sur les consultants de la pratique des agissements discriminatoires que le Tribunal a reconnus comme étant anticoncurrentiels, parce que ces actes sont enchevêtrés avec d'autres forces qui nuisent aux consultants. Nous savons, cependant, que la capacité des consultants de soutenir la concurrence est limitée et fragile comparativement au

quasi-monopole qu'exerce Télé-Direct en contrôlant les activités de publication. Les consultants, en raison de la nature de leurs services, font peu d'affaires de longue durée et doivent convaincre les annonceurs de payer pour leurs services alors que ces annonceurs pourraient placer leur publicité dans des annuaires sans engager de telles dépenses. C'est donc dire que le marché pour leurs services est nécessairement « étroit ».

Dans le cas d'une entreprise jouissant d'une forte puissance commerciale et dont on a reconnu qu'elle s'est livrée à des agissements anticoncurrentiels, les effets sur la concurrence de ces agissements n'ont pas à être aussi importants qu'ils doivent l'être sur un marché où la concurrence est déjà plus grande pour établir qu'il y a « diminution sensible » de la concurrence²⁹¹. En l'espèce, particulièrement compte tenu de la très grande puissance commerciale de Télé-Direct, même un effet de peu d'importance sur le volume d'affaires des consultants, dont il existe des preuves, doit être considéré comme sensible. Bien sûr, si le Tribunal ne rendait aucune ordonnance, rien n'empêcherait Télé-Direct dans l'avenir d'intensifier ces agissements discriminatoires à l'égard des consultants, ce qui aggraverait l'effet déjà sensible de ces agissements sur les consultants. Le Tribunal n'hésite pas à conclure que la pratique avérée d'agissements anticoncurrentiels par Télé-Direct a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché.

7) Mesures de redressement

²⁹¹ Le raisonnement que nous adoptons ici est implicite dans *Directeur des enquêtes et recherches c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (26 janvier 1990), CT8903/390, Motifs et décision à la p. 20, [1990] D.T.C.C. n° 1 (QL) (Trib. conc.) et dans U.S. Dept. of Justice/Federal Trade Comm'n, *Horizontal Merger Guidelines*, (2 avril 1992) au para. 1.51. Bien qu'il s'agisse d'une ordonnance par consentement, on aborde effectivement dans l'affaire relative à La Compagnie Pétrolière Impériale la question de savoir ce qui constitue une diminution sensible de la concurrence lorsqu'il y a au départ divers degrés de puissance commerciale, en évaluant les mesures requises pour remédier à la prétendue diminution sensible de la concurrence. De même, selon les lignes directrices, plus la part de marché initiale de la société acheteuse est grande plus un accroissement de la concentration est jugé sévèrement.

Le Tribunal reconnaît que les intérêts des consultants sont contraires à ceux de Télé-Direct et que Télé-Direct ne devrait pas être tenue d'aider les consultants. Cependant, les consultants doivent pouvoir faire concurrence à Télé-Direct pour la prestation de services aux annonceurs. Télé-Direct ne peut se servir de la puissance commerciale dont elle jouit pour empêcher les consultants d'exercer leurs activités et pour désavantager les clients qui souhaitent faire appel aux services de consultants. Par ailleurs, il ne faut pas empêcher Télé-Direct de livrer une concurrence loyale aux consultants.

Le Tribunal a conclu que le refus de Télé-Direct de traiter directement avec les consultants agissant au nom des annonceurs ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel. Aucune mesure de redressement n'est prescrite à cet égard. Aucune mesure de redressement n'est prescrite non plus à l'égard du refus de Télé-Direct de fournir des normes aux consultants.

Le Tribunal a conclu que Télé-Direct s'était livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels à l'égard des consultants et des clients faisant affaire avec des consultants, agissements ayant conduit à une diminution sensible de la concurrence. Bien que bon nombre des agissements dont la preuve a été établie se soient produits plus de trois ans avant le dépôt de la demande du directeur, la pratique a toujours cours. Ces agissements sont interdits. Télé-Direct ne doit pas traiter les clients faisant appel aux services de consultants différemment de ceux qui ne recourent pas à ces services.

Pour plus de sûreté, nous élaborons sur cette mesure de redressement. Lorsqu'un client fait appel à un consultant et que le client présente une commande de publicité à faire paraître

dans les Pages Jaunes, il est interdit à Télé-Direct de rejeter cette commande. Télé-Direct peut accepter la commande du client sans dépêcher chez ce dernier un de ses représentants ou sans qu'un représentant communique avec ce client pour essayer de le faire changer d'avis. Il sera laissé à la discrétion de Télé-Direct de donner suite aux documents fournis par le client ou, si elle le juge nécessaire, d'exiger que le client signe un document de Télé-Direct. Si Télé-Direct décide d'accepter la commande telle quelle, il est interdit à Télé-Direct de ne pas traiter cette commande ou de retarder indûment son traitement et de refuser de confirmer au client que sa commande sera traitée telle qu'elle a été présentée. Si une commande acceptée n'est pas conforme aux normes de Télé-Direct, elle doit alors être traitée conformément à la modification apportée par Télé-Direct de façon à rendre la commande conforme aux normes ou Télé-Direct doit aviser le client rapidement que sa commande n'est pas conforme aux normes et lui expliquer le problème précis et la façon d'y remédier.

Par ailleurs, Télé-Direct peut donner d'autres conseils au client pour tenter de le persuader de modifier la commande qu'il a présentée. Elle peut fournir ces conseils, y compris envoyer un représentant chez le client, mais il lui est interdit d'employer les méthodes que le Tribunal a jugé anticoncurrentielles. Par exemple, Télé-Direct ne peut pas attendre à la date limite fixée pour la présentation des commandes pour communiquer avec un client au sujet de prétendus problèmes dans la commande. Télé-Direct ne peut pas informer un client ayant fait appel à un consultant que sa commande n'est pas conforme aux normes de Télé-Direct ou qu'elle n'est pas acceptable pour d'autres raisons à moins qu'il n'y ait vraiment un problème, auquel cas Télé-Direct doit fournir au client les renseignements nécessaires de façon à ce qu'il puisse régler ce problème. Télé-Direct ne peut pas invoquer des problèmes au sujet de la commande de façon à ce que le

client n'ait d'autre choix que de se rabattre sur l'annonce de l'année précédente ou de ne pas voir son annonce publiée. Télé-Direct ne peut pas non plus attendre à la dernière minute pour communiquer avec le client de façon à ce que, si le représentant de Télé-Direct réussit à convaincre le client de modifier la commande recommandée par le consultant, le client n'ait pas la possibilité de communiquer à nouveau avec le consultant pour obtenir d'autres conseils de celui-ci.

Les efforts subséquents déployés par les représentants de Télé-Direct pour revendre de la publicité aux annonceurs devraient être limités à ce que le consultant a recommandé. Il est interdit à Télé-Direct de demander à ses représentants de discuter du rôle d'un consultant ou de la question de savoir s'il est souhaitable de recourir aux services d'un consultant à ce stade. Le Tribunal admet qu'il peut être difficile de faire la distinction entre l'« exagération » légitime des services de Télé-Direct et des propos désobligeants ou des insinuations au sujet des consultants. Compte tenu des commentaires désobligeants formulés par Télé-Direct ayant été portés à sa connaissance, le Tribunal exhorte Télé-Direct à aviser clairement ses représentants que, lors de rencontres ou de discussions de suivi avec des clients, ils ne doivent pas dénigrer les consultants. Il serait particulièrement inquiétant de constater lors de ces rencontres la répétition continuelle et systématique de propos qui sont faux ou qui jettent le discrédit sur les consultants.

Par exemple, il est tout simplement faux de prétendre que les clients recevraient gratuitement des représentants de Télé-Direct les mêmes conseils que ceux qu'ils reçoivent des consultants moyennant des frais, car les représentants de Télé-Direct recommanderont rarement, voire jamais, une réduction de la publicité, ce qui constitue l'essence même des conseils

prodigés par les consultants. Il est peut-être vrai que la relation entre les consultants et les clients est de courte durée, mais les commentaires à cet effet sont désobligeants s'ils sont faits dans le but de faire perdre au client la confiance qu'il a dans un consultant pour des motifs autres que le bien-fondé des conseils de ce consultant. Télé-Direct devrait veiller à ce que, lors de ces rencontres, ses représentants s'en tiennent uniquement au contenu de la publicité.

Observations de C. Lloyd et de F. Roseman

Nous aurions préféré qu'il soit interdit aux représentants de Télé-Direct de faire de la revente après qu'une commande a été reçue d'un client. Selon nous, Télé-Direct a amplement l'occasion d'établir un rapport de confiance entre ses clients et ses représentants. Si elle ne saisit pas cette occasion et que les clients choisissent de recourir aux services d'un consultant parce qu'ils ont l'impression de ne pas avoir reçu un service de qualité de la part de Télé-Direct, alors, idéalement, l'affaire s'arrêterait là pour cette année-là. Nous avons choisi, cependant, de ne pas contester la concession qu'a fait le directeur en n'exigeant pas que Télé-Direct se voie retirer le droit de se rendre chez les annonceurs après qu'ils ont envoyé leur commande.

X. ORDONNANCE

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

Définitions

1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente ordonnance.

a) « marché » désigne le marché défini par Télé-Direct pour les fins de ses règles en matière de commission en vigueur avant le dépôt de la demande en l'espèce. Pour plus de certitude, il n'y aura, à l'avenir, pas moins de six marchés au Québec et sept marchés en Ontario.

b) « consultant » désigne l'entreprise qui conseille les personnes faisant paraître de la publicité-annuaire sur la façon d'accroître l'efficacité et de diminuer les coûts de cette publicité, principalement en ce qui concerne les Pages Jaunes, et qui aide les annonceurs à placer leurs commandes de publicité-annuaire. Sont exclues les agences de publicité accréditées.

Ventes liées

2. Il est interdit aux défenderesses de continuer à se livrer à la pratique des ventes liées, savoir à lier la fourniture d'espace publicitaire à l'acquisition de services publicitaires auprès des défenderesses, pour ce qui est des clients annonçant dans six, sept ou huit marchés.

Abus de position dominante

3. Il est interdit aux défenderesses de se livrer à la pratique d'agissements discriminatoires à l'endroit de consultants et de clients de consultants.

Autres allégations

4. Les autres allégations de la demande présentée par le directeur sont rejetées.

Interprétation

5. Le directeur et les défenderesses peuvent demander au Tribunal de rendre une ordonnance interprétative des dispositions de la présente ordonnance.

Confidentialité

6. Conformément au paragraphe 11(1) de l'ordonnance protégeant la confidentialité rendue par le Tribunal, le 30 mars 1995, le Tribunal fixe à cinq ans la « durée raisonnable » de la période pendant laquelle les défenderesses doivent conserver, en sûreté et de façon organisée, les documents protégés que le directeur leur aura remis à la conclusion de la présente instance ou de tout appel la concernant.

FAIT à Ottawa, ce 26^e jour de février 1997.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) Marshall Rothstein
Marshall Rothstein